

REVISTA **AMAGIS** **Jurídica**

ISSN 2175-3849. v. 17 - n. 3 (set.-dez. 2025)



REVISTA AMAGIS JURÍDICA

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

REVISTA AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

v. 17, n. 3, set.-dez. 2025



Belo Horizonte

2025

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 17, n. 3, set.-dez. 2025)

Brevíssimo histórico da Revista Amagis Jurídica

A Revista Amagis Jurídica foi criada em 2009, na gestão do Desembargador Nelson Missias de Moraes como Presidente da Associação dos Magistrados Mineiros. A Revista se manteve ativa graças aos trabalhos dos seguintes Magistrados ocupando a função de Editor (em algumas épocas, tida como Diretor):

- Jane Ribeiro Silva e Gilson Soares Lemes – 2009 até junho 2015
- Gilson Soares Lemes e Ramon Tácio de Oliveira – julho 2015-2018
- Lailson Braga Baeta Neves e Ramon Tácio de Oliveira – 2019-2020
- Richardson Xavier Brant – 2021-...

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.

Professor Doutor Álvaro Afonso Penna de Oliveira Pires - Universidade de Ottawa - Ottawa, Canadá.

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 José Renato Nalini – Uniregstral - São Paulo - São Paulo, Brasil.

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

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).

Professor Doutor Ricardo Manoel de Oliveira Moraes – Faculdade de Direito Milton Campos – Belo Horizonte – Minas Gerais, Brasil.

Organização, padronização e revisão linguística

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. 17, n. 3 (set. / dez. 2025) __ Belo Horizonte, MG: Associação de Magistrados Mineiros.

Quadrimestral. 2025.
ISSN 2175-3849

Multilíngue.

1. Direito - periódicos I. Associação dos Magistrados Mineiros.

CDU 340

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	7
-----------------------	----------

1

DESPIDO SIN FRONTERAS: PERDER EL TRABAJO EN UN MUNDO CONECTADO

<i>Adela Perez Del Viso.....</i>	17
----------------------------------	-----------

2

ELEMENTOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO QUE NO DEBERÍAN SER TRASTOCADOS CON EL CAMBIO CONSTITUCIONAL: EL CASO DE MÉXICO

<i>Aldo Efraín Ramírez Hernández.....</i>	35
---	-----------

3

PANORAMA GENERAL EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: –SISTEMA TRADICIONAL O DE ‘OCURRENCIA’–

<i>Carlos Ignacio Jaramillo J.</i>	75
---	-----------

4

A APLICAÇÃO DA FORMA SUMÁRIA A PROCESSOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: ALGUMAS REFLEXÕES JURÍDICO-CRIMINOLÓGICAS

<i>Cristina Reis Azevedo e Daniela Antunes.....</i>	131
---	------------

5

MATERNITÀ SURROGATA E ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI: UN GIUSTO PUNTO DI EQUILIBRIO TRA DESIDERIO DI GENITORIALITÀ E TUTELA DEL MINORE?

<i>Francesco Molinaro.....</i>	165
--------------------------------	------------

6

I CRITERI *ENGEL* ALLA PROVA DELLA PRASSI
INTERNA: LA NECESSITÀ DI MAGGIORE CHIAREZZA
SISTEMATICA NELL'ELABORAZIONE DELLA
NOZIONE COSTITUZIONALE DI *MATIÈRE PÉNALE*

***Luca Maserà*..... 191**

7

LA SUPRESIÓN DE LA FIGURA DEL PRONTO
DESPACHO EN LA RECONFIGURACIÓN DEL
SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEY NACIONAL
DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

***Marcos Grandal e Camila Kusnier*..... 227**

8

VÍDEOS INFORMATIVOS SOBRE CIÊNCIAS
FORENSES: UM INSTRUMENTO PARA MELHORAR A
COMPREENSÃO JUDICIAL DA PROVA PERICIAL

***Maria João Lourenço*..... 247**

9

RILEVANZA GIURIDICA DELLE SCUSE COME
ATTO RIPARATORIO E RISARCIMENTO IN FORMA
SPECIFICA

***Nicola Brutti*..... 271**

10

REPARAR Y DISUADIR: ESTRATEGIAS PARA
UN DISEÑO LEGAL EFICIENTE FRENTE A LA
INFORMALIDAD LABORAL EN ARGENTINA

***Octavio Panozzo*..... 303**

EDITORIAL

Anuncia-se a publicação da Revista Amagis Jurídica relativa ao último quadrimestre de 2025. Alegria e entusiasmo renovados com o trabalho. Completam-se, agora, cinco anos da reformulação da proposta editorial iniciada em 2021.

Houve a adoção de três edições por ano, a cada quadrimestre, para que os estudos se mantivessem atualizados, adiantando o conhecimento pelo público especializado das comunicações científicas feitas pelos colaboradores do periódico.

O fluxo contínuo de envio dos textos favoreceu a avaliação à medida em que fossem recebidos, conferidos os requisitos quanto à forma e padrão temático, e submissão imediata pelo sistema de “double blind review”. Os critérios principais que orientaram a avaliação foram o ineditismo, a consistência e o aprofundamento da pesquisa.

O Conselho Editorial foi integrado por Professores Doutores, em atividade na docência em Programas de Pós-Graduação “Stricto sensu”, respeitada a regra da exogenia, tanto na composição do Conselho quanto em relação aos artigos selecionados.

Cumpriu-se, com rigor metodológico e epistemológico, o padrão editorial preconizado pela Capes com vistas à qualificação de periódicos (Qualis).

Os temas versam sobre assuntos da ordem do dia, em revisão das discussões jurídicas mais candentes. Atendidos estão o objetivo

de fomentar a atualização e a reflexão acadêmica, com desejável ampliação do diálogo da comunidade jurídica.

O último tópico é para lembrar da internacionalização da Revista. No presente número, por exemplo, há autores da Argentina, da Colômbia, da Itália, do México e de Portugal.

Com essas ponderações iniciais, passa-se às relevantes contribuições desta edição.

A Professora Adela Perez del Viso (Universidad Católica de Cuyo, sede de San Luis) é uma estudiosa em tempo integral. Inúmeros são os cursos que ela faz. Graduada em Direito, não se estacionou nos estudos. Por isso, começou a atuar, inicialmente como selecionada, como Juíza do Trabalho (Juez Laboral) na Justicia Provincial de San Luis, na Argentina, em 2021. No ano seguinte, passou a atuar em uma Câmara do Trabalho e, desde 2024, assumiu as funções de Juíza do Trabalho de forma definitiva. Faz palestras internacionais, inclusive em Brasília (Brasil) em tempos muito recentes. Participou, em 8 de outubro de 2025, de um Congresso de Direito, integrante da Mesa redonda “Despido sin fronteras, la realidad de perder el trabajo en un mundo conectado. Primera entrega: Argentina, México y Venezuela”. Dos subsídios preparados para a sua palestra (ponencia, em Espanhol), escreveu com exclusividade o artigo “Despido sin fronteras: perder el trabajo en un mundo conectado” apresentando as preocupações com a quantidade de vagas diminuídas em razão dos trabalhos à distância, a inserção da inteligência artificial e da tecnologia substituindo a mão de obra humana e o despreparo dos trabalhadores para o exercício profissional. As despedidas, segundo a Autora, não se limitam à sua Argentina, sendo apresentados argumentos fundamentados de que há despedida em massa em diversas localidades, sem respeito a fronteiras.

Os temas do Direito são integrantes de uma só peça: o Direito como um todo. E muita parte integrante do Direito tem caráter universal, fazendo com que os debates jurídicos, de qualidade, tenham um caráter que transpõe fronteiras. O artigo científico do Professor Mestre Aldo Efraín Ramírez Hernández já tem em si a condição transfronteiriça. Nascido e residente no México, o Autor faz Cursos na Argentina (onde estudou Direito e fez o Mestrado), na Colômbia e no Equador. Por atuar na Suprema Corte do México, tem conhecimento por “dever de ofício” dos trâmites legais e regimentais. E assim, aplica esses vastos conhecimentos para tomar quatro pilares para o desenvolvimento do seu texto científico. Fala sobre os Direitos Humanos previstos na Constituição como cláusulas pétreas e, portanto, imutáveis. O sistema de Estado federado mexicano, a exemplo do Brasil, também merece proteção constitucional, com a garantia da indivisibilidade territorial (impossível criar novos países). O Estado de Direito é garantia pela separação e interdependência dos Poderes. E, o que parece ser o ponto mais importante, é que o Poder Judiciário é quem garante o acesso à Justiça, é quem garante a aplicação efetiva dos Direitos Humanos e quem, por fim, faz a correção das rotas para que haja harmonia entre os Poderes. O texto se dedica a mostrar, também, a alteração constitucional mexicana para que os integrantes do Poder Judiciário sejam eleitos pelo voto popular – em vez aprovados em concurso público de provas e títulos. E aponta a possibilidade de politização do acesso dos Juízes ao Poder Judiciário, o que pode resultar em perda da independência judicial, com a diminuição da autonomia e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário.

Com as qualidades de ex-Magistrado da Corte Suprema de Justicia, da Colômbia, e de ex-Coordenador de Mestrado em Direito de Seguros, além de lecionar a disciplina de Seguros e

Responsabilidade Civil, o Professor Doutor Carlos Ignacio Jaramillo J., da Universidad Javeriana, de Bogotá, cuidou de desenvolver um artigo científico no qual examina o seguro, o contrato de seguro e a responsabilidade civil por danos – assegurados ou não. Demonstra todos os aspectos da responsabilidade civil prevista no Código Civil e nas leis colombianas, o que comprova que não há muita distinção da legislação brasileira. E trata da aplicação das leis – obviamente, por parte do Poder Judiciário. Fundamenta a sua exposição em muita doutrina tradicional, não escolhendo fronteiras para buscar os subsídios que fortalecem as suas palavras. Cita doutrinadores franceses, suíços, espanhóis e os latinos como um todo. Embora a denominação do artigo tenha início pela expressão “panorama general”, não se trata de um trabalho “generalista” ou de superfície. Ao contrário, as análises são profundas acerca dos sinistros e da cobertura dos contratos de seguro.

Duas Professoras da Universidade do Minho, em Portugal, estudiosas das questões criminológicas referentes à violência doméstica, associaram as qualidades de redatoras e escreveram um artigo científico no qual apresentam as definições da lei em termos do crime de violência doméstica em associação com outras leis penais, no campo processual. São as Professoras Cristina Reis Azevedo e Daniela Antunes. As preocupações externadas são as regras processuais da celeridade processual, sem a qual a lei processual entende que a justiça tardia é justiça não eficaz, com a necessidade de averiguação completa da complexidade do crime cometido sob as paredes de um lar, quase sempre com poucas testemunhas ou com testemunhas ligadas ou à vítima ou ao agressor. O argumento das Autores é que há, sim, necessidade de que o processo penal, como um todo, seja célere, mas não pode passar por cima do tempo necessário para a inteira investigação dos indícios e das realidades

dos crimes de violência doméstica e tampouco deixar de ofertar à vítima todas as oportunidades de demonstração de que ocorreu a agressão e qual o grau da violência. Há farta fundamentação tanto em doutrina quanto da legislação. Tudo, muito atual.

Vinculado à Università “Tor Vergata” di Roma, o Professor Doutor Francesco Molinaro tem estudado, continuamente, sobre o instituto do que se conhece no Brasil como “barriga de aluguel”. O artigo escrito pelo referido Professor faz duas provas, iniciais: há, na Europa, uma grande quantidade de doutrina abordando o tema – são Revistas e livros em grande quantidade – e muitas decisões do Poder Judiciário de diversos países europeus; em segundo lugar, o termo brasileiro “de aluguel” pode parecer insuficiente quando se trata de maternidade solidária, como o caso de uma mãe que decide gerar um filho em favor de uma sua filha ou seu filho, por estarem esses descendentes incapacitados para a geração da família. Neste caso, não há “aluguel” do ventre alheio, mas uma participação solidária. O grande monte dos casos é de contrato de “prestação de serviço” da gestação, que uma mãe faz em favor de outrem, muitas vezes até desconhecidos e, também muitas vezes, procedentes de outros países. As questões contratuais costumam chegar para exame do Poder Judiciário. Outra questão, abordado pelo Autor, é a adoção. E há ainda a atenção para o fato de haver o crime de dar parto alheio como próprio. Todo o trabalho científico está justificado pelos fundamentos jurídicos. E a escrita é merecedora de créditos.

Integrante do corpo docente da Università di Brescia (obviamente, na Itália), o Professor Doutor Luca Masera assina um artigo científico que o Direito Penal sob a óptica do Tribunal Constitucional da Itália. O foco são duas decisões recentes. O questionamento maior do autor é sobre alguns pontos, dentro do

Direito Penal, que o Tribunal Constitucional deveria ter abordado ou manifestado a interpretação com mais detalhes, o que proporcionaria maior segurança jurídica e serviria de parâmetro para os Tribunais inferiores. Fala, principalmente, de pontos ou “medidas formalmente não criminais” dentro do contexto dos Acórdãos. E coloca a comparação com outras decisões da Corte, além de tocar em partes explicativas que a Doutrina abraça. Dentre os doutrinadores, o próprio autor tem publicações científicas de grande relevo – especialmente sobre o direito de o acusado/réu permanecer em silêncio quando questionado em juízo. Não deixa, porém, de buscar subsídios em outros penalistas italianos de nome extenso e difundido em várias partes do mundo.

O Professor Marcos Grandal (da Universidad de Buenos Aires, além da UADE e ISSP) e a Professora Camila Kusnier, estudam, com afinco, o tema do procedimento administrativo da Argentina. E costumam, juntos, escrever artigos científicos. Examinando o tema da eliminação do despacho prévio nos procedimentos de cunho administrativos, trazido pela Lei 27.742, de 17 de junho de 2024, e seu Decreto Regulamentador, o artigo “La Supresión de la Figura del Pronto Despacho en la Reconfiguración del Silencio Administrativo en la ley nacional de Procedimiento Administrativo”. A análise central é a parte denominada “Silencio Administrativo”, vácuo no qual comportaria à Administração Pública se manifestar sobre as chamadas “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”. Trata-se de um estudo muito bem feito que guarda interesse aos estudantes e aplicadores do Direito Administrativo e do Direito Processual Administrativo de qualquer parte do mundo. O Direito Comparado comporta essa valorização. E o conhecimento jurídico não pode se circunscrever ao Direito local, especialmente

na presente época dos direitos sem fronteiras de tempo e de espaço.

A Professora Maria João Lourenço (nome completo de Maria João Borgas Ermida Lourenço) leciona na Universidade do Minho, em Portugal, e é autora de livro sobre perícia forense. O seu centro de estudos envolve a prova pericial, a ser analisada pelo Juiz da causa. No presente artigo, a Autora traz o foco para a prova pericial do setor criminal, essencial para auxiliar na indicação correta e concreta da autoria de um crime ou a eliminação de uma pessoa como possível participante do ato criminoso. A Autora destaca a necessidade de conhecimento do Juiz de Direito para bem empregar o conteúdo da prova pericial que lhe for apresentada no processo e até mesmo para requerer mais comprovação pericial para que possa aplicar, com Justiça, a lei – tanto para condenar quanto para absolver o réu em feitos criminais. Fala do padrão reconhecido do perito, em trabalhos anteriores, com destaque para os riscos de ser uma prova utilizada como marco perfeito sendo que pode conter irregularidades ou até ilegalidades, o que pode contaminar o livre convencimento do Juiz. A proposta da Autora, como forma de assegurar maior confiabilidade ao laudo pericial, é que haja um vídeo – com imagens em movimento – auxiliando à própria descrição textual ou as imagens fotográficas. Para a Autora, tanto o Juiz quanto os jurados poderão perceber com maior firmeza a veracidade das informações técnicas contidas nos laudos periciais, no segmento penal, quando um vídeo puder ser exibido, com mostra das imagens do local, do objeto ou da própria vítima. E a decisão – pela condenação ou pela absolvição – poderá ser mais Justa.

Da Itália, mas mostrando uma visão de mundo especialmente a Alemanha e a Austrália, vem o artigo de autoria do Professor Doutor Nicola Brutti, da Università Degli Studi di Padova. O tom didático do

texto inicia mostrando um exemplo de fácil compreensão: se alguém vai por uma calçada e esbarra em outra pessoa, imediatamente pede desculpas pelo toque não pretendido. E a parte que levou o empurrão se dá por satisfeita. Na escala jurídica, há pedidos de desculpas e, há inclusive a figura da retratação, o que pode evitar sanções penais em casos de crimes como difamação. No campo do Direito do Consumidor, há empresas que reconhecem um defeito no produto e não somente fazem o reparo, como costumam convocar o consumidor para agendar o conserto ou a troca do produto. E, em muitos casos, ainda há um brinde ou “mimo”, para amenizar os transtornos. Em segmentos que representariam a reparação civil em ações frente ao Poder Judiciário, uma procura de uma pessoa para uma conversa ou conciliação prévia quase sempre representa uma ação judicial a menos. A reparação civil para com acidentados no trânsito – como a assunção das despesas hospitalares ou de sepultamento – colabora para que a dosimetria da pena desça a um patamar menor em termos de condenação criminal. Esses tópicos estão de forma direta ou transversal no artigo do Professor italiano. Para o autor, o pedido de desculpas ou a retratação podem, sim, funcionar como uma forma de evitar desconfortos, desentendimentos e, principalmente, demandas judiciais.

O Professor Octavio Panozzo leciona “Economía Política en la Carrera de Abogacía” (curso de Direito) e na pós-graduação em Direito do Trabalho, ambos na Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Atua também como Juiz do Trabalho na Província de Corrientes. Assim, a Argentina está bem servida. O artigo que ele submeteu à Revista Amagis Jurídica faz uma análise pelos ângulos do Direito e da Economia em vários pontos que a reforma trabalhista trouxe na Argentina. Especialmente, a não mais existência de

algumas indenizações trabalhistas que são sobretaxadas para as empresas, o que representa ou o desemprego ou a informalidade na relação trabalhista. O texto mostra a proposta de que também o trabalhador informal – sem vínculo trabalhista, ou seja, carteira de trabalho anotada e assinada – também tenha acesso à seguridade social, sendo uma forma de equiparar quem trabalha formalmente e quem não tem a oportunidade de ter um emprego formal e, destarte, abraça a informalidade como forma de sobrevivência.

Registro imensa gratidão a todos que contribuem para a publicação deste veículo de comunicação científica, destacando o apoio da Emajs e da direção da Amagis, celebrando a realização de publicação contínua desde 2021.

Deixo o convite para o envio de textos para publicação, e que divulguem a Revista, no desejo de que sejam proveitosos os estudos acadêmicos aqui compartilhados.

Belo Horizonte, Primavera de 2025.

Richardson Xavier Brant
Editor

DESPIDO SIN FRONTERAS: PERDER EL TRABAJO EN UN MUNDO CONECTADO^{1y2}

Adela Perez Del Viso³

RESUMEN

El artículo, titulado “Despido sin Fronteras: perder el trabajo en un mundo conectado”, examina la vulnerabilidad del trabajador en América Latina ante la terminación laboral, destacando la ausencia de aplicación del Convenio 158 de la OIT y sus principios de causa justificada y protección contra el despido discriminatorio. El

¹ **Como citar este artículo científico.** PEREZ DEL VISO, Adela. Despido sin fronteras: perder el trabajo en un mundo conectado. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 17-34, set.-dez. 2025.

² El presente texto fue preparado para una presentación de la suscripta en la Mesa redonda “Despido sin fronteras, la realidad de perder el trabajo en un mundo conectado. Primera entrega: Argentina, México y Venezuela”, realizada el 8 de octubre de 2025 para todos los miembros y numeroso público asistente, organizado por la entidad Codex, “Conocimiento exponencial” con miembros de toda Latinoamérica.

³ Abogada (U.N.Litoral, 1986) Notaria (U.N. Litoral 1988), Profesora de Inglés (I.F.D.C. San Luis 2014, título nacional), Especialista en Educación en entornos virtuales (U.N. Quilmes 2023), Magister en Derecho del Trabajo y relaciones laborales internacionales (UNTREF 2023), Especialista en Educación y derechos humanos y Especialista en Educación y TIC (I.F.D.C. San Luis 2017 y 2018 títulos nacionales), Diplomada en Filosofía jurídica y Magistratura (Universidad de San Isidro y Consejo de la Magistratura de Ciudad de Buenos Aires, 2024), Diplomada en Acceso a la Justicia (Universidad Católica de Cuyo sede San Luis, 2024). Ha ejercido la profesión de abogada desde 1986 a 2021. En 2021 ingresa a la Justicia Provincial de San Luis, como Juez multifuero en Concarán (2021-2022), Camarista Laboral (2022 a 2023), Juez Laboral n. 1 de San Luis (2023 a 2024) y desde 2024 es Juez Laboral n. 3 de San Luis, ya en forma definitiva. Es profesora de la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis, en Oratoria y Análisis de Textos (titular, desde 2021), Derecho Internacional Público (adjunta, desde 2020), Derecho Laboral (Jefa de trabajos prácticos, desde 2023). Autora de numerosas publicaciones en Microjuris, Erreius, Revista JUFÉJUS. Autora de varios libros y capítulos de libros.

despido es abordado no solo como un acto jurídico, sino por sus graves efectos psicológicos, sociales y económicos en la vida de las personas. Se constatan pérdidas masivas de empleo en la región, como el patrón de “bajas en diciembre y altas en enero” en México, y un fuerte aumento de la desocupación en Argentina a partir de 2024. La legislación argentina, si bien ofrece una indemnización tasada y protecciones agravadas históricas, ha sufrido un retroceso significativo con la ley de julio de 2024 al eliminar agravantes por trabajo no registrado y tasa el daño por despido discriminatorio y violencia laboral. Finalmente, el texto analiza la precaria situación de los trabajadores migrantes (con el endurecimiento de las normativas de residencia y empleo en 2025) y del teletrabajo transfronterizo, regulado con mecanismos de control (autorización previa y tope máximo) para la contratación de extranjeros. En conclusión, la legislación regional se orienta a una reparación económica limitada, perpetuando la vulnerabilidad del trabajador en un mercado laboral globalizado e inestable.

ABSTRACT

The article, “Dismissal Without Borders: losing a job in a connected world”, provides an analysis of the labor vulnerability in the context of global connectivity, with a focus on Latin America. A central finding is the lack of implementation of the ILO Convention 158, which requires a “justified cause” for employment termination and prohibits dismissal based on discrimination. The text emphasizes that job loss is not merely a legal event, but one with severe psychological, social, and economic consequences. The region faces an increase in layoffs, evidenced by significant job losses in Mexico at the end of 2023 and a sharp rise in unemployment in Argentina starting in 2024. Although Argentina’s labor law established protection against arbitrary dismissal through statutory compensation, recent legislation from July 2024 has introduced major setbacks: it eliminated penalty surcharges for unregistered work (*fraude laboral*) and caps the damages for discriminatory dismissal and workplace violence (despite ratifying ILO Convention 190). Furthermore, the paper details the heightened vulnerability for migrant workers (facing stricter rules on residence and employment as of 2025) and cross-border teleworkers, whose hiring is subject to control mechanisms to protect local employment. Ultimately, regional legislation favors limited economic reparation over job stability and comprehensive redress, thus increasing the worker’s vulnerability.

RESUMO

O artigo, intitulado “Demissão Sem Fronteiras: perder o trabalho em um mundo conectado”, examina a fragilidade do trabalhador na América Latina diante da demissão, destacando a baixa taxa de ratificação da Convenção 158 da OIT, que exige “causa justificada” para o fim da relação de emprego. O texto enfatiza que a demissão acarreta graves efeitos psicológicos, sociais e econômicos. Há um registro de aumento de demissões na região, com o padrão de “baixas em dezembro e altas em janeiro” no México e um forte crescimento do desemprego na Argentina a partir de 2024. Embora a legislação argentina assegure uma indenização tarifada contra a demissão arbitrária, uma lei recente (julho de 2024) trouxe retrocessos significativos, como a eliminação dos agravamentos de indenização por trabalho não registrado e a limitação da indenização por discriminação e violência no trabalho. Além disso, o artigo aborda a precariedade do trabalhador migrante (com o endurecimento das regras de residência e emprego em 2025) e do teletrabalho transfronteiriço, regulamentado com mecanismos de controle (autorização prévia e limite máximo) para a contratação de estrangeiros. Em suma, a legislação regional prioriza uma compensação econômica limitada em detrimento da estabilidade e da reparação integral do dano, perpetuando a vulnerabilidade do empregado em um mercado de trabalho globalizado e instável.

SUMARIO. 1 Introducción. El convenio 158. Su ausencia de aplicación en Latinoamérica. 2 En qué consiste la “terminación de la relación laboral” 3 ¿Cómo son en Argentina las consecuencias del despido? 4 La violencia laboral y el despido discriminatorio en Argentina. 5 El trabajador migrante en Argentina. 6 El trabajador home office y teletrabajo. 7 Conclusión. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN. EL CONVENIO 158. SU AUSENCIA DE APLICACIÓN EN LATINOAMÉRICA

El Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) entró en vigor en Noviembre de 1985. De los países de habla española o portuguesa, sólo está ratificado y en vigor en España y Venezuela, “Santa Lucía” y Portugal.

Argentina y México no lo han ratificado, y Brasil primeramente lo ratificó en Enero 1995 y luego lo denunció, en Noviembre de 1996.

Este convenio tiene la particularidad de que “se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas” a menos que el Estado miembro que lo ratifique decida excluir algunas de las disposiciones del Convenio o tipos de relación laboral a la que refiera. Si lo hacen, cuando ratifican, deben enumerar en la primera memoria en la que participe, las categorías que estaría excluyendo de la aplicación.

El convenio habla de los términos “terminación y terminación de la relación de trabajo” y refiere con ello a la “terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador”.

El artículo cuatro establece que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

El artículo 5 establece que, entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

- a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;
- b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes;
- d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;

- e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

Se garantiza el derecho de defensa del trabajador, pues se establece que no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

2 EN QUÉ CONSISTE LA “TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL”

La frase “terminación de la relación laboral” proviene entonces el CCT 158 OIT (de 1985). Se trataría de la finalización de la relación laboral causada por la decisión de la parte empleadora.

En consecuencia, tal frase se identifica con el término “Despido” en Argentina, más allá de que se lo rememore como “rescisión, extinción o separación”.

El problema es que el despido de un trabajador no es un simple acto jurídico o histórico, desde que el trabajo de la persona “es un factor de identidad personal, social, de integración y estructuración del ser humano. Permite responder a una expectativa adquirida que entrega status e identidad social”. (López B., 2007, p. 171)

Como dice la Ley de Contrato de Trabajo argentina (ley 20.744 de 1974) artículo 4: “Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración. El contrato de trabajo tiene como principal objeto la **actividad productiva y creadora del hombre en sí**. Sólo **después** ha de entenderse que media entre las partes una **relación de intercambio** y un **fin económico** en cuanto se disciplina por esta ley”.

En consecuencia, el despido del trabajador produce efectos

en el ingreso familiar, la salud mental, la cohesión social e incluso la movilidad humana.

Actualmente, muchos países observan un incremento de despidos en el último trimestre, ya sea por ajustes presupuestales, finalización de contratos o estrategias empresariales.

En México, por ejemplo, solo en noviembre–diciembre de 2023 se perdieron 385 mil puestos de trabajo, 69% de ellos de planta, y en enero de 2024 se recontrataron más de 112 mil de esos mismos trabajadores en las mismas empresas. Se trató de un patrón repetido de “bajas en diciembre y altas en enero” (en 2021–2022 ocurrió algo similar) (Martínez, 2025). Esta situación podría deberse al intento de evitar la generación de antigüedad o el pago de ciertas prestaciones de fin de año.

En Argentina, a pesar de que las estadísticas oficiales de despidos no se publican de manera regular, los datos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) sobre el mercado laboral, complementados con informes de consultoras y centros de investigación, muestran un fuerte aumento de la desocupación en Argentina a partir de 2024.

En el primer trimestre en Argentina, la tasa de desocupación subió al 7,7%, lo que equivalió a 1,1 millones de personas sin trabajo. El desempleo afectó más a las mujeres (8,4%) que a los varones (7%). Y en el segundo trimestre: La desocupación se ubicó en el 7,6%, manteniendo una tendencia elevada. Esto significó un aumento de 1,4 puntos porcentuales en comparación con el mismo periodo de 2023 (6,2%).⁴

⁴ Fuente: INDEC, Encuesta Permanente de Hogares (EPH). Informe específico: Mercado de trabajo. Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH). Primer trimestre de 2024 Acceso directo: El informe está disponible en el sitio web del INDEC, generalmente en formato PDF. El informe detalla los resultados de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) para el primer trimestre de 2024, que incluye las tasas de desocupación, actividad y empleo para los 31 aglomerados urbanos del país. El INDEC también proporciona la desagregación de los datos por sexo y por aglomerado urbano, lo que permite confirmar la diferencia en la tasa de desempleo entre mujeres y varones.

En cuanto a pérdida de puestos de trabajo, en el primer semestre de 2024 se perdieron 170.695 puestos de trabajo registrados, según datos del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).⁵

Sólo en el período abril a julio 2024, un informe de Ámbito Financiero señala que se perdieron 66.750 empleos registrados en este periodo. También se destruyeron puestos de trabajo en la Administración Pública (de noviembre 2023 a octubre 2024): 25.247 puestos.

Como hemos visto, hay un standard internacional: el convenio 158 OIT. Sin embargo, su eficacia depende de la incorporación en los ordenamientos internos.

Venezuela ratificó el Convenio 158 en 1985 y ha positivizado esos principios; Argentina y México no lo tienen vigente (Argentina lo incorporó normativamente en su Constitución, pero no lo tiene ratificado; México no lo ha ratificado a la fecha).

Según Sergio Andrés López (2007, p. 170), el despido de un trabajador tiene efectos:

- psicológicos y emocionales;
- sociales, en las relaciones familiares y sociales.
- económicos.

En cuanto a los efectos psicológicos y emocionales, podemos encontrar aumento del estrés y la inestabilidad emocional, dado que el despido produce un incremento en los niveles de estrés, con un alto costo de adaptación y la aparición de trastornos psicofisiológicos como depresión, desconcentración, anemia y alteraciones del sueño.

Se unen a ello sentimientos de inseguridad y fracaso: la persona experimenta una sensación de perplejidad, escepticismo,

⁵ Fuente: informes mensuales del SIPA, publicados por la Secretaría de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (que depende del Ministerio de Economía). Y dos artículos: En los últimos (2024, julio 14); Empleo (2024, julio 23).

confusión y miedo. Con el tiempo, puede volverse pesimista, ansioso y sentir que la experiencia es un fracaso personal, lo que lleva a un sentimiento de vacío y falta de sentido.

También en cuanto a lo psicológico, se produce una pérdida de autoestima y cambios en la identidad, dado que el despido genera problemas de identidad y de percepción de sí mismo. La autoestima disminuye y, con el tiempo, la persona puede llegar a autoculparse de su situación, reforzando un autoconcepto de incompetencia.

En cuanto a los efectos en las relaciones familiares y sociales, se observa un deterioro de esas relaciones, dado que el despido afecta las relaciones con los demás. Se observa la ruptura o reducción de contactos sociales y la pérdida de amigos relacionados con el trabajo. En algunos casos, puede haber un deterioro de las relaciones familiares, especialmente si estas son débiles o conflictivas.

Se potencia la frustración, el pesimismo, la apatía y el refugio en sí mismo. Esta situación favorece la construcción de una imagen de vulnerabilidad de la persona desempleada.

Finalmente, en cuanto a los efectos económicos, lo que ocurre es que el trabajo es el medio de vida de los empleados y empleadas, y por tanto la pérdida de trabajo rompe este sistema, lo que implica una ruptura en la estructura tradicional de vida y los modelos de comportamiento, y favorece la dependencia económica individual y social.

3 ¿CÓMO SON EN ARGENTINA LAS CONSECUENCIAS DEL DESPIDO?

Argentina no ha sido ajena a la industrialización, sumado ello a las oleadas inmigrantes que generaron numerosa mano de obra joven a fines del año XIX y principios del año XX, con hacinamiento, necesidades extremas, vulnerabilidades, que provocaban que las personas necesitaran desesperadamente un trabajo y aceptaran cualquier forma del mismo.

La Constitución de 1949 establecía en el artículo 37 que “El trabajo es el medio indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales del individuo y de la comunidad, la causa de todas las conquistas de la civilización y el fundamento de la prosperidad general; de ahí que el derecho de trabajar debe ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien lo necesite” y disponía que la propiedad tiene una función social.

Con el golpe de estado de 1955, se “abrogó” la Constitución (que había sido sancionada con todas las mayorías necesarias) y posteriormente se convocó a nueva Convención Constituyente, dando lugar a la Constitución modificada de 1957, que introduce el artículo 14 bis.

El artículo 14 bis establece:

- el trabajo en todas sus formas goza de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador lo siguiente;
- protección contra el despido arbitrario;
- estabilidad del empleo público.

Sin embargo, las situaciones de despido continuaron con el tiempo. En 1974 se sancionó la ley 20744 a partir de un proyecto de ley del Dr. Norberto Centeno. Este autor, que era abogado de sindicatos y de trabajadores, en 1976 cuando vino el próximo golpe de estado, terminó torturado, muerto y abandonado en una carretera, mostrando así cómo se premia a veces el trabajo por los vulnerables.

En la ley 20744 se establecen algunos artículos tales como el 243, 245, 242, que disponen que:

- para despedir sin indemnizar (o para darse por despedido de manera indirecta) debe haber una injuria grave y suficiente que no admita la prosecución de la relación laboral;

- al despedir sin causa, caso contrario, se debe abonar un mes de sueldo por cada año de servicios; más un valor por preaviso y la llamada “integración de mes de despido”. Es lo que se denomina la “indemnización tasada”.

Sin embargo, en la misma ley 20744 se disponen algunas “indemnizaciones agravadas”:

- por discriminación a la mujer embarazada cuando se la despide un tiempo antes o después del parto: un año más de remuneraciones;
- por matrimonio de la mujer (y por extensión del hombre) cuando se los despide un tiempo antes o después del matrimonio: un año más de remuneraciones;
- por discriminación y despido ilegal al delegado sindical o representante gremial: se le debe abonar además todo el tiempo que le faltaba como funcionario gremial más (según el caso) un año más como agravamiento indemnizatorio.

En los últimos años, desde 1991 hasta 2024, es decir, por casi 35 años, rigió además en Argentina un sistema de *agravamiento indemnizatorio*, que se aplicaba en los casos de:

- trabajo no registrado o defectuosamente registrado;
- agravamiento por obligar al trabajador a iniciar una acción judicial para conseguir que le paguen lo debido.

Este agravamiento indemnizatorio generó la conciencia de que efectivamente no sólo “estaba mal” tomar un empleado de manera no registrada, sino que ello tenía consecuencias. El Dr Rodolfo Capón Filas en sus fallos judiciales afirmaba que el trabajo no registrado es una forma refinada de discriminación, ya que se

observa en la misma empresa algunos pocos empleados registrados, y otros directamente no registrados, que son “inexistentes” o transparentes para el sistema. Esto se enmarcaba con el movimiento por el “trabajo decente” instaurado por la O.I.T. desde 1999, como un tipo de trabajo donde se:

- creara trabajo, una economía que genere oportunidades de creación de puestos de trabajo;
- garantizara los derechos de los trabajadores;
- extendiera la protección y la inclusión social;
- promoviera el diálogo social.

Un trabajo no registrado, mal llamado “en negro” es todo lo contrario a lo dicho.

En los agravamientos indemnizatorios que fueron eliminados por ley el 9 de julio de 2024, se encontraban:

- agravamientos indemnizatorios por trabajo no registrado por no encontrarse registrado desde el primer día;
- agravamiento por abonar salarios inferiores a los que corresponde por escala salarial; y por pagar sobre sueldos no registrados;
- agravamiento por registrar cuatro horas en vez de ocho horas de trabajo;
- agravamiento por obligar a iniciar una acción judicial cuando la mora es automática.

Todo ello ha sido derogado. Sin embargo, ha quedado en el aire el concepto de que ya una indemnización “tasada” no es suficiente, que hay daños que causa tener a una persona trabajando sin registrarla. De esa manera, varios fallos judiciales, a pedido de

la parte actora, han ido condenando a abonar una indemnización extra, no tasada, basada en una idea de reparación integral; pero con la obligación, a la actora, de demostrar puntualmente los daños causados cuando antes los mismos eran tenidos por ciertos sin necesidad de prueba.

4 LA VIOLENCIA LABORAL Y EL DESPIDO DISCRIMINATORIO EN ARGENTINA

Párrafo aparte merece la cuestión de la violencia laboral.

Argentina ha ratificado el Convenio 190 OIT de Acoso y violencia en el trabajo, que viene acompañado por la recomendación 209 que establece el “derecho al disfrute de un lugar de trabajo sin violencia”. Este convenio comenzó a regir un año después de ratificado, el 23/2/2022. También tiene Argentina ratificados la Convención CEDAW y Convención Belem Do Pará, que establece estándares internacionales en relación con los derechos de la Mujer y por extensión las disidencias y diversidades sexuales. A partir de allí, si se produce una situación de acoso o violencia en el trabajo, sin dudas el Estado, y entre el mismo, el Juez, tienen la obligación de hacer que cesen y reponer las cuestiones a su situación anterior. Por ello se había originado una corriente judicial que establecía:

- parámetros de flexibilización e inversión de la carga de la prueba en casos de acoso y discriminación;
- obligación de reintegrar a la persona acosada.

Sin embargo, con la misma ley dictada en fecha 9 de julio 2024, se estableció un “corset” legal. El artículo 245 bis ley de contrato de trabajo, que establece:

- prohibición de volver al trabajador al puesto de trabajo;
- se “tasa” el daño por la discriminación: sólo abonar de un 50 a un 100 % mas de la misma indemnización por despido; si la

persona tiene poca antigüedad, será poca su indemnización por despido, y por tanto la indemnización por la violencia y discriminación ejercida también está “tasada” de manera reducida y acotada.

5 EL TRABAJADOR MIGRANTE EN ARGENTINA

En el año 2025 se produjeron medidas en materia migratoria en Argentina que endurecieron las condiciones por las cuales un migrante puede vivir en Argentina. Se dictó el Decreto 366/2025 que modifica una ley, (la ley de migraciones 25871) y establece:

- a) los extranjeros pueden acceder a los servicios de salud públicos en caso de emergencia; y en caso de que sean residentes permanentes. Caso contrario, sólo se dará tratamiento médico o atención sanitaria con la presentación de un seguro de salud antes contratado;
- b) para ser “residente permanente” hay que solicitarlo en la Dirección nacional de migraciones (y no a un juzgado federal), demostrando que se tienen medios económicos suficientes y falta de antecedentes penales;
- c) se modifica art. 53 de la ley de migraciones y se establece que el extranjero que resida irregularmente en el país o no autorizado por la autoridad migratoria, no podrá trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, por cuenta propia o ajena, en relación de dependencia o independientemente;
- d) la Dirección de Migraciones puede controlar todo el tiempo la identidad de la persona extranjera como también los lugares donde vive o donde trabaja;
- e) si una persona es migrante de manera no aceptada legalmente pero está trabajando, teóricamente sus derechos laborales permanecen (a indemnización por despido, preaviso, etc.) pero si es expulsado del país tendrá muchas dificultades

para continuar ejerciéndolos. Tendría que dejar un poder a un abogado laboralista que le siga el procedimiento, y dejar hablados a los testigos que ofrezca como prueba.

6 EL TRABAJADOR HOME OFFICE Y EL TELETRABAJO

El trabajador en “home office” comenzó siendo una opción en casos de trabajos registrados, en los cuales se aceptaba que determinados empleados, con conducta adecuada, y de cierto rango, pudieran trabajar desde sus casas de manera remota. Ello fue antes de 2019.

A partir de 2020 se produjo la pandemia Covid19, y ello provocó que numerosos trabajadores quedaran atrapados en sus hogares y se continuara trabajando.

Por ello, en todos los casos en que fue posible, el trabajador o la trabajadora quedaron realizando tareas en sus casas (home-office) salvo los casos de empleos “esenciales” (personas en sanatorios, oficinas de funcionamiento obligatorio, lugares de provisión de alimentos).

Ya antes de la pandemia, existían algunas normas en materia de seguridad e higiene, (Resolución S.R.T. 1552/2012) para los trabajadores en el hogar, que eran:

- 1 silla ergonómica;
- 1 extintor portátil contra incendio (matafuego de 1 kg. a base de HCFC 123);
- 1 botiquín de primeros auxilios;
- 1 almohadilla para ratón (“pad mouse”).

Ahora bien, en los casos de trabajadores/as que no hubiesen estado registrados, a ello sumado la retracción económica global, la falta de consumo y de ingresos a las empresas, se produjo una

oleada de despidos silenciosos, que incluso tenían problemas para cristalizarse porque simplemente se dejaba de convocar o “necesitar” la labor de ese trabajador y este último se veía en problemas para realizar notificaciones en el correo atento a que no se podía salir.

En ese contexto y ya al final de la pandemia, en Argentina se sanciona la Ley de Teletrabajo 27.555, vigente desde abril 2021, que establece:

- la obligatoriedad de firmar un contrato con el teletrabajador. Ello trae inconvenientes por la falta de costumbre que existe de “firmar un contrato” de trabajo en Argentina. Pero teóricamente si no existe este contrato firmado, no existe régimen de teletrabajo;
- dispone que las actividades que se pueden realizar a distancia, siempre que la naturaleza del trabajo lo permita. Y que los trabajadores bajo esta modalidad gozan de los mismos derechos que los presenciales, incluyendo una remuneración igual y la compensación por mayores gastos de conectividad;
- en cuanto a trabajadores a través de las fronteras: La ley 27555 en su Artículo 17 refiere a la contratación de personas extranjeras no residentes en el país.

Este artículo 17 de la Ley 27.555, denominado “Deberes específicos”, establece las siguientes condiciones cuando una empresa argentina contrata a personal extranjero que no reside en el país para trabajar bajo la modalidad de teletrabajo:

- 1) autorización Previa: Se requiere la autorización previa de la autoridad de aplicación (el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación) para la contratación de personas extranjeras no residentes en Argentina;
- 2) tope máximo: los convenios colectivos de trabajo (CCT) de cada actividad deben establecer un tope máximo (límite

porcentual) para este tipo de contrataciones, acorde a la realidad de cada sector.

En resumen, la ley se enfoca en regular la entrada de trabajo extranjero bajo la modalidad de teletrabajo para empresas nacionales, estableciendo mecanismos de control (autorización previa) y límites (tope máximo en CCT) para proteger el empleo local.

La Ley establece, en su artículo 18, la creación de un Registro de Empresas que desarrollan la Modalidad Teletrabajo. Las empresas deben inscribir a sus trabajadores en este registro.

El Ministerio de Trabajo creó dicho registro (Resolución 1921/2022 y normativa complementaria), y el trámite se realiza de manera virtual a través del sistema de Trámites a Distancia (TAD), enlazado con la AFIP, donde la empresa debe informar la nómina de teletrabajadores.

7 CONCLUSIÓN

El análisis sobre el “Despido sin Fronteras” revela una profunda desconexión entre los estándares internacionales de protección laboral y la realidad en gran parte de América Latina, ejemplificada por la escasa ratificación del Convenio 158 de la OIT. Esta ausencia legal permite que el despido sea gestionado principalmente mediante una indemnización tasada, ignorando el profundo impacto del cese laboral en la identidad, la salud mental y la cohesión social del trabajador. Los datos recientes de países como México y Argentina confirman una tendencia a la pérdida de puestos de trabajo y al deterioro de la protección, con tácticas empresariales que buscan minimizar costos de antigüedad y políticas recientes en Argentina que eliminan agravantes por fraude laboral y tasan la indemnización por discriminación, lo que debilita severamente los derechos de los empleados frente al trabajo no registrado y la violencia laboral.

Este panorama de desprotección se agrava con la aparición de figuras laborales modernas, como el trabajador migrante y el teletrabajador transfronterizo, cuyas condiciones de empleo son particularmente frágiles. Las nuevas normativas en Argentina restringen severamente la capacidad de los migrantes irregulares para trabajar y acceder a la salud, mientras que el teletrabajo, aunque regulado, impone límites burocráticos y deja a muchos sin el amparo de la legislación laboral al cruzar fronteras. En esencia, la legislación regional se dirige hacia una reparación económica limitada y predefinida, lejos de buscar la estabilidad en el empleo y la reparación integral del daño, perpetuando la vulnerabilidad del empleado ante la terminación laboral en un entorno económico cada vez más conectado e inestable.

REFERENCIAS

EMPLEOS en peligro: en el primer semestre se perdieron más de 170.000 puestos de trabajo. En: Perfil, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Perfil, 23 de julio de 2024. Disponible en: <<https://www.perfil.com/noticias/economia/empleo-en-peligro-en-el-primer-semestre-se-perdieron-mas-de-170000-puestos-de-trabajo.phtml>>.

EN LOS ÚLTIMOS cinco meses, se perdieron 170.695 puestos de trabajo registrados. En: Ambito, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Nefir, 14 de julio 2024. Disponible en: <<https://www.ambito.com/politica/en-los-ultimos-cinco-meses-se-perdieron-170695-puestos-trabajo-registrados-n6031708>>.

LÓPEZ B., Sergio Andrés. Efectos Individuales DEL despido y la resiliencia como facilitador en la búsqueda de empleo. En: **Panorama Socioeconómico**, Talca, Ed. Universidad de Talca (Chile), v. 25, núm. 35, julio-diciembre, p. 168-172, 2007.

MARTÍNEZ, Ángeles Cruz. En diciembre se perdieron más de 405 mil empleos formales: IMSS. En: La Jornada, Ciudad de México,

Ed. Demos, 7 de enero de 2025. Disponible en: <<https://www.jornada.com.mx/noticia/2025/01/07/economia/en-diciembre-se-perdieron-mas-de-405-mil-empleos-formales-imss-9513>>.

Recebido em: 10-10-2025

Aprovado em: 16-11-2025

ELEMENTOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO QUE NO DEBERÍAN SER TRASTOCADOS CON EL CAMBIO CONSTITUCIONAL: EL CASO DE MÉXICO¹

Aldo Efraín Ramírez Hernández²

RESUMEN

A través del presente trabajo se analizan los elementos estructurales del Estado constitucional de derecho en México que, desde una perspectiva jurídica y doctrinal, no deben ser modificados mediante reformas constitucionales, debido a su función esencial como garantes de la democracia, la legalidad y los derechos fundamentales de las personas. De esta manera se identifican cuatro pilares fundamentales: los derechos humanos, el federalismo, la división de poderes y la independencia judicial, los cuales se consideran intocables.

¹ **Como citar este artículo científico.** RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Aldo Efraín. Elementos del estado constitucional de derecho que no deberían ser trastocados con el cambio constitucional: el caso de México. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 35-73, set.-dez. 2025.

² Maestro en Derecho Constitucional y de Amparo, por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México). Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Ten cursos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y por Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Escuela Judicial Electoral). Ha participado de múltiples cursos en la escuela de la función judicial de Ecuador, en el Centro de formación judicial de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, y de la defensoría del pueblo en Colombia. Correo electrónico: aldormzhdz@gmail.com

A través de este análisis se expone que los derechos humanos, al ser universales, progresivos e interdependientes, no pueden ser restringidos ni reducidos en su contenido por vía de reformas. El federalismo, por su parte, es defendido como una herramienta de descentralización del poder que garantiza la pluralidad, el respeto a la diversidad regional y el fortalecimiento institucional. La división de poderes se presenta como un principio indispensable para evitar el autoritarismo y asegurar los pesos y contrapesos entre los órganos del Estado, garantizando un Estado de derecho y finalmente, la independencia judicial se destaca como condición sine qua non para el acceso a la justicia, la imparcialidad y la garantía efectiva de los derechos humanos reconocidos en la Ley.

El artículo también hace un comentario a la reciente reforma constitucional al Poder Judicial en México, que introduce la elección popular de jueces y magistrados, advirtiendo sobre los riesgos de politización, pérdida de autonomía y vulneración al principio de imparcialidad judicial. De esta manera se sostiene que preservar intactos estos cuatro elementos es esencial para salvaguardar el orden constitucional, el respeto a la dignidad humana y el funcionamiento de una democracia sólida en el México contemporáneo.

Palabras Clave: Derechos humanos, Federalismo, Independencia Judicial, División de Poderes.

SUMARIO. 1 Introducción. 2 Constitución y Estado Constitucional de Derecho. 3 Derechos Humanos. 4 Federalismo. 5 División de Poderes. 6 Independencia judicial. 7 Poder constituyente y cláusulas pétreas. 8 La reforma constitucional al poder judicial en México. 9 Conclusión. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

En las sociedades contemporáneas el Estado Constitucional de Derecho se alza como una construcción fundamental para salvaguardar los valores y principios esenciales de los Derechos Humanos y el Estado de Derecho con la finalidad de preservar la dignidad humana de todas las personas y garantiza un sano desarrollo

con la finalidad de que puedan realizar su plan de vida de acuerdo a sus intereses. En este contexto, surge la pregunta primordial de qué elementos constitucionales no deben ser alterados mediante cambios constitucionales con la finalidad de preservar y mantener los derechos fundamentales a salvo y las reglas del juego que permitan su cumplimiento. De esta manera, puede establecerse que en la actualidad la premisa fundamental del Estado Constitucional de Derecho radica en la primacía de la ley y en el respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por los Estados en sus Constituciones y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, trabajando por su maximización y desarrollando los mecanismos y garantías que eviten su retroceso.

También debe de tomarse en consideración el principio constitucional que establece la separación de poderes ya que actúa como un pilar angular de esta estructura ya que establece una base en la cual los tres poderes del gobierno (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) operan en equilibrio y colaboración, impidiendo la acumulación de poder en manos de una sola entidad o de una sola persona.

Este es el segundo elemento que no debe ser desde nuestra perspectiva, trastocado. Como tercer elemento figura la independencia y autonomía del poder judicial, en particular, este adquiere una importancia crucial, ya que se convierte en el baluarte que asegura la justicia imparcial, esto permite que jueces y juezas puedan desarrollar sus funciones con pleno cumplimiento a la ley, a sus reglas y principios sin injerencia alguna de un tercero, de esta forma este elemento resulta crucial ya que solo un poder judicial independiente puede actuar como contrapeso frente a posibles excesos de los otros poderes y velando por la protección de los Derechos Humanos.

De esta manera la protección de los Derechos Humanos son un fundamento innegociable de cualquier Estado Constitucional y representa un elemento irremplazable, estas disposiciones normativas que deberían ser intocables garantizan la dignidad y los derechos inherentes a cada persona, de esta forma los Derechos Humanos

actúan como límites infranqueables para el ejercicio del poder estatal, unido a esto encontramos la soberanía de la Constitución como Ley Suprema y la Supremacía del ordenamiento jurídico por sobre intereses temporales o situacionales, de esta manera, los Derechos Humanos, la División de Poderes, el Federalismo y la Independencia Judicial, consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyen los pilares fundamentales sobre los que se edifica el Estado constitucional de derecho. Estos principios no solo estructuran el diseño institucional de la República, sino que funcionan como un faro normativo que orienta el bienestar colectivo, la protección de la dignidad humana y la estabilidad democrática de la nación.

Alterar o debilitar cualquiera de estos elementos mediante reformas constitucionales significaría abrir la puerta a la concentración del poder, a la manipulación normativa con fines políticos o ideológicos, y a una posible regresión en la garantía de los derechos fundamentales. Ello representaría un grave retroceso para el desarrollo democrático del país y pondría en riesgo los avances alcanzados en materia de legalidad, justicia y protección de las libertades. En este contexto, la reflexión crítica sobre los elementos que deben considerarse intocables o irreformables en el marco constitucional adquiere una relevancia mayúscula; no se trata de un ejercicio meramente teórico, sino de una urgente defensa de los principios rectores que sostienen el equilibrio institucional, la división funcional del poder y la protección efectiva de las personas frente a posibles abusos del Estado.

Por ello, establecer límites materiales al poder de reforma, ya sea mediante cláusulas pétreas explícitas o mediante interpretaciones jurídicas (implícitas) se vuelve una tarea impostergable para preservar la integridad del orden constitucional y consolidar una democracia que, lejos de ser meramente procedimental, se sustente en el respeto irrestricto a los derechos humanos y en un sistema de justicia verdaderamente autónomo e imparcial en donde exista

certeza y seguridad, así como la protección y garantía de los derechos humanos de todas las personas.

2 CONSTITUCIÓN Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Para comenzar con este artículo propongo al lector partir de una definición que nos guíe a lo largo de estas páginas, y quiero proponer que es aquello que debemos entender por Constitución Política ya que es el punto de referencia que debemos considerar, ya que dentro de ella existen elementos que a juicio de este abogado no deben ser reformados con la finalidad de que prevalezca el Estado Constitucional de Derecho; para ello considero pertinente atender la definición del jurista Eduardo Andrade Sánchez el cual refiere que la Constitución es:

Conjunto de normas, codificadas o no, que regulan la forma del Estado y la estructura fundamental del gobierno, le fijan a este limitativamente sus atribuciones, sujetándolo a un conjunto de derechos y obligaciones; determinan los procedimientos de creación de las normas jurídicas, fincan las bases a las que deben sujetarse y establecen, mediante preceptos obligatorios, los límites de la autoridad estatal frente a las libertades de las personas. (Andrade Sánchez, 2019, p. 29)

Ahora bien, para reforzar lo anterior también es necesario que tengamos la comprensión del Estado Constitucional Moderno, ya que cuando nos referimos a él lo entenderemos de la siguiente manera:

El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la Dignidad Humana como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular, la división de poderes, el concepto de derechos fundamentales, la tolerancia, la pluralidad

de partidos y la independencia de los tribunales. (Haberle, 2001, p. 3)

De esta manera se desprenden elementos comunes entre la Constitución Política y el Estado Constitucional Moderno, y podemos identificar ciertos elementos que son compartidos. Mencionado la anterior propongo al lector un conjunto de elementos establecidos en el Cuerpo Normativo Supremo Mexicano, su Constitución que no deben ser trastocados al realizar o llevar a cabo alguna reforma constitucional con la finalidad de preservar ese Estado Constitucional de Derecho y de protección de Derechos Humanos, en lo particular retomaré o abordaré 4 elementos que considero esenciales y que se encuentran abordados y establecidos en la tesis aislada 2026522³ (SJF, 2023) de los tribunales colegiados de circuito que puede ser consultada en el Semanario Judicial de la Federación (SJF), y que dichos elementos son los siguientes:

1. los Derechos Humanos;
2. el Sistema Jurídico de gobierno en cuanto a su cualidad de Republicano y Federado;
3. la división de las funciones del Poder Público. (División de poderes); y

³ “Suspensión en el Juicio DE Amparo. Cuando Los Actos de las Autoridades del Estado Mexicano Respecto de los que se Solicita son Sometidos al Test de Constitucionalidad y Convencionalidad por Quebrantar el Orden Jurídico Nacional, Debe Atenderse a los Elementos Pétreos de la Constitución General.” (México, 2023) no pueden ni deben cambiarse las decisiones políticas fundamentales que la definen y que constituyen su parte dura o elementos inmodificables, como son: (I) los derechos humanos –que no deben disminuir por virtud del principio de no regresión y que por ser inherentes a la naturaleza humana no se deben suprimir–; (II) el sistema jurídico de gobierno en cuanto a su cualidad de republicano y federado, así como (III) la división de las funciones del Poder Público, precisamente porque implica la forma y modo de ser de la Nación Mexicana, inclusive (IV) la independencia judicial, porque no está permitida la intromisión externa o interna en las decisiones de los órganos jurisdiccionales; de tal manera que al Poder Reformador de la Constitución le estaría vedado disminuir el catálogo de derechos humanos o cambiar el sistema republicano por una monarquía o de federado a centralizado y menos autorizar que todo el poder público se ejerza por una sola persona –salvo que ese cambio surgiera de una revolución de la que emanara una nueva Constitución, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: XXIV.Io.43 K (11a.), Semanario Judicial de la Federación, undécima época, viernes 26 de mayo de 2023, Registro digital: 2026522.

4. la independencia judicial.

Una vez mencionados esos elementos procederé a mencionar la relevancia que tiene cada uno de ellos en el sistema jurídico mexicano, así como para la democracia constitucional.

3 DERECHOS HUMANOS

El Primer Punto de abordaje de la tesis aislada son los Derechos Humanos, por ello es importante establecer que entendemos por Derechos Humanos para comprender su relevancia en nuestra sociedad actual, ya que estos son un elemento central u esencial para preservar el Estado Constitucional de Derecho, son un elemento sine qua non del sistema jurídico moderno y son parte de las reglas del juego que son elementales en el Estado:

Los derechos humanos son principios sobre la base de los cuales los individuos pueden actuar, y los estados pueden legislar y juzgar. También son valores que reflejan aspiraciones humanas. Como tales, los derechos humanos representan un ideal y un horizonte que, aunque sea difícil de alcanzar, puede dar sentido a la vida en sociedad. A lo largo de la historia de la humanidad, los derechos de los seres humanos han sido definidos y protegidos sobre la base de los valores que se atribuyen a cada individuo, y a la libertad, la igualdad y la justicia. (IIDH, 1999, p. 21)

Ahora bien, en el Estado constitucional moderno y en una democracia constitucional, los derechos humanos constituyen un núcleo que marca las directrices del Estado y limita el ejercicio del poder, garantizando la dignidad, la libertad y la igualdad de todas las personas. Su relevancia es que estos actúan como parámetro para la creación, interpretación y aplicación de las leyes, asegurando que toda actuación que realiza el Estado se someta a principios de justicia, legalidad y respeto a la persona. De esta manera, los derechos

humanos se convierten en la base y el fin último de la organización política contemporánea, de esta manera podemos mencionar que los derechos humanos cumplen ciertos objetivos en nuestra sociedad y lo explica de manera precisa la Maestra Ana Lilia Ulloa Cuéllar quien menciona que

1. los derechos humanos son exigencias básicas del ser humano, en todos los tiempos, lugares y culturas;
2. los derechos humanos remiten en principio básicamente a la libertad, la igualdad y la solidaridad de todos y cada uno de los individuos: hombres y mujeres;
3. los derechos humanos, son aquellos derechos que la sociedad contemporánea reconoce a todo ser humano por el solo hecho de ser humano; derechos que el individuo tiene frente al Estado. Derechos que el Estado o bien tiene el deber de respetar y garantizar, o bien está llamado a satisfacer de una u otra forma la plena realización de ellos;
4. todas las personas tienen derechos que les pertenecen por su condición de seres humanos. (Ulloa Cuellar, 2019, p. 17)

Ahora bien, debemos recordar que Conforme al Artículo 1 de la Constitución Mexicana menciona que todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en la misma, y también que todas las autoridades en el ámbito de su competencia están obligadas a respetar, proteger, y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, de esta manera podemos comprender que los Derechos Humanos deben garantizar una vida digna a las personas en el Estado mexicano y que son sustanciales para poder consolidar el proyecto de vida deseado por las personas.

El reconocimiento y la protección de los derechos humanos en las constituciones son fundamentales debido a su naturaleza intrínseca como derechos inherentes a todos los seres humanos. Estos derechos son universales, inalienables e indivisibles de acuerdo al ordenamiento constitucional mexicano así como fueron planteados en la Declaración

y Programa de Acción de Viena en el año 1993, esto significa que independientemente de la nacionalidad, raza, género, religión u orientación sexual de las personas el Estado mexicano protege a todos, ahora bien, al incorporar estos derechos en la Constitución demuestra su compromiso con la protección de la dignidad humana y su intención de garantizar que todas las personas sean tratadas con igualdad y respeto, asimismo la Constitución actúa como pilar de la legalidad y la estructura de nuestro país, así, al enunciar y proteger los Derechos Humanos en este documento fundacional, el Estado establece una base sólida para la justicia y el respeto de las personas, de esta manera el reconocimiento de los Derechos Humanos en la Constitución confiere legitimidad al sistema legal y político de un país, al mantener estos Derechos Humanos como elementos inalterables en la Constitución, las sociedad mexicana reafirma su compromiso con la justicia, la igualdad y la dignidad humana, incluso en tiempos de desafíos y cambios políticos.

Esta inclusión de los derechos humanos en las constituciones contemporáneas también contribuye al fortalecimiento de la Democracia y el Estado de Derecho, así, al garantizar que los poderes del Estado estén limitados por los derechos fundamentales o Derechos Humanos, se crea un equilibrio que protege a las personas de posibles abusos de autoridad, en consecuencias los tribunales y los sistemas judiciales pueden utilizar estos derechos como base para evaluar la legalidad de las acciones gubernamentales (control constitucional) y mantener al gobierno responsable ante la sociedad, ahora bien, para culminar este apartado, debe establecerse que los Derechos Humanos sí pueden ser sujetos de modificación, pero a criterio de este maestro siempre deberán perseguir el objetivo de dar u otorgar un mayor grado de realización y maximización del derecho, en este sentido, las reformas a la Constitución no pueden ir en detrimento de los Derechos Humanos, no pueden coartarlos o minimizar su contenido, tampoco pueden afectar su protección, ya que eso violaría la propia Carta Magna y sus principios, en este caso el principio de progresividad se vería afectado, así lo ha reconocido la Primera Sala de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación de México (SCJN) a través de una jurisprudencia con número de registro 2029434 en la cual establece que:

El principio de progresividad de los derechos humanos está reconocido en el artículo 1o. constitucional como uno de los principios fundamentales para la interpretación y aplicación de los derechos humanos, que significa que el Estado está obligado a procurar con todos los medios posibles la satisfacción de estos derechos, así como al establecimiento de un nuevo piso mínimo de protección cada vez que se logra un avance en esta tarea. Este nivel de protección delimita de manera negativa la capacidad de actuación estatal a través del establecimiento de una prohibición de regresividad, que se entiende como el deber de las autoridades de abstenerse de emitir actos legislativos que limiten el alcance que ya se le reconocía a un derecho humano o de atribuirle algún sentido que desconozca la extensión y el nivel de tutela admitido previamente.

En conclusión, una vez que un nivel de protección en el ejercicio de un derecho humano se ha incorporado en el ordenamiento con un alcance determinado, es obligación de todas las autoridades promover, respetar, proteger y garantizar este contenido; lo que en el caso de las personas juzgadas se da a través de los efectos de sus sentencias. (México, 2024a, p. 51)

De la misma manera el alto tribunal ha sido consistente y en otra jurisprudencia con número de registro 2029337 que es obligatoria para todos los jueces y juezas del país estableció que:

El principio de progresividad impone a todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de sus competencias, el deber de incrementar gradualmente el grado de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, y también les prohíbe adoptar medidas regresivas que disminuyan el alcance y nivel de protección otorgados a los derechos humanos, salvo que exista una justificación constitucional plena para la medida regresiva que se demuestre fehacientemente. (México, 2024a, p. 51)

Esto es de suma relevancia porque de esta manera puede comprenderse la importancia de los derechos humanos y el respeto y protección a los mismos, ya que una regresión en la protección de lo que el Jurista Ronald Dworkin (1977, p. xi, 91 y 199) llama *cartas de triunfo* representaría un peligro para el avance de los derechos y libertades. De esta manera el maestro González Solórzano manifiesta de manera puntual que:

El principio de progresividad impone a los Estados la obligación de mejorar efectivamente, en el sentido más amplio posible, las condiciones de derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, es decir, incluidas todas las personas actualmente en el territorio del Estado, en particular, las más vulnerables. (González Solórzano, 2024, p. 4.724)

Tampoco debe dejarse de lado el principio de interdependencia de los derechos humanos, ya que este resulta relevante para su comprensión y protección de los mismos, en virtud de ello los maestros Piovesan y Morales mencionam:

Todos los derechos humanos tienen el mismo estatus, no pueden ser colocados en un orden jerárquico y mantienen una interrelación e interdependencia. La negación de un derecho infaliblemente impide el disfrute de otros derechos. Si la privación de un derecho afecta de manera negativa los demás derechos, también la efectiva garantía de un derecho facilita el avance en la salvaguarda de los demás. (Piovesan; Morales Antoniazzi, 2020, p. 39)

Asimismo, debe tomarse en consideración que los derechos humanos se rigen por el principio de indivisibilidad el cual puede ser explicado por la maestra Uscanga Barradas y el maestro Morales Muñoz, quienes mencionan que:

Los derechos humanos no pueden concebirse o tomarse como elementos aislados o separados, sino en conjunto pues solo de esta forma resultan ser eficientes y en beneficio de las personas, La indivisibilidad coloca en un plano de jerarquía superior a los derechos, sustrayéndolos de cualquier pretensión de reducción de su esencia, y de esa forma garantiza plenamente su vigencia como factor de primacía en todo orden jurídico. (Uscanga-Barradas; Morales Muñoz, 2022, p. 61)

De esta manera puede mencionarse que los derechos humanos constituyen el pilar fundamental de un Estado constitucional moderno y de una democracia contemporánea pues son la garantía última de la dignidad, libertad e igualdad de todas las personas frente al poder estatal. Su inclusión en la Constitución no debe ser vista como una cláusula ordinaria o como un elemento superficial, sino como un núcleo que resulta fundamental, esencial e irreformable, ya que su regresión afectaría de manera directa el principio de progresividad y pondría en riesgo avances históricos en materia de derechos humanos.

El reconocimiento jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirma que el Estado tiene la obligación permanente de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, prohibiendo toda medida regresiva salvo justificación constitucional plenamente demostrada. Además, su interdependencia e indivisibilidad implican que la vulneración de un derecho compromete el goce efectivo de los demás derechos humanos. Por ello, blindar constitucionalmente los derechos humanos asegura que ninguna coyuntura política o interés mayoritario pueda limitar su alcance. Dejar abierta la posibilidad de reformarlos en sentido restrictivo equivaldría a erosionar el fundamento mismo del Estado de Derecho y de la democracia. Su carácter irreformable es, entonces, un acto de preservación del pacto social y un compromiso con las generaciones presentes y futuras, garantizando que la dignidad humana permanezca como el valor supremo e inmutable de la vida política y jurídica.

4 FEDERALISMO

Ahora bien, el segundo elemento de abordaje es el que se refiere al el sistema jurídico de gobierno en cuanto a su cualidad de Republicano y Federado, de esta manera el maestro Herminio Sánchez establece que al referirnos a federalismo estamos refiriéndonos a una concepción “constitucional-jurídica, que hace énfasis en la existencia de los tres poderes de Estado, esto es, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, tanto en el Estado central (“ámbito federal”) como en los Estados miembros, además que dicha existencia debe estar garantizada en la Constitución” (Sánchez de la Barquera y Arroyo, p. 215) en este sentido la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece lo siguiente:

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

De la misma manera la Constitución Mexicana establece “**Artículo 49.** El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.”

De esta manera el Federalismo es un salvaguardia esencial para la preservación de un Estado de Derecho sólido ya que al descentralizar el poder y otorgar autonomía a las Entidades Federativas.

De esta manera el federalismo evita la concentración excesiva de poder en manos del gobierno central. Esta distribución de autoridad sirve como freno a posibles abusos y violaciones de derechos humanos por parte del poder central, además, el Federalismo también fomenta la diversidad y el pluralismo en una sociedad ya que en un sistema federal, las entidades federativas tienen la oportunidad de desarrollar políticas y regulaciones que reflejen las diferencias culturales y

sociales presentes en el país, con esta diversidad se protege la riqueza de la sociedad y promueve el respeto a los derechos humanos, ya que garantiza que los grupos en situación de vulnerabilidad y grupos históricamente discriminados tengan la oportunidad de proteger y promover sus derechos de acuerdo con sus propias necesidades y valores.

Ahora bien preservar el Federalismo es defender la estabilidad política y la cohesión social que proporciona y los cambios constitucionales para reformar el Federalismo pueden generar incertidumbre y desconfianza entre las diferentes regiones del país; la estructura federal establecida en nuestra Constitución no debería ser alterada con el cambio constitucional, ya que el alterar esta estructura podría desencadenar tensiones y conflictos entre los diversos poderes del Estado o sus instituciones, además, el federalismo respeta la diversidad y las particularidades regionales, lo que contribuye a la riqueza cultural y social de nuestra nación. Bajo este modelo, las Entidades Federativas tienen la capacidad de adaptar las políticas a sus necesidades específicas, lo que permite abordar cuestiones locales de manera más eficiente y efectiva, así reformar el federalismo podría dar lugar a la uniformidad en las políticas y a la pérdida de esta adaptabilidad, y que vaya en detrimento de los Derechos Humanos.

La preservación del federalismo también es esencial para evitar la concentración excesiva de poder en el gobierno central, y evitar violaciones a derechos, porque en un sistema federal distribuye el poder entre múltiples niveles de gobierno, lo que evita que una entidad central acumule un poder desproporcionado y potencialmente abusivo. Reformar el federalismo podría permitir la centralización del poder y debilitar los contrapesos y controles que existen para prevenir posibles abusos, esto pondría en riesgo la protección de los derechos humanos y la capacidad de las Entidades Federativas para actuar como contrapesos efectivos. Debo establecer que tanto el Federalismo como la División de Poderes están unidos, y son un elemento *sine quanon* ya que no puede existir el uno sin el otro; ya que estos son complementarios, es de esta forma que procedo

a mencionar que debemos entender por División de Poderes y porque deben ser un elemento intocable.

5 DIVISIÓN DE PODERES

El Tercer elemento es aquel que se refiere a la división de poderes que conforman el Estado y la estructura de gobierno, ahora bien, desde que el Estado Mexicano es una Nación libre e independiente, se estableció de manera clara que una de las bases de su organización política y de su estructura de gobierno era (y lo es aún) el principio de división de poderes, el cuál estableció las reglas especiales dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de esa fragmentación en el ejercicio de las facultades que corresponden al estado y prohibió expresamente la reunión en una o más personas de esos poderes. La Constitución Mexicana menciona:

Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados y la Ciudad de México, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de cada Estado y de la Ciudad de México, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

De esta forma es claro que la Constitución Política Mexicana hace mención de que ejercicio del poder soberano se divide en tres órganos o poderes del Estado y lo conforman: el Poder Legislativo se encuentra regulado en el Título Segundo, Capítulo II que abarca de los artículos 50 al 78, el Poder Ejecutivo que se encuentra regulado en el Título Segundo, Capítulo III, que abarca de los artículos 80 al 93 y el Poder Judicial regulado en el Título Segundo, Capítulo IV de los artículos 94 al 107, cada uno de estos tiene establecido su ámbito de acción, sus obligaciones y sus facultades claramente establecidas, con sus propias características y estructuras de organización de

esta manera la Constitución Mexicana prescribe sus funciones y responsabilidades, y con respecto al sistema federal podemos mencionar que:

En un Estado federal se superponen los poderes legislativos y ejecutivos de la Unión o Federación, con los poderes legislativos y ejecutivos de los Estados miembros federados. Tanto el Gobierno y legislador federal como los Gobiernos y legisladores de los Estados actuarán directamente sobre los ciudadanos. (Saénz Royo, 2017, p. 16)

El principio de la división de poderes en su acepción del *check and balance* (comúnmente traducido como pesos y contrapesos institucionales) es un componente esencial en la mayoría de las democracias contemporáneas, en particular los regímenes presidenciales latinoamericanos (Negretto, 2003).

Ahora bien, el concepto de división de poderes es un pilar fundamental en la estructura de un Estado constitucional de derecho, con una influencia directa y crucial en la salvaguardia de los Derechos Humanos, reconocidos y protegidos en México.

La separación de funciones y responsabilidades entre el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial como lo establece nuestra Constitución no solo busca evitar la concentración excesiva de poder, sino que también establece un sistema de frenos y contrapesos que garantiza la protección de los derechos humanos tanto de manera individual como de manera colectiva de la personas, así, en un Estado constitucional de derecho, la división de poderes es esencial por varias razones, en primer lugar, promueve la limitación del poder gubernamental y evita el abuso de autoridad ya que al distribuir las funciones de manera independiente, se crea un sistema de control interno en el que cada poder puede ejercer sus propias funciones sin interferencia indebida de los otros, esto evita que un solo individuo o grupo concentre un poder absoluto y se convierta en

una amenaza para los derechos humanos y libertades de la población, de esta manera en lo que respecta a los derechos humanos, la división de poderes juega un papel vital, dentro del ámbito del Poder Judicial, se convierte en un defensor de los derechos fundamentales al tener la capacidad de revisar los actos u omisiones gubernamentales que violen la Constitución y los Derechos Humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de los que México sea parte, esta independencia del poder judicial es esencial para asegurar que ningún ciudadano sea víctima de arbitrariedades, y que las minorías y grupos en situación de vulnerabilidad e históricamente discriminados estén protegidos frente a posibles acciones perjudiciales del Estado, además, la separación de poderes también facilita la creación de leyes y políticas que respeten los derechos humanos ya que el poder legislativo, compuesto por representantes del pueblo, tiene la tarea de crear normas que reflejen las necesidades y valores de la sociedad, así al no estar influenciado por el poder ejecutivo, existe una mayor probabilidad de que las leyes se orienten hacia el respeto de los derechos fundamentales, de esta manera la división de poderes es un pilar esencial en un Estado constitucional de derecho y para la protección de los derechos humanos.

Su función de limitar el poder de los diferentes órdenes de gobierno promueve la rendición de cuentas y establece un sistema de frenos y contrapesos, lo cual es crucial para prevenir el abuso de autoridad y garantizar que todas las personas vivan en un entorno donde sus derechos y libertades estén protegidos frente a las arbitrariedades, evitando la invasión de esferas en las actuaciones de los diferentes órganos del Estado. Así, la separación de poderes no solo asegura la estabilidad política, sino que también fortalece la democracia constitucional y el imperio de la ley en beneficio de toda la sociedad.

Entre las bondades del principio de división de poderes con su acentuación del *check and balance* se han señalado las siguientes: diversifica la representación entre varios agentes con capacidad de

veto mutuo; requiere de acuerdos de varios agentes con intereses diversos para tomar decisiones y para aprobar cambios en la legislación; hace más representativas las decisiones al involucrar a más actores en su diseño; minimiza la posibilidad de afectar negativamente los derechos e intereses de la minoría o grupos excluidos de la coalición decisoria; favorece la adopción de políticas moderadas, debido a que actores con posturas extremas están obligados a negociar entre sí para llegar a un compromiso y tomar una decisión; provee a los ciudadanos mayor información acerca de las políticas públicas, dado que el modelo requiere de un amplio debate entre agentes con intereses diversos antes de decidir cambios legislativos importantes; e induce a relaciones cooperativas entre gobierno y oposición en una democracia plural y competitiva. (Negretto, 2002, p. 299-328).

6 INDEPENDENCIA JUDICIAL

Para comenzar con este apartado es relevante establecer lo que menciona el maestro Diego Jadán:

La independencia del poder judicial es una piedra angular de los Estados democráticos y una “exigencia política en la jurisdicción propia del moderno Estado constitucional”; 1 de tal forma que no se puede garantizar el modelo de justicia-poder, donde emerge la figura del juez como guardián de los derechos fundamentales y de la supremacía de la Constitución, sin la independencia de los jueces. (Jadán Heredia, 2019, p. 12)

El Código de Ética del Poder Judicial de la Federación establece que la independencia del juez o jueza “Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes del sistema social. Consiste en juzgar desde la perspectiva del Derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél.” (México, 2004, p. 9) En este sentido significa que el juzgador debe atender al derecho al emitir sus sentencias y no a cuestiones ajenas de la Ley, como pueden ser presiones sociales, políticas y económicas, por su parte la organización de las Naciones Unidas establece que “La independencia

judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo.

En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales.” (Naciones Unidas, 2019, p. 9). Esto significa que no puede existir un verdadero Estado de Derecho si los jueces no son independientes. La legalidad implica que las decisiones judiciales se basen exclusivamente en la ley, y eso solo es posible si el juez no está sometido a presiones de otras autoridades, intereses políticos, económicos o sociales. Para que una persona tenga un juicio justo el juez debe ser imparcial. Esa imparcialidad solo puede darse si el juez es independiente, tanto en su pensamiento como en su función dentro del sistema.

Por otra parte el Código Iberoamericano de Ética Judicial determina en su artículo dos que “El juez independiente es aquel que determina desde el derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo.” (Argentina, 2018). De esta manera puede mencionarse que los códigos de ética hacen alusión a la manera en los jueces y juezas deben de comportarse en el ejercicio de sus funciones y esta sin lugar a dudas es elemental para preservar la independencia judicial, este elemento entonces resulta un pilar fundamental en cualquier sistema democrático y basado en el Estado de Derecho.

Así, mediante la independencia judicial se preserva la democracia constitucional ya que este arbitro desempeña un papel crucial en la protección y defensa de la Constitución misma y de los Derechos Humanos consagrados, esta autonomía de los jueces y juezas así como de los tribunales frente a diversas influencias políticas, económicas o sociales asegura que la ley vigente nacida del sistema democrático electo por la ciudadanía se aplique y que los derechos fundamentales de las personas sean respetados y protegidos, los juzgadores independientes velarán por los intereses de las personas de conformidad con el marco normativo vigente.

Ahora bien, de manera personal considero que la independencia judicial garantiza que los jueces puedan tomar decisiones libres de interferencias externas, de esta forma el hecho de que los jueces no están sujetos a presiones políticas, o de cualquier otra índole permite que sean capaces de analizar objetivamente la legalidad de las leyes y políticas gubernamentales a la luz de la Constitución y de los Derechos Humanos sin tener que preocuparse de que sus fallos serán analizados por otro poder público que limite sus actuaciones, de esta forma la independencia judicial garantiza un sistema de justicia imparcial y equitativo para todos y todas, ya que al emitir una sentencia un juzgador o juzgadora atiende a las circunstancias del caso particular y no de cuestiones externas ajena al asunto sujeto a decisión, pongamos un ejemplo, un tribunal federal puede decidir impedir una obra de construcción por violar el derecho humano al medio ambiente sano, así como el derecho a la autodeterminación y el derecho a la consulta de pueblos y comunidades indígenas ya que el Estado pretendía construir una carretera que afectaba estos derechos, en este sentido el juez puede decidir proteger los derechos humanos violados y no preocuparse de la injerencia externa del poder ejecutivo en la toma de decisiones del juzgador. Como puede verse esto resulta trascendental ya que un poder judicial independiente puede actuar como contrapeso frente a los excesos del poder ejecutivo y también del poder legislativo. Si el gobierno busca adoptar políticas o leyes que infrinjan los derechos humanos o socaven el orden constitucional, los jueces pueden intervenir y declarar la inconstitucionalidad de tales acciones ya que estos como se ha mencionado anteriormente pueden violar algún principio de los derechos humanos. Esta función de revisión judicial (*judicial review*) o de control constitucional es esencial para mantener el equilibrio entre los diferentes poderes del Estado y prevenir la concentración excesiva de poder en manos de una sola entidad, como ya lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos menciona que “[...] la independencia judicial se proyecta como elemento imprescindible de la organización del aparato gubernamental, sin la cual el Estado no es capaz de asegurar

el libre y pleno ejercicio de los derechos. Como corolario, la independencia judicial resulta indispensable para la protección y efectiva garantía de los derechos humanos.”. (CIDH, 2021, Párrafo 90)

La independencia judicial es elemental porque el poder judicial actúa como un árbitro, haciendo valer las reglas del juego del sistema democrático y del estado de derecho, esto es, los derechos humanos y libertades de las personas, como se ha mencionado anteriormente estos derechos y libertades permiten a las personas un desarrollo pleno y una vida digna, por lo cual el árbitro debe estar libre de injerencias que puedan afectar sus decisiones en cuanto a la protección y garantía de estos derechos y libertades, es por ello que la autonomía de jueces y juezas debe de ser protegido.

La independencia judicial es una garantía esencial para el buen funcionamiento, el fortalecimiento y la supervivencia de las sociedades democráticas. Sin jueces independientes, los poderes públicos tendrían vía libre para cometer arbitrariedades de forma impune. Sin jueces independientes, no habría tutela judicial efectiva de las libertades y de los derechos más básicos. Sin jueces independientes, nada impide una deriva autoritaria en la que el imperio de la ley no es más que una utopía lejana, y la tiranía de la mayoría política del momento una realidad constante. (Lenaerts, 2022, p. 352)

Para culminar resulta relevante lo que menciona el maestro Jadán, el cual establece que:

La independencia judicial se configura en el derecho de todas las personas a contar con jueces libres de toda manipulación ilegítima, tanto por parte de «poderes externos» a la Función Judicial como de injerencias internas, para que los jueces puedan interpretar el orden jurídico existente y proteger eficazmente nuestros derechos, al reflejar su propia interpretación de las normas con los límites que les imponen la Constitución, los tratados internacionales y la ley. (Jadán Heredia, 2019, p. 105)

Es por ello que la independencia judicial es tan importante en nuestra democracia constitucional, ya que el hecho de contar con jueces que puedan tomar decisiones por voluntad propia haciendo un análisis o interpretación de las disposiciones normativas vigentes a los casos concretos garantiza que nuestras demandas serán resueltas bajo el imperio de la Ley, dotando de certeza y seguridad jurídica a las personas que acuden a los tribunales, y haciendo prevalecer las reglas del juego del sistema democrático. Los jueces y juezas independientes son los protectores de los derechos humanos, son aquellos defensores de las libertades más esenciales para los seres humanos, y por ello la independencia judicial debe ser un elemento que no debe ser modificado con el objetivo o finalidad de trastocar sus funciones y ponga en peligro la toma de decisiones de los profesionales del derecho, ya que esto puede generar afectaciones en la protección y garantía de nuestros derechos.

7 PODER CONSTITUYENTE Y CLAUSULAS PÉTREAS

Respecto a la creación de Normas Jurídicas constitucionales o su modificación su procedimiento se encuentra establecido en el Título Octavo de la Constitución Política Mexicana en su artículo 135⁴ esta normativa no dispone o especifica de manera clara cuales son los elementos intocables o pétreos de la Carta Magna, esto es preocupante ya que dentro del Título Segundo, Capítulo Primero concerniente a la Soberanía Nacional y la Forma de Gobierno el Artículo 39⁵ Constitucional establece que el pueblo tiene el derecho de

⁴ **Artículo 135.** La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

⁵ **Artículo 39.** La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

modificar en cualquier tiempo su organización y forma de gobierno, pero no menciona cual es límite a esas modificaciones, eso significa que no hay límite alguno y esas nuevas disposiciones constitucionales o reformas a la constitución en algunas ocasiones pueden culminar en un detrimento o en la erosión del Estado Constitucional de Derecho, afectando los elementos que en este artículo consideramos deben ser intocables, en este sentido me gustaría que el lector pueda entender que el poder constituyente dentro de un Estado tiene una gran importancia dentro del Constitucionalismo, de esta forma:

El Poder Constituyente se manifiesta de manera inmediata y eficaz en el acto constituyente del Estado y, luego, en la normación constitucional del mismo y sus reformas. Por eso se habla de Poder Constituyente originario y Poder Constituyente derivado. Aunque, si se es riguroso, sólo puede haber un Constituyente. A quien decide la Constitución de un Estado o su cambio se le califica de constituyente originario. (Sáchica, 2002, p. 66)

El autor distingue con claridad dos categorías de poder constituyente. Por un lado, el Poder Constituyente originario, que es aquel que tiene la facultad de crear una nueva Constitución y establecer las bases fundamentales de un Estado. Este poder se manifiesta en momentos fundacionales y no está sujeto a normas previas. Por otro lado, se encuentra el Poder Constituyente derivado, que actúa dentro del marco de la Constitución ya existente y tiene como función reformarla o adecuarla a nuevas circunstancias. Este poder suele estar representado por órganos electos periódicamente, cuya tarea es adaptar el orden constitucional a las necesidades cambiantes de la sociedad. Sin embargo, el autor advierte que, en sentido estricto, solo puede hablarse de un verdadero constituyente: aquel que da origen a la Constitución misma.

Al respecto del poder constituyente primario y el poder constituyente secundario la Corte Constitucional Colombiana dentro de la Sentencia C-551/03 establece:

La doctrina y la jurisprudencia constitucionales distinguen entre el poder constituyente en sentido estricto, o poder constituyente primario u originario, y el poder de reforma o poder constituyente derivado o secundario. En el mundo contemporáneo, en desarrollo de los principios democráticos y de la soberanía popular, el poder constituyente está radicado en el pueblo, quien tiene y conserva la potestad de darse una Constitución. Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados. (Colombia, 2003, Párrafo 29)

Dentro de nuestro ámbito la Constitución mexicana legitima al pueblo mexicano (su gente o población) como el poder constituyente originario para que pueda realizar o llevar a cabo la modificación de forma de gobierno que considere pertinente o conveniente de acuerdo a sus valores, ahora bien, si se quiere realizar por ejemplo un cambio en la forma de gobierno, esta debe ser realizada por el Poder Constituyente Originario y no por el poder constituyente secundario o permanente ya que este no es un sujeto legitimado para esta tarea primordial, ya que las bases fundacionales o elementales concernientes al Estado y su organización corresponden al Pueblo, al respecto Nogueira Alcalá menciona:

El poder constituyente es la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez. Esta potestad es la “suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico (Nogueira Alcalá, 2017, p. 36)

De esta manera el autor establece que el poder constituyente es la fuente suprema del derecho en una sociedad, ya que emana directamente del pueblo y no está subordinado a ninguna autoridad

previa. Su función principal es crear, modificar o sustituir la Constitución, y en ese sentido representa el ejercicio más alto de soberanía popular.

Volviendo a la sentencia C-551/03 de la Corte Constitucional Colombiana menciona dentro de su sentencia:

[...] la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución [...] (Colombia, 2003, párrafo 34)

La Corte Constitucional de Colombia establece con claridad que las reformas o modificaciones a la Constitución deben orientarse a preservar su coherencia y unidad, sin que ello implique suprimirla o sustituirla por una nueva. En este sentido, la Constitución debe ser analizada de manera conjunta, sistemática y armonizada, reconociendo que sus estructuras son interdependientes. Por ello, el poder de reforma no puede utilizarse para alterar los elementos esenciales o fundamentales del texto constitucional, ya que hacerlo equivaldría a modificar las reglas del juego fijadas por el constituyente originario. Así, se protege la integridad del orden constitucional frente a intentos de transformación que excedan los límites del poder constituyente derivado.

Como se ha mencionado en líneas arriba es pertinente que los Derechos Humanos, el Federalismo, la División de Poderes y la Independencia Judicial en México sean cláusulas intocables o pétreas, ya sea que se interprete en ese sentido, o que se coloque esa cláusula constitucional explícita, ya que si no protegemos dichos elementos constitucionales se puede generar tarde o temprano un detrimento en la protección de los Derechos Humanos de las personas que tanto

nos ha constado constitucionalizar e institucionalizar, ahora bien, respecto de las cláusulas pétreas es necesario mencionar que:

Las cláusulas irreformables imponen un límite a la competencia de quienes detentan el poder de reforma constitucional. Estas cláusulas prohíben que el titular de dicho poder lo ejerza en relación con determinadas materias constitucionales, bien sean principios o instituciones, en este sentido el contenido de dichas cláusulas (1) la forma y el sistema de gobierno, (2) la estructura política o gubernamental, (3) el de la ideología o identidad básica del Estado, (4) los derechos fundamentales, (5) la integridad nacional y de Estado. (Roznai, 2020, p. 90-94).

Los elementos identificados por el jurista Yaniv Roznai – como la forma y el sistema de gobierno, la estructura política, la ideología o identidad básica del Estado, los derechos fundamentales y la integridad nacional– constituyen los pilares esenciales de una democracia constitucional. Estas materias, protegidas por cláusulas de intangibilidad o irreformables, imponen límites sustanciales al poder de reforma constitucional, prohibiendo que los titulares del poder constituyente derivado o permanente puedan intervenir en su modificación, supresión o sustitución.

En este sentido, cualquier propuesta de reforma constitucional debe ser objeto de un análisis profundo y riguroso, no solo en relación con su contenido aislado, sino considerando su impacto sobre el conjunto del ordenamiento constitucional. Las cláusulas irreformables no solo resguardan principios estructurales, sino que también aseguran la continuidad del proyecto político-jurídico fundacional concebido por el constituyente originario.

Por ello, las reformas deben orientarse al perfeccionamiento del texto constitucional, fortaleciendo y actualizando sus disposiciones dentro del marco fijado por el poder constituyente originario, sin contrariar su espíritu ni desvirtuar su esencia. Cualquier intento del poder constituyente derivado de sustituir o erosionar los elementos

fundamentales protegidos bajo estas cláusulas implicaría una ruptura constitucional y un atentado contra la estabilidad y legitimidad del orden jurídico vigente. Colocar cláusulas pétreas como límites a la reforma constitucional ayudan a mantener el Estado Constitucional de Derecho, por su parte el ministro Luis María Aguilar integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, pronunció:

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no contiene cláusulas pétreas ni interpretaciones estáticas de la Constitución y del ordenamiento mexicano. La labor de este Alto Tribunal implica que en cada sentencia y en cada decisión se fortalezca la protección de los derechos humanos de todas las personas y, ese fin constitucional, únicamente es posible alcanzarlo mediante el dinamismo de la jurisprudencia constitucional que sea capaz de adaptarse al contexto jurídico y social que impera en el País. (México, 2020)

Con este párrafo podemos ir generando una construcción y determinamos que no existen cláusulas pétreas explícitas en la Constitución Política Mexicana y que es necesaria su protección, ya que con la reforma constitucional estos principios y reglas jurídicas pueden afectar el Estado Constitucional de Derecho en el Estado mexicano. En contraste quiero mencionar de ejemplo el caso de la Constitución de la República Alemana.⁶

⁶ **Artículo 1.** PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA, VINCULACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

2. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

3. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

Artículo 20. FUNDAMENTOS DEL ORDEN ESTATAL, DERECHO DE RESISTENCIA

1. La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

2. Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes

Ya que en el país Alemán en su Artículo 79.3 en lo referente a la Reforma de la Ley Fundamental menciona: “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los Artículos 1 y 20.”⁷ Esto con la finalidad de proteger sus valores y sistemas de pesos y contrapesos que permitan garantizar un Estado Constitucional de Derecho y una Democracia Constitucional en la que los derechos humanos, el respeto y su protección sean el camino a seguir, garantizando así la dignidad humana de las personas que habitan dentro de su jurisdicción, ahora bien, hay múltiples países que han incorporado estas cláusulas a su Constitución, tal vez el Estado mexicano debería analizar estos casos y hacer las adecuaciones correspondientes a su Constitución con la finalidad de proteger estos elementos.

8 LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL PODER JUDICIAL EN MÉXICO

El 15 de septiembre de 2024 fue publicado en el Semanario Judicial de la Federación el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de reforma al Poder Judicial. (México, 2024b). Esta reforma establece, entre otros aspectos, que los jueces y juezas serán seleccionados para el ejercicio de su cargo (Jueces del fuero común, jueces en materia electoral, jueces de distrito, magistrados de circuito, ministros de la Corte Suprema) mediante el voto popular directo de la ciudadanía, transformando de manera profunda el mecanismo de designación judicial en el país, ya que

legislativo, ejecutivo y judicial.

3. El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

4. Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2023) Constitución Alemana, consultado el 17 de agosto del 2023. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/deu>>.

anteriormente los jueces tenían que presentar una serie de exámenes que acreditaran que tienen la capacidad para ser personas que impartan justicia, con la finalidad de hacer un servicio profesional de carrera y valorar el mérito de las personas que trabajan en las instituciones judiciales tomando en consideración su experiencia laboral y su capacidad profesional, ahora bien, la incorporación del sufragio ciudadano como método de elección judicial representa un cambio trascendental en el sistema de justicia en México, pues modifica radicalmente la forma en que se accede a los cargos jurisdiccionales. Sin embargo, esta medida ha suscitado un amplio debate en diversos sectores académicos, jurídicos y de la sociedad civil, debido a las implicaciones que tiene sobre la independencia judicial, uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho, y la protección a los derechos humanos de las personas.

Una de las principales preocupaciones radica en que la necesidad de los candidatos a jueces o juezas de obtener respaldo electoral los vuelve susceptibles a intereses políticos o partidistas, comprometiendo con ello su imparcialidad, autonomía en el cargo y su independencia judicial. De hecho, se ha documentado que varios de los perfiles que resultaron electos en este nuevo esquema de elección mantienen vínculos estrechos con actores del poder político, lo cual genera un alto riesgo para la garantía efectiva de los derechos humanos y la tutela judicial de los derechos humanos de las personas.

Asimismo, se ha señalado que el partido político en el poder, Movimiento Regeneración Nacional (Morena), llevó a cabo una estrategia de promoción electoral a través de sus militantes y personas afiliadas con la finalidad de favorecer a ciertos aspirantes a jueces y juezas, lo cual incluyó actos proselitistas y recursos destinados a fortalecer la presencia pública de candidaturas afines a su agenda, presentando candidatos específicos y como resultado de esta intervención, muchos de los perfiles promovidos por dicho partido fueron los que obtuvieron el triunfo en las urnas y, por tanto, asumieron funciones jurisdiccionales, lo cual genera muchas interrogantes y preocupaciones latentes.

La reforma al Poder Judicial de la Federación en México, que contempla la elección de jueces y magistrados y ministros mediante el voto popular, plantea diversas implicaciones que merecen un análisis desde la perspectiva del estado de derecho, la división de poderes y la protección efectiva de los derechos humanos. Si bien la intención de democratizar la designación de autoridades judiciales parece en principio legítima, su implementación podría generar consecuencias adversas para la independencia judicial y la garantía de los derechos fundamentales de las personas.

Uno de los principales riesgos de esta reforma radica en la politización de la justicia, ya que al someter a jueces a un proceso electoral, se introduce una lógica partidista y electoral en un poder del Estado que debe caracterizarse por su profesionalismo, ética, imparcialidad, autonomía técnica y sujeción exclusiva a la Constitución y a los tratados internacionales. Bajo este nuevo esquema, la selección de jueces podría responder más a criterios de popularidad, afinidad ideológica con los votantes o respaldo político de diversos actores como sindicatos, partidos políticos, y empresas más que a la formación jurídica, la trayectoria ética y la experiencia profesional en el cargo, en consecuencia, se debilita el sistema de carrera judicial, se desincentiva la especialización dentro del Poder Judicial y se abre la puerta a nombramientos que pueden ser clientelares.

Asimismo, la reforma expone a los juzgadores a la presión constante de la opinión pública, lo cual compromete su capacidad de emitir resoluciones apegadas al derecho, especialmente en asuntos complejos o impopulares. La independencia judicial implica, entre otras cosas, que las y los jueces puedan actuar sin temor a represalias políticas o sociales, incluso cuando sus decisiones contravengan el sentir mayoritario de la población o de un grupo. Esta cualidad es esencial para que el Poder Judicial funcione como contrapeso frente a los otros poderes del Estado y garantice la legalidad, la constitucionalidad y la convencionalidad en todas sus dimensiones.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, las implicaciones también son preocupantes.

La función jurisdiccional frecuentemente exige proteger los derechos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, como mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas indígenas, población LGBTI+, migrantes, personas con discapacidad o quienes se enfrentan a estructuras de exclusión y discriminación y en un contexto donde los jueces dependan de la aprobación popular, existe el riesgo de que sus decisiones estén condicionadas por intereses electorales, lo cual puede dejar desprotegidos a aquellos sectores que precisamente requieren de un Poder Judicial fuerte, autónomo y comprometido con el principio de igualdad y no discriminación, así como del respeto de los principios de los derechos humanos consagrados en la Constitución Política Mexicana como lo son los de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Adicionalmente, el nuevo modelo establecido con la reforma al poder judicial puede debilitar la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, que en el sistema jurídico mexicano tienen jerarquía constitucional de conformidad con el artículo 1 y el 133 de la constitución mexicana. De esta forma la figura del control de convencionalidad, que obliga a los jueces a interpretar las normas internas conforme a los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, podría verse limitada si los juzgadores actúan con base en posturas conservadoras o nacionalistas, con el fin de complacer a su electorado o a los grupos de interés que puedan incidir en las decisiones que determinan la elección de los jueces. De esta forma puede decirse que si bien es legítimo discutir mecanismos que mejoren la transparencia, rendición de cuentas y representatividad del Poder Judicial, la elección directa de jueces y magistrados mediante el voto popular no es compatible con los principios fundamentales de un Estado democrático de derecho en México. Esta medida representa una amenaza real para la independencia judicial y para la protección efectiva y plena de los derechos humanos. En lugar de fortalecer el acceso a la justicia, podría abrir paso a un sistema judicial vulnerable a intereses partidistas, debilitando su función como garante de la legalidad, la equidad y la

dignidad humana, así como la protección efectiva de los derechos fundamentales, la separación de poderes y la confianza ciudadana en las instituciones encargadas de impartir justicia.

9 CONCLUSIÓN

En el vasto panorama de la gobernanza y el diseño institucional, algunos elementos son tan cruciales y arraigados que no deberían ser alterados o trastocados con cambios constitucionales. En el contexto de la Democracia Constitucional de Derecho, la preservación de los derechos humanos, el federalismo, la división de poderes y la independencia judicial es esencial para mantener la integridad de la estructura democrática y la protección de los derechos fundamentales de las personas, a través de este trabajo académico hemos brindado argumentos del porqué estos cuatro pilares deben permanecer inquebrantables en el contexto de cualquier cambio constitucional.

Ahora bien, en el tejido esencial del Estado Constitucional de Derecho en México se entretelen elementos fundamentales que otorgan sustento y garantizan la protección de los derechos y libertades más esenciales. Entre estos pilares, resplandece la importancia incuestionable de no alterar ni modificar los Derechos Humanos cuando tenga por resultado el menoscabo en su ejercicio, hemos establecido la importancia que tiene el Federalismo en México, asimismo se mencionó la importancia de la División de Poderes, el cual actúa como un contrapeso, con la finalidad de que se ejerza el poder de manera despótica y autoritaria en detrimento de los derechos de las personas y por último se abordó la Independencia Judicial y se argumentó el porqué es relevante tener jueces independientes en un sistema democrático; es necesario recalcar que los Derechos Humanos, como piedra angular de nuestra sociedad actual representan el respeto a la dignidad inherente de cada persona, así, al no alterar estos derechos humanos se mantiene una brújula del Estado mexicano hacia un trato justo, igualitario y humano de todas y todos.

El Federalismo, al delegar poderes o facultades específicas a cada entidad federativa puede abordar sus desafíos de manera más cercana a la realidad local que puedan vivir, de esta manera cualquier modificación precipitada podría debilitar la relación entre el gobierno central y las regiones, llevando a desequilibrios y conflictos; con respecto a la división de poderes, esta cláusula Constitucional como lo explicamos anteriormente se divide al Poder del Estado en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, garantizando un sistema de frenos y contrapesos que previene la concentración excesiva de poder en manos de una sola entidad o persona, como bien establecería el gran jurista florentino Montesquieu la división de poderes responde también a otra finalidad: la protección de la libertad de los individuos.

Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares. (Montesquieu, 2015, p. 146)

Montesquieu advierte que, cuando estos poderes se concentran en una sola persona o institución, se elimina cualquier garantía contra el abuso de autoridad y esto puede dar paso al autoritarismo y a la tiranía por parte de unos pocos. Si el poder legislativo —encargado de crear las leyes— se une al ejecutivo —que debe aplicarlas—, no existe un contrapeso que limite su actuación, lo que pone en riesgo la justicia, la equidad y la libertad de las personas. Aún más grave sería

que el poder de juzgar no se encuentre separado de los anteriores de manera explícita o de manera implícita ya que ello permitiría que las mismas personas que crean o aplican las leyes también interpreten y sancionen su cumplimiento, sin rendición de cuentas ni vigilancia independiente.

Esta reflexión, escrita en el siglo XVIII, tiene actualmente una vigencia crucial en las democracias constitucionales contemporáneas, en la cual el respeto a la división de poderes es garantía fundamental del equilibrio institucional y del desarrollo institucional. El Estado de derecho, entendido como la sujeción de todos –incluyendo a los gobernantes– a un marco jurídico previamente establecido, depende en gran medida de esta división funcional del poder. Solo así se asegura que las leyes se elaboren con legitimidad democrática, se apliquen con imparcialidad y se juzguen con autonomía, esto es un círculo virtuoso que debe ser protegido y garantizado.

En el contexto actual, donde los riesgos de concentración del poder siguen presentes en distintos niveles y formas, las palabras y reflexiones de Montesquieu cobran especial relevancia. Nos recuerda que la libertad no es un hecho dado, no es triunfo que no tenga retroceso, la libertad es una construcción institucional que requiere vigilancia constante y permanente, para ello deben de crearse mecanismos de control de transparencia, y sobre todo, la existencia de un sistema judicial independiente y sólido que actúe como garante último de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas.

Estos elementos son indispensables para garantizar que el sistema de justicia opere con objetividad, imparcialidad y sin injerencias indebidas, particularmente de índole política o partidista. En ausencia de esta autonomía, las resoluciones judiciales o sentencias corren el riesgo de ser utilizadas como herramientas al servicio de intereses particulares o de coyunturas políticas, lo que inevitablemente genera desconfianza por parte de los gobernados, debilita la legitimidad de las instituciones y socava las bases mismas

de la democracia constitucional cuya construcción ha requerido décadas de lucha, diálogo institucional y fortalecimiento jurídico que ha sido lento.

En este sentido, la independencia del Poder Judicial no debe entenderse como un privilegio corporativo, sino como una garantía para la sociedad en su conjunto, ya que de ella depende que los derechos fundamentales sean protegidos de manera efectiva, que las controversias sean resueltas con equidad y que ningún poder, por fuerte que sea, quede por encima de la ley.

Por tanto, se concluye que preservar intactos los principios que sustentan el régimen constitucional en México –los derechos humanos, el sistema federal, la división de poderes y, en especial, la independencia judicial– no es solamente deseable, sino absolutamente necesario para resguardar la integridad del orden democrático y jurídico de la nación. Cualquier intento de vulnerar estos pilares representaría no solo una regresión institucional, sino una amenaza directa a los valores esenciales que estructuran la justicia, y la libertad en el México contemporáneo. Es responsabilidad de todos los actores del Estado, así como de la sociedad civil, defender estos principios con firmeza, pues en ellos descansa la posibilidad de vivir en una nación verdaderamente libre, justa y respetuosa de la dignidad humana para las personas del hoy y de las generaciones venideras.

REFERENCIAS

ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. **Derecho constitucional y teoría de la constitución**. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2019.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Código Iberoamericano de Ética Judicial. SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. 2018. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/codigo-iberoamericano-etica-judicial.5.pdf>

CIDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ríos Avalos y otro vs. Paraguay. 2021. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_429_esp.pdf>.

COLOMBIA. Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-551/03, Control de Constitucionalidad sobre ley de referendo. 2003. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm#_ftn15>.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Planeta-Agostini, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1977.

GONZÁLEZ SOLÓRZANO, Geancarlos Steven. El principio de progresividad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En: **Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar**, Ciudad de México, Ed. Asociación Latinoamérica para el Avance de las Ciencias, v. 8, n. 3, p. 4.721-4.737, 2024.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México (Unam), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Departamento de Educación. **Manual de educación en derechos humanos**. Costa Rica: IIDH, 1999.

JADÁN HEREDIA, Diego. **Independencia judicial y poder político en Ecuador**. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019. *Serie Magíster*, 245.

PIOVESAN, Flavia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: una nueva mirada frente al covid-19. En: **Anuario de Derechos Humanos**, Santiago de Chile, Ed. Universidad de Chile, p. 35-58, 2020.

LENAERTS, Koen. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial. En: **Revista de Derecho Comunitario Europeo**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, v. 72, p. 351-368, 2022.

MÉXICO. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ciudad de México: Cámara de Diputados, 1917.

MÉXICO. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial. Ciudad de México, **Diario Oficial de la Federación**, 15-9-2024b.

MÉXICO. Principio de Progresividad: metodología de análisis en su vertiente de prohibición de regresividad para actos legislativos. Ciudad de México, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 42, Tomo II, Volumen 1, página 51, Octubre de 2024a. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2029434>>.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019. Ponente Ministro Luis María Aguilar Morales. 2020. Disponible en: <https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_controversias_constit/documento/2020-02-04/MI_AccInconst-130-2019.pdf>.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Código de Ética del Poder Judicial de la Federación. 2004. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/material_didactico/2016-11/codigo-de-etica.pdf>.

MÉXICO. Suspensión en el Juicio de Amparo. Cuando los Actos de Las Autoridades del Estado Mexicano Respecto de los que se Solicita son Sometidos al Test de Constitucionalidad y Convencionalidad por Quebrantar el Orden Jurídico Nacional, Debe Atenderse a los Elementos Pétreos de la Constitución General. Ciudad de México, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2023. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026522>>.

MONTESQUIEU. **Del espíritu de las leyes**. 20. ed. Ciudad de México: Porrúa, 2015.

NACIONES UNIDAS. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. **Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial**. Viena: Naciones Unidas, 2019.

NEGRETTO, Gabriel L. Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. En: **Revista Mexicana de Sociología**, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México (Unam), Instituto de Investigaciones Sociales, Ciudad de México, v. 65, n. 1, p. 41-76, ene.-mar. 2003.

NEGRETTO, Gabriel L. Hacia una nueva visión de la separación de poderes en América Latina. En: CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano; RODRÍGUEZ, Rodolfo (Coord.). **Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Siglo XXI, 2002. p. 299-328.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad. En: **Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, v. 36, n. 1, 2017.

ROZNAI, Yaniv. **Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

SÁCHICA, Luis Carlos. **Constitucionalismo mestizo: teoría del Poder Constituyente (Capítulo V)**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

SAÉNZ ROYO, Eva. **Manual de derecho constitucional**. v. I. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Luis María Aguilar Morales, 2017.

SÁNCHEZ DE LA BARQUERA Y ARROYO, Herminio.
Fundamentos, teoría e ideas políticas: el federalismo como forma de organización del Estado: capítulo 14. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México (Unam), Instituto de Investigaciones Sociales, 2016.

ULLOA CUELLAR, Ana Lilia. **Nociones de derechos humanos.** Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2019.

USCANGA-BARRADAS, Abril; MORALES MUÑOZ, David.
Los principios de indivisibilidad y progresividad en el activismo judicial: ¿discrecionalidad o arbitrariedad? En: **Revista del Posgrado en Derecho de la Unam**, Ciudad de México, Ed. Unam, p. 49-76, 2022.

Recebido em: 11-8-2025

Aprovado em: 6-10-2025

PANORAMA GENERAL EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: –SISTEMA TRADICIONAL O DE 'OCURRENCIA'–^{1y2}

LOSS AND LIABILITY INSURANCE. THE TRADITIONAL SYSTEM

“Cuando el objetivo te parezca difícil, no cambies de objetivo;
busca un nuevo camino para llegar a él”
(Confusio).

Carlos Ignacio Jaramillo J.³

¹ **Como citar este artículo científico.** JARAMILLO J., Carlos Ignacio. Panorama general en torno a la configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil: –sistema tradicional o de ‘ocurrencia’–. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 75-130, set.-dez. 2025.

² El presente escrito, que se edita luego con algunos ajustes puntuales, fue publicado recientemente en la Revista Española de Seguros (SEAIDA), con motivo de la realización del Congreso Internacional de Derecho de Seguros realizado por la Sección Española de AIDA y la Universidad de Salamanca, 2024. También fue publicada en la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Vol. 34, N.º 62, de 2025.

³ Catedrático, Ex Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana (Bogotá) y Ex Director de la Maestría en Derecho de Seguros de la misma universidad. Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, con estancia investigativa en la Universidad de Perugia (*Doctor Europeus*) y *Magister* en Derecho y Economía de Seguros de la Universidad Católica de Lovaina. Coodirector y profesor del Curso de Especialización en Derecho del Seguro de la Universidad de Salamanca. Ex

RESUMEN

El presente texto, en esencia, persigue el examen de uno de los temas más polémicos y controversiales de cuantos existen en el ámbito del contrato de seguro, en sede del dinámico y bienhechor seguro de la responsabilidad civil, habida cuenta que en la dogmática reina una profunda divergencia en torno al momento en que aflora el siniestro en el referido seguro, el que tiene entidad propia, y el que se gobierna, en tal virtud, por postulados y por una teleología distinta que hace del seguro de la responsabilidad civil, un tipo aseguratorio especial –o cualificado–, lo que explica que el concepto y el alcance siniestral, piedra angular de esta publicación, también esté sujeto a reglas disímiles en cada tesitura.

Es así como para recrear el surgimiento en comento, la mejor doctrina y jurisprudencia, a nivel internacional, ha participado activamente de esta enriquecida y acerada discusión, aflorando un importante número de tesis ciertamente autónomas, a la par que alejadas entre sí, hecho que por la autoridad, erudición y brillo de los autores que las sostienen, al mismo tiempo que por la sustantividad y robustez de los argumentos que esgrimen, hace de esta temática una de las más ríspidas de cuantas hay en la actualidad –y han existido–, con mayor razón cuando en ella hoy campean dos sistemas plenamente diferenciados y perfilados: (i) El tradicional, clásico u ordinario, cimentado en la ocurrencia del hecho, y (ii) el extraordinario, que descansa no en dicha ocurrencia, propiamente dicha, sino en la reclamación que formula el tercero al asegurado (*claims made*).

De allí que en este ensayo, en forma esquemática –y abreviada–, se le pase revista a las primordiales tesis esculpidas en el plano internacional (Derecho comparado), al igual que a las críticas y razonamientos realizados en la órbita académica y judicial al consabido sistema tradicional o de ocurrencia, en los predios del seguro de la responsabilidad civil.

Palabras Clave: Configuración del siniestro; siniestro, seguro de responsabilidad civil, contrato de seguro, ‘claims made’, ocurrencia

Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE, y de la AIDA Internacional. Árbitro nacional e internacional. Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Miembro del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado (IARCE), del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, de la Red *Ivs Civile Salmanticense* (Academia Salmantina de Civilistas Latinoamericanos), del *Centro di Studi Guiridici sui Diritti dei Consumatori* de la Universidad de Perugia y del Comité de Dirección del Doctorado Internacional en Derecho del Consumo de la misma universidad, y Socio honorario de la *Società italiana degli Studiosi del Diritto Civile, SISDiC*. Correo electrónico: jaramillo-carlos@javeriana.edu.co

del hecho, débito de responsabilidad, deuda de responsabilidad, reclamación, hecho complejo, reembolso.

ABSTRACT

This text examines one of the most complex issues in the context of liability insurance zeroing in on the time where a loss arises, loss that is a legal entity in itself, and that is ultimately governed by a set of ends and purposes rather distinct, which results in this type of insurance being a particular one.

Foreign jurisprudence is key as to the discussions surrounding this entity, and several theories have already been outlined, which have featured substantial and fast-paced discussions hovering around two clearly differentiated systems: (i) the classic or traditional one, which is based on the materialization of a wrong and (ii) the extraordinary one, which is based not on the materialization of a wrong, but on the claim submitted by a third party to the insured party (*claims made*). This text outlines and succinctly explains such theses discussed abroad (comparative law), and also the analyses debated by scholars and jurisprudence.

Keywords: Wrong, civil liability, underwriting, claims made, wrong, loss, civil liability duties.

SUMARIO: 1 Agradecimientos, finalidad cardinal y plan. 2 Teoría general del riesgo y del siniestro 3 Algunos aspectos neurálgicos del seguro de la responsabilidad civil y examen de la configuración del siniestro en el sistema tradicional o de ocurrencia. 4 El momento de la configuración del siniestro en el sistema tradicional del seguro de responsabilidad civil. Examen de las principales teorías. 4.1 Teoría del reembolso o del resarcimiento previo del perjuicio. 4.2 Teoría de la declaración o reconocimiento de responsabilidad –o de la liquidación del perjuicio o deuda–. 4.3 Teoría de la reclamación del tercero damnificado al asegurado. 4.4 Teoría del surgimiento del débito o deuda de responsabilidad. 4.5 Teoría del proceso, hecho, fenómeno o evento complejo. 5 Valoración crítica y analítica de las principales teorías. 5.1 Teoría del Reembolso. 5.2 Teoría de la Reclamación. 5.3 Teoría del Surgimiento del Débito. 5.4 Teoría del Evento o Proceso Complejo. 6 Nuestra opinión. 7 Sumaria proyección en el Derecho colombiano. Bibliografía.

1 AGRADECIMIENTOS, FINALIDAD CARDINAL Y PLAN GENERAL

De la manera más fraterna posible, en primer lugar, agradecemos la honrosa invitación formulada por la querida y emblemática Sección Española de AIDA, SEAIDA, y por la señorial y ocho veces centenaria Universidad de Salamanca, en particular por sus distinguidas y respetadas directivas, a nosotros tan próximas de tiempo atrás, profesores Rafael Illescas, Félix Benito Osma y Fernando Carabajo, una nueva cita académica que, con júbilo indescriptible, lo subrayamos, nos reúne de nuevo con granados y admirados colegas de diversas latitudes y universidades, en prueba de su férreo compromiso con la nobilísima ciencia del seguro y con el Derecho comparado, en general, de tanta vigencia y fertilidad.

Tal convocatoria, vale la pena sublimarlo, reviste la singularidad de los temas confesamente seleccionados, por excelencia de raigambre clásica, iniciativa que celebramos –y mucho–, habida cuenta que, en ocasiones, procurando centrarnos en lo más reciente y lozano (la ‘última moda’), soslayamos la valía de focalizarnos en lo estructural, en lo toral y, por ende, en lo genuinamente fundamental y clásico (*locus classicus*), en muestra del equilibrio que inveteradamente debe reinar entre *nova et vetera*, en muestra de auténtico equilibrio y completitud, en razón de que el hoy sin el ayer, suele ser vacío, anémico, impersonal, malagradecido y, en fin, un sinsentido y, de paso, un palmario contrasentido.

Y en segundo lugar, en obsequio a la concisión, y ya entrando en materia, expresemos que disertar alrededor del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil, en particular en torno a su configuración, sin duda es de la mayor relevancia –como en el pasado personalmente lo hemos constatado y lo seguimos constatando–⁴,

⁴ Sobre el particular, entre otros escritos de nuestra autoría, recordamos con peculiar interés la monografía intitulada: Juramillo J. (2011), igualmente en Juramillo J. (2014), dedicada a la memoria del recordado, eximio y modélico Maestro, don Fernando Sánchez Calero, tan cercano a nuestros afectos desde la mocedad, y prologada por el no menos connotado profesor argentino, Rubén Stiglitz, igualmente tan próximo a nosotros, uno y otro hoy compartiendo la eternidad y su estrecha y fecunda amistad. Infinitas gracias, Maestros.

aunque es tarea asaz compleja, como quiera que este tema es uno de los más intrincados –y difíciles– de cuantos existen en el ámbito del Derecho de Seguros, en la medida en que campean, con gran solidez argumentativa, un apreciable número de sugestivas posturas acerca del momento en el que el siniestro despunta⁵, lo que no empece, al hilo de lo ya revelado agudamente por Confusio, líneas atrás, buscar desentrañar tan enraizada y acerada controversia.

⁵ Así, solo por vía de elocuente confirmación, el profesor argentino Isaac Halperin (1983, p. 848), a la sazón, no dudó en aseverar que, en este punto, “[...] la opinión de la doctrina está profundamente dividida”. Lo propio señala el también profesor argentino Horacio Roitman, conforme al cual “Uno de los problemas jurídicos de mayor importancia, en la teoría del seguro de responsabilidad civil, es el siniestro, donde nos enfrentamos con graves divergencias en la doctrina y criterios legislativos dispares en el derecho comparado”. (Hoitman, 1974, p. 115)

En análogo sentido, la profesora española María de los Ángeles Calzada Conde (1982, p. 917), indica que, “Una de las cuestiones más debatidas en el ámbito del seguro de la responsabilidad civil es, sin duda, la de determinar cuál es el hecho que en este seguro constituye el siniestro”.

A su turno, el distinguido colega Joaquín Alarcón Hidalgo, acertadamente ha explicado que “[...] un tema que ha preocupado y sigue preocupando a los tribunales, doctrina científica y práctica aseguradora es la determinación del momento del siniestro. En algunos ramos es relativamente fácil esta determinación (el barco se hunde, el edificio queda destruido por el inmueble) pero en el seguro de responsabilidad civil no es tan fácil, estando su fijación condicionada tanto por el tipo de daños como por el hecho de que el acto ilícito y el daño ocasionado a un tercero se localicen en dos o más fracciones de tiempo que tienen una separación temporal considerable entre ellas como pueden ser los casos de siniestros procedentes de tabaco, asbestos, sida, látex o implantes de silicona. En estos daños de manifestación gradual o diferida, la exigencia de indemnización al responsable civil se materializa varios años después del momento en que se produjo el daño, una vez el perjudicado conoce que su daño se debe a aquello que ocurrió varios años antes. La exposición del asegurador es por un periodo de tiempo no previsible, lo que genera dificultades a la hora de fijar primas y reservas para un periodo concreto [...]” (Alarcón Hidalgo, 2007, p. 294 y 295).

Y, en fin, el profesor Abel Veiga Copo comparte la anterior opinión, al indicar en su obra ‘Los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro’, que el concepto de siniestro, si bien es teóricamente manejable, se torna sumamente complejo desde el punto de vista práctico, como quiera que las propias particularidades del riesgo delimitado hacen que, en veces, especificar el momento concreto y específico en que tuvo lugar el siniestro, sea una tarea de nunca acabar. Así, advierte el profesor Veiga que la realización del riesgo asegurado “[...] es un asunto espinoso, tanto desde el punto de vista genético –verificación del acaecimiento del siniestro–, como desde la perspectiva temporal –verificación del momento cronológico de realización del riesgo-. Esta dificultad se acrecenta en el ramo de la responsabilidad civil, en que existen múltiples controversias de orden doctrinal [...]” (Veiga Copo, 2011, p. 317-33; cfr. Reglero Campos, 2008, p. 635, Lambert Faivre, 1990, p. 358, Bataller Grau; Latorre Chiner; Alavarría Iglesia, 2007, p. 261; Signorino Barbat, 2017, p. 61), entre numerosos autores más.

En adición a la referida dificultad, latente en el seguro de responsabilidad tradicional, cabe agregar otra, ligada a una realidad actual, esto es la emergente del relativamente nuevo, alternativo e *in crescendo*, sistema de delimitación temporal del riesgo, comúnmente conocido como el régimen de delimitación de la cobertura a través de estipulaciones contractuales cimentadas en la formulación primigenia de un reclamo del tercero damnificado, las que en el mercado se denominan cláusulas *claims made*, en las que la definición del siniestro, igualmente es un aspecto harto controversial, según los confirmaremos en apartes ulteriores.

Expresado en otros términos, el estudio de la configuración siniestral que nos concierne, se circunscribirá entonces al seguro de la responsabilidad ordinario y tradicional, apuntalado en el llamado ‘sistema de ocurrencia’, puesto que su nuevo rostro, por razones esquemáticas, ha sido ya develado por ilustres académicos españoles e internacionales, con lujo de competencia, a lo largo de los años que anteceden.

Así las cosas, en consonancia con la anunciada profusión de tesisuras y corrientes, hemos creído conviene dividir su estudio en tres segmentos, con el cometido de facilitar su escrutinio.

El primero, encaminado al examen puntual de la que podríamos denominar ‘teoría general del siniestro’, de suyo básica pero ilustrativa para el desarrollo epistemológico de los restantes. El segundo, orientado al estudio previo de algunos aspectos neurálgicos del seguro de la responsabilidad civil, y el tercero, más de fondo, enderezado a examinar la configuración del siniestro en el sistema tradicional, tanto en el concierto nacional, como en el internacional, esto es en el sistema de ‘ocurrencia’.

2 TEORÍA GENERAL DEL RIESGO Y DEL SINIESTRO

En cuanto se refiere al riesgo y al siniestro, de vieja data se tiene establecido que son dos dimensiones que, en el seguro, se

entrelazan frecuentemente, al punto que están llamadas a formar una unidad indisoluble, en concreto cuando el riesgo abandona su estado arquetípico de latencia para transformarse en resultado, en realidad fáctica, y también jurídica.

Ello explica que no se conciba el siniestro, es la regla, sin la participación antecedente de un riesgo, el que se erige, por consiguiente, en un *prius*, lo que reafirma la idea socorrida en el campo del seguro, según la cual el riesgo debe existir previamente, so pena de que se torne ineficaz, sin perjuicio del tratamiento conferido al apellidado ‘riesgo putativo’ y a otros supuestos individuales, uno de ellos el atinente al llamado sistema de aseguramiento de responsabilidad civil con arreglo a la incorporación de cláusulas *claims made*.

El riesgo, es bien conocido, universalmente es uno de los elementos esenciales del seguro, sin vacilación el de mayor prosapia o abolengo, por cuanto toda la operación del seguro descansa en él. Es, sin más calificativos, su bastión, su mástil, su columna vertebral o, si se prefiere, su aquilatada ‘materia prima’, como gráficamente se le denominada por un sector doctrinal (Caballero Sánchez, 1964, p. 16).

Riesgo, en suma, es pues la posibilidad de un acontecimiento, de un suceso de posible realización tanto en el tiempo como en el espacio, al cual las partes del negocio aseguratorio, merced a su latencia, deciden dotar de fisonomía, de eficacia jurídica y relevancia económica. Es entonces el evento previsto y esculpido por las partes contratantes, en lo pertinente.

Y siniestro, reflejamente, es entonces el desdoblamiento funcional del riesgo; es su concreción jurídico-material, su realización propiamente dicha, en cuyo caso migra de una condición previa: *incertus an*, a otra: *posterius y veritas*.

Por consiguiente, el acontecimiento, o el suceso han de revestir, a título de regla generalísima en el común de los seguros nominados de que da cuenta la legislación comparada, dos calidades, a saber: a) que sea futuro y b) que sea incierto, las que no deben estar presentes,

indefectiblemente, en todos los tipos asegurativos, v. gr., el seguro de responsabilidad civil cimentado en el sistema extraordinario *claims made*, en el seguro marítimo, y en el seguro de riesgos financieros, entre otros supuestos.

En tal virtud, mirar hacia el pasado, contemplar lo pretérito y estructurar el riesgo a partir de componentes subjetivos, huelga aclarar que de buena fe, aunque no es lo ordinario en el universo asegurativo, no es tampoco un laborío vedado al seguro, por lo menos en la generalidad de la legislación comparada, por supuesto en el entendido de que exista autorización normativa al respecto, según tiene lugar en España y en Colombia.

Expresado lo que antecede, por su inescindible conexión temática, recordemos que el riesgo, en sí mismo, admite delimitación, a fin de establecer cabalmente sus fronteras.

Y ello es así, particularmente si se tiene presente que la configuración del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil depende, en gran medida, de la forma como se hubiere delimitado el riesgo, habida cuenta que la cobertura no es irrestricta, dado que conoce límites, ora legales, ora convencionales. Por ello se alude a delimitaciones causales, y temporales, primordialmente.

Por último, en sintonía con lo indicado, registremos que el rol del siniestro es variopinto, como quiera que no puede atribuírsele una sola función.

Es así como se tiene decantado que el siniestro cumple plurales y resonantes tareas, tales como:

- a) traducirse en detonante de la prestación asegurada, en razón de que el siniestro se constituye en la causa generatriz del débito contractual de la entidad aseguradora;
- b) servir de activador de obligaciones, deberes o cargas para el tomador, por vía de ejemplo la de proceder a dar aviso de su materialización al asegurador dentro del término establecido;

- c) fijar, por regla general, el inicio del decurso prescriptivo, vale decir el cómputo del plazo de la prescripción extintiva, salvo en aquellos seguros, como el de responsabilidad civil, en el que dicha modalidad extintiva, por lo menos en tratándose de la acción del asegurado de cara al asegurador, tiene lugar con la reclamación judicial o extrajudicial que éste le formula al empresario-asegurador, variando entonces su venero (por vía de ejemplo Colombia). No así, forzosamente, en relación con la acción directa del damnificado, según como sucede entre nosotros, pues en este caso la prescripción iniciará su recorrido a partir del siniestro, según el caso (C. de Co., art. 1131).

3 ALGUNOS ASPECTOS NEURÁLGICOS DEL SEGURO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EXAMEN DE LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO EN EL SISTEMA TRADICIONAL O DE OCURRENCIA

Delineada la primera parte de la presente exposición, conviene sumariamente ocuparnos de la segunda, esto es del estudio de dos neurálgicos aspectos del seguro de la responsabilidad civil, íntimamente ligados con nuestra temática. Nos referimos al concepto y alcance específico del riesgo en el seguro de la responsabilidad civil, y a su delimitación temporal.

Efectivamente, en un todo de acuerdo con el propósito que le asiste al seguro de responsabilidad, es dable indicar, porque así lo creemos, que el riesgo es la responsabilidad en que pueda incurrir el asegurado, considerado para estos efectos como agente potencial de daños y perjuicios, más concretamente la floración, en potencia, de una deuda de responsabilidad emergente del acaecimiento del hecho dañoso por parte del asegurado.

En consecuencia, es la posibilidad de que irrumpa la referida deuda de responsabilidad, la que se traduce en la *ratio* funcional del seguro, amén que en el riesgo propiamente dicho que gravita a

su alrededor que, de materializarse, ocasionará el surgimiento del siniestro y, por ende, el menoscabo patrimonial para el asegurado y para la entidad aseguradora: efecto reflejo.

Tiene razón entonces el reconocido profesor chileno –y distinguido colega, tan próximo a la AIDA chilena e internacional–, Osvaldo Contreras Strauch, al puntualizar que

La causa que induce a una persona natural o jurídica a contratar un seguro de responsabilidad civil, es la existencia del riesgo de causar daños a terceros, riesgo que afecta potencialmente a su patrimonio como un todo (no a ciertos bienes que lo compongan), patrimonio sobre el cual, evidentemente, tiene un interés asegurable, que consiste, precisamente, en que dicho patrimonio no se vea afectado, amenazado o derechamente disminuido, en caso de que incurra en una responsabilidad.

Proteger al asegurado de los riesgos que puedan afectar su patrimonio es, pues, el objeto principal del seguro de responsabilidad civil. Dichos riesgos provienen de múltiples circunstancias..., pero todas comparten el mismo objeto o finalidad: salvaguardar al patrimonio del asegurado indemnizando al tercero dañado. Profundizando el concepto, la idea central radica en que el riesgo cubierto por el seguro de responsabilidad civil es el nacimiento de una deuda que grava el patrimonio del asegurado. Desde el mismo momento en que la deuda nace, la llamada deuda de responsabilidad, se incrementa el pasivo de dicho patrimonio y, por consiguiente, su valor neto disminuye. (Contreras Strauch, 2014, p. 392 y s.s.)

De lo que colige tan sobresaliente autor, en tal virtud, que “El seguro de responsabilidad civil presupone, como se ha enfatizado: la ‘deuda de responsabilidad’ que pesa sobre el sujeto pasivo u obligado, que es en este caso el asegurado” (Contreras Strauch, 2014, p. 392 y s.s.).

Y también la tiene el metódico y estructurado profesor español, Mariano Izquierdo Tolsada, quien con motivo del escrutinio

de la problemática *sub examine*, no vacila en situarnos en una realidad atípica y diversa, en sí misma considerada, respecto a otros seguros, a la par que de la propia teoría general del siniestro, toda vez que tratándose del seguro de la responsabilidad civil, el *quid* o nervio siniestral, su piedra de toque, ciertamente es divergente, *sui generis* —si así se prefiere, lo que aumenta apreciablemente el tono de la controversia en comento—. De allí que aluda, con propiedad, a “la especial fisonomía del seguro de responsabilidad”, la que “hace de este problema la cuestión más compleja de todas”, de lo que colige que “[...] esta idea no hace sino reafirmar una cosa: el concepto técnico-jurídico del siniestro, tal y como se concibe en la práctica aseguradora, no encaja en el seguro de responsabilidad civil [...]” (Izquierdo Tolsada, 2001, p. 530 y 532).

De igual modo, en lo tocante con la supraindicada delimitación del riesgo, recordemos que el seguro de responsabilidad civil puede ser temporalmente delimitado por los extremos de la relación jurídica, con arreglo a los criterios asignados por ellas mismas, en especial acudiendo al señalamiento de la vigencia de la relación contractual mediante una típica estipulación de carácter particular.

Nos estamos refiriendo a la vigencia que, con el apellido de material, denota el inicio y la ulterior cesación de responsabilidad efectiva del asegurador, por contraposición a la mera vigencia formal, la que supone la existencia del negocio jurídico, pero no su efectividad, en atención a que la vigencia material es el marco de referencia obligacional dentro del cual se puede desdoblar el riesgo asegurado.

En este orden de cosas, en línea de principio, puede manifestarse que en el seguro de responsabilidad civil tradicional u ordinario, que es el que nos ocupa, el asegurador devendrá obligado cuando se realice el hecho activador de la deuda de responsabilidad: hecho generador, hecho detonante, hecho motivador, evento dañoso, hecho externo imputable al asegurado, etc.

Por consiguiente, si tal hecho activador de la responsabilidad despunta dentro de la vigencia material del seguro, podrá verse afec-

tado el patrimonio del asegurador, puesto que el riesgo previsto en el contrato se habría configurado dentro del período de eficacia negocial, naturalmente si no media una exclusión, o una causa extintiva. Muy por el contrario, si el hecho motivador se realiza por fuera de la prenotada vigencia, no se obligará la responsabilidad del asegurador, quien en el seguro ordinario de responsabilidad civil podrá acudir al expediente causal y temporal en comentario.

De ahí que si puede establecer que el hecho se verificó una vez expirado el contrato, es claro que no se responderá, como también es claro que si tiene lugar mientras estuvo vigente, así se conozca o asome luego, se responderá jurídicamente, con prescindencia de la reclamación posterior del daño, siempre y cuando no se vulneren los términos de prescripción, claro está.

Anotación similar importa efectuar de cara a las pérdidas ocasionadas con anterioridad al inicio de la vigencia material, toda vez que ellas, en estrictez, no quedarán cobijadas en la hipótesis indemnizatoria, justamente por haberse gestado con antelación, lo que apareja como secuela que la entidad aseguradora no deba responder por ellas, tal y como tiene lugar con las que despuntan luego de expirada la referida vigencia, brújula del débito del asegurador.

Por eso, los daños que irrumpan antes, o los que irrumpan después, desborden en este sistema de ocurrencia el elemento temporal en referencia, de lo que desprende que el asegurador no devendrá obligado, a diferencia de lo que tiene lugar tratándose del sistema *claims made*, en el que la reclamación, y no el advenimiento del daño propiamente dicho, se traducirá en el nervio de la responsabilidad de la entidad aseguradora, hasta el punto de que dicha reclamación, justamente por ser epicentral, jurídica y funcionalmente, se erigirá en el siniestro, muy a contrario de lo que tiene lugar en punto al seguro de la responsabilidad civil tradicional —u ordinario—, cimentado en la ocurrencia del hecho activador —o motivador—⁶.

⁶ Acerca de las apellidadas cláusulas *claims made* —acentuadamente controvertidas en el Derecho comparado, es cierto, aun cuando cada vez más admitidas en la *praxis* contractual, al igual que por la legislación y por sector de la dogmática y la jurisprudencia, incluida la colombiana, Corte Suprema de Justicia—, bien puede verse,

4 EL MOMENTO DE LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO EN EL SISTEMA TRADICIONAL DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. EXAMEN DE LAS PRINCIPALES TEORÍAS

Registrado todo lo que antecede, importa entonces detenernos en la tercera parte de esta exposición, cuál es la relativa a precisar, en sede del seguro de la responsabilidad civil tradicional u ordinario (ocurrencia), cuándo se entiende configurado el siniestro, problemática ríspida y, por tanto, no exenta de férrea y ardorosa polémica, como anticipamos.

De ahí que con un carácter confesamente descriptivo, a continuación le pasaremos revista a buena parte de las posturas que han militado en el Derecho comparado y nacional (las más salientes y difundidas), desde luego fijando nuestra modesta posición, para luego auscultar la tesitura adoptada por el legislador colombiano en la materia en el artículo 1131 del C. de Co., así como la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, y las más recientes legislaciones internacionales.

En efecto, en el Derecho comparado y el nacional el tema de la realización del riesgo en el seguro de la responsabilidad civil ha sido y sigue siendo objeto de encendida controversia –y parece que continuará por un apreciable tiempo–, en la cual han participado los más insignes e iluminados doctrinantes. Difícilmente hay una temática como la que nos convoca que haya reunido a tan granados e insignes exponentes del orbe, lejana de encontrar la paz académica y judicial, hecho éste, empero, que correlativamente estimula la ri-

entre varias aportaciones más, nuestra monografía ya referida (Juramillo J., 2014), así como el aprestigiado *Tratado del contrato de seguro* de autoría del profesor Abel Veiga Copo (2017, p. 483 y s.s.), el más reciente y documentado texto del renombrado profesor de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. Alberto Tapia Hermida (2018, p. 123 y s.s.), el detallado estudio realizado por el profesor de la Universidad Javeriana, Nicolás Uribe, titulado: “Análisis Técnico-Jurídico de la modalidad de cobertura por reclamación o “Claims Made” en los seguros de responsabilidad civil a la luz del ordenamiento jurídico colombiano” (2016, p. 17 y s.s.), y el lozano y docto escrito del profesor Juan Manuel Díaz-Granados, denominado “Las cláusulas ‘claims made’ en el derecho colombiano” (2024, p. 533 y s.s.).

queza científica, al mismo tiempo que impide que se torne pétreo el Derecho de seguros, por antonomasia dinámico y evolutivo.

Diversas son pues las tesis existentes en el Derecho comparado, todas llamadas a precisar ¿cuándo ha de entenderse consolidado el siniestro en el seguro de la responsabilidad civil ordinario?

Nos referimos, expresado en términos más directos, al fenómeno jurídico de la cristalización siniestral, en sede del seguro de la responsabilidad civil.

Así, para unos, el siniestro será provocado por un hecho volitivo del asegurado: el pago a la víctima. Para otros, su voluntad circunscrita al reconocimiento de su responsabilidad, no es decisiva para fijar el momento en que surge el siniestro, puesto que lo determinante es la causación del daño previo, detonante de un débito o una deuda de responsabilidad. Y para otros dos sectores, lo cardinal no es la conducta observada por el asegurado, sino por el tercero afectado, materializada en la reclamación judicial o extrajudicial que a él le formulan: al asegurado, o por los administradores de justicia cuando proceden a liquidar los perjuicios mediante providencia judicial.

4.1 TEORÍA DEL REEMBOLSO O DEL RESARCIMIENTO PREVIO DEL PERJUICIO

La teoría del reembolso, una de las más antiguas pero combatidas en el Derecho comparado, sostenida por autores italianos como Moraglia, D'Avanzo y Greco, y por alemanes como Hermanns Dorfer, parte del supuesto de que la obligación del asegurador surge de cara al asegurado, una vez éste, el agente del daño irrogado, indemnice los perjuicios por él causados.

Así lo explica con claridad, por vía de ilustración, el profesor patrio, Juan Manuel Díaz-Granados, quien al respecto sostiene que esta tesis

[...] afirma que el siniestro se configura cuando el asegurado responsable paga a la víctima la deuda derivada de la responsabilidad civil. El seguro se restringe, entonces, a un instrumento de reembolso, lo cual desconocería la acción directa que en algunas legislaciones, incluida la colombiana, tiene la víctima en contra del asegurador.

Ella puede hacer efectivos los derechos del contrato de seguro ejerciendo la acción contra el asegurador, aún sin demandar al asegurado, momento en el cual obviamente no se ha producido pago alguno [...]. (Díaz-Granados, 2012, p. 155)

Por consiguiente, en esta teoría la indemnización previa por parte del responsable, es requisito vertebral de la obligación del asegurador, quien sólo se obligará en tanto su asegurado haya cumplido con su débito. De allí que la entidad aseguradora, al amparo de esta singular tesis, se limita a “reembolsar” al asegurado lo pagado por él al tercero afectado.

4.2 TEORÍA DE LA DECLARACIÓN O RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD –O DE LA LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO O DEUDA–

Diversa de la anterior, en efecto, es la teoría de la declaración o reconocimiento de responsabilidad a cargo del asegurado, la que cimenta en el hecho de la confirmación de una obligación dineraria en cabeza de éste (*an debeateur* y *quantum*), reconocimiento que supone, por una parte, la definición abstracta de responsabilidad y, por la otra, la identificación precisa del alcance cuantitativo de la citada obligación resarcitoria (liquidez).

Expresado en forma diferente, cuando la reclamación formulada por el asegurado es acogida, bien judicial, bien extrajudicialmente y, por tanto, liquidado su importe, todo como corolario del conocido principio *in illiquidis non fit mora*. De ahí que comúnmente se le conozca en la doctrina como teoría de la ‘liquidación de la deuda’ o igualmente teoría de la ‘liquidación del daño’.

En esta postura, sostenida en Italia por Ferrarini e indirectamente por algunos franceses, como el doctrinante Rene Demogue, y por el profesor español Manuel Olivencia, el siniestro acaece cuando la deuda de responsabilidad se torne, amén de existente, líquida y, por ende, exigible plenamente⁷, o sea cuando converjan los elementos *an debeateur* y *quantum*. En ese momento el asegurado, sin lugar a especulación, sabe que debe, a la par que cuanto debe, de lo que se desprende que si uno de tales elementos no se ha consolidado, mal podría hablarse de obligación efectiva a cargo del asegurado y correlativamente a cargo del asegurador⁸, de suerte que quienes abogan por esta opinión le asignan a la sentencia, laudo, transacción, etc., un valor constitutivo y no simplemente declarativo.

4.3 TEORÍA DE LA RECLAMACIÓN DEL TERCERO DAMNIFICADO AL ASEGURADO

Al lado de las descritas dos posturas, corre pareja en el Derecho comparado, hay que reconocerlo que con fuerza, otra tesis conocida con el apellido de teoría de la reclamación del tercero, acogida, entre varios doctrinantes, principalmente por los franceses Hemard – aguerrido defensor de la misma e inspirador del modelo legislativo francés–, Lyon Caen, Capitant, Picard y Besson, Mazeaud, Mazeaud y Tunc, así como por los doctrinantes italianos Vivante y Lordi, por los alemanes Schmidt-Muller, Bruck, por los españoles Benitez de Lugo

⁷ Para el profesor de Derecho marítimo de la Universidad de Trieste, Sergio Ferrarini (1950, p. 93 y 96), quien cuestiona la opinión de Salandra –que luego citamos–, entre otros más, “[...] se puede considerar ocurrido el riesgo cubierto en el seguro de responsabilidad cuando se liquide el débito del asegurado respecto del tercero. Antes de ese momento el asegurador no se encuentra obligado a pagar al asegurado la indemnización de seguros”.

Del mismo modo, pero concentrándose más en el reconocimiento y en la condena judicial, el recordado don Manolo Olivencia (1982, p. 902), expresa que, “[...] hasta que no [...] se reconozca –la obligación de indemnizar– o no se declare judicialmente, no puede hablarse de siniestro”.

⁸ Es de señalar que la jurisprudencia italiana, en algún momento, sostuvo –como lo hizo Demogue (1934) en el ámbito genérico de la responsabilidad civil en Francia– que “[...] la obligación del asegurador surge cuando la responsabilidad del asegurado respecto al tercero ha sido corroborada judicialmente mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada”.

y Soto, por el mexicano Rodríguez R., por los argentinos Halperin, Zavala, Steinfeld y Roitman, y por los profesores colombianos J. Efrén Ossa G., William Salazar L., José Fernando Torres y Jesús Llano R. –con diferencias de grado–, entre varios, con arreglo a la cual –siguiendo una fórmula ya clásica de factura del señalado profesor de la Universidad de París, Joseph Hemard–, “El siniestro”, en el seguro de responsabilidad civil, “es el ataque mismo, judicial o extrajudicial” dirigido por el tercero contra el asegurado⁹ y ¹⁰.

⁹ Joseph Hemard (1925, p. 196, núm. 556), autor que agrega que “El daño que el asegurado entiende cubierto resulta de todo ataque dirigido contra él por un tercero. Poco importa que este ataque sea fundado” (Hemard, 1925, p. 196).

Criterio análogo, por su parte, es el expresado por el profesor alemán Erns Bruck (1935, p. 57), a juicio de quien “En el seguro de responsabilidad civil el siniestro se verifica cuando el tercero formula su pretensión respecto del contratante”.

¹⁰ Hay que precisar, por su importancia, que la teoría de la reclamación, por razones estrictamente de concepción y de mecánica del régimen que le es propio, se ha impuesto, en lo pertinente, en aquellos países que, como Colombia, se han matriculado en el sistema que –a modo de mera alternativa– reconoce eficacia a las cláusulas de estirpe contractual orientadas a delimitar temporalmente el riesgo asegurable, conocidas en el argot internacional como estipulaciones o cláusulas *claims made basis* o simplemente *claims made*, por oposición al sistema tradicional u ordinario, cimentado en la modalidad de *ocurrence basis (loss occurrence)*, en forma tal que en el seguro de responsabilidad civil, en aquellas naciones en las que expresamente tiene cabida el indicado sistema, ciertamente reciente, pueden subsistir ambas modalidades de aseguramiento: la tradicional y la novísima en referencia.

Lo anterior quiere significar que en determinados países, en concreto en los que la tesis de la reclamación no ha sido admitida con carácter general, pueden concurrir, doctrinal y legislativamente, dos concepciones del siniestro. Una con énfasis en el hecho dañoso o en el surgimiento del débito de responsabilidad (sistema ordinario o general); otra en la reclamación, particularmente en la aludida modalidad fruto de la delimitación del riesgo o de la cobertura en su dimensión temporal (sistema extraordinario o particular, *claims made*).

Es menester tener claro este aspecto, a fin de no darle más valor del que efectivamente tiene a la tesis de la reclamación, de indiscutible vigencia genética en la modalidad en cita, es cierto, aun cuando carente de ella en el sistema clásico, salvo que para los seguros tradicionales de responsabilidad civil el sistema ahijado sea el de la reclamación –como en Francia–, caso en el cual no habrá diferencia alguna, sino una llana reiteración. No así, empero, tratándose de sistemas jurídicos en los que categóricamente en el seguro de responsabilidad civil el siniestro, en los indicados seguros tradicionales de R.C., lo constituye el evento dañoso o la deuda de responsabilidad civil, según el matiz adoptado. En síntesis, hay que advertir que la teoría primigenia de la reclamación, combatida en algunas latitudes, como se ha dicho, ha adquirido acogida frente al nuevo sistema –que también ha sido blanco de críticas que han impedido su adopción, en todo caso más residual y acotado de cara al sistema ordinario, clásico o general, el que se seguirá gobernando por la tesitura que, con anterioridad a la inclusión de estas nuevas cláusulas, imperaba, las que no están llamadas, *per se*, a desplazarlo del todo (fenecimiento o erradicación), simplemente a atenuarlo, se insiste, en ciertos tipos asegurativos del ramo

Frente a esta teoría, salta a simple vista, el único hecho que activa la responsabilidad del asegurado y consecuentemente la del asegurador, *stricto sensu*, es la reclamación, ora judicial, ora extrajudicial, formulada por el tercero damnificado de cara al asegurado o al asegurador, cuando se reconoce la existencia de una acción directa¹¹. Por ello, es por lo que si no media la reclamación en comento, no habrá siniestro, así haya acontecido, en efecto, el evento previsto en el contrato, con las consecuencias dañosas de rigor para el damnificado, por vía de ejemplo el accidente automovilístico en el seguro de automóviles –o automotores–. De ahí que aún existiendo daño, de una parte y, de la otra, responsabilidad civil del asegurado por el daño irrogado a un tercero, no habrá siniestro, en tanto en cuanto éste o sus causahabientes, según el caso, decidan reclamar.

De lo precedentemente anotado, se desprenden pues dos consecuencias significativas para los fines de la exposición de esta opinión.

La primera –según lo advierten los hermanos Mazeaud, Mazeaud y Tunc–, que no basta para que el asegurador devenga obligado que el asegurado sea responsable por la realización del hecho

de responsabilidad civil, pero no en todos. Habrá, entonces, una coexistencia funcional, sujeta a las reglas propias de cada régimen, conforme a cada caso en particular.

¹¹ En efecto, “[...] esta doctrina sostiene que el siniestro se configura cuando la víctima presenta una reclamación en contra del asegurado tendiente a obtener la reparación. Si entendemos que conforme a esta tesis el siniestro equivale a reclamación, éste tiene que producirse durante la vigencia del contrato de seguro. Muchos estudiosos han considerado que la doctrina clásica francesa liderada por Hemard y, con base en el artículo 30 de la ley de 13 de julio de 1930, seguida por Sumien así como por Picard y Besson, sostiene que el siniestro se configura con la reclamación de la víctima contra el responsable.

En principio, Picard y Beson afirman que el siniestro no está constituido por el hecho generador del daño o la realización misma del daño causado al tercero afectado, como puede creerse en un primer momento, sino por la reclamación amigable o judicial, fundada o no, hecha al asegurado por un tercero. Añaden, además, que el siniestro no es el daño sufrido por la víctima, sino el daño causado al asegurado por su deuda de responsabilidad, para concluir que sólo el ataque judicial o extra-judicial constituye para el asegurado la fuente de daños. No obstante, los mismos autores advierten que ‘es necesario reconocer que esta concepción del siniestro debe ser contenida dentro de ciertos límites y que ciertas reservas deben ser adoptadas’. Reservas que, tratándose del período de vigor de la garantía, hacen evidente una profunda contradicción en esta teoría, que terminan desdibujándola y colocándola en el terreno de la ocurrencia [...]’ (Díaz-Granados, 2012, p. 190-191).

dañoso, ya que es menester, además, que “[...] a víctima reclame la reparación”¹², momento a partir del cual, técnica y jurídicamente, puede hablarse de un ‘verdadero daño’ respecto del asegurado –como lo apellida Lordi–¹³, toda vez que con antelación al reclamo éste nada debe, de lo que se colige que no puede entenderse ocurrido el siniestro, así el daño, en forma efectiva y material, haya sido experimentado por el tercero damnificado.

Sin reclamación –nos lo recuerdan–, ni hay daño para el asegurado, ni hay realización del riesgo asegurado¹⁴, ni tampoco obligación para el asegurador, en la medida en que el asegurado –como lo dice Halperin– no ha experimentado aún ninguna ‘necesidad’, ya que no ha sido objeto de ataque o reclamo alguno¹⁵.

¹² Mazeaud; Mazeaud; Tunc (1963, p. 171), quienes redondean su planteamiento diciendo que, a partir del reclamo de la víctima, “sea amistosa o judicial [...] el asegurador está obligado a garantizar al asegurado”.

¹³ “Para el asegurado”, como lo expresa el profesor italiano Luigi Lordi (1936, p. 900), “[...] el verdadero siniestro no es el hecho por el cual el debe responder [...] En rigor, para el asegurado causante del daño el siniestro, el verdadero daño, solamente se produce cuando es llamado en juicio por el damnificado”.

Para los partidarios de esta posición, incluido el propio autor Lordi, antes de la reclamación, la incertidumbre, definitiva de todo contrato de seguro, es manifiesta, tanto en lo relativo al *an-incertus an-*, como en el *quantum*.

¹⁴ Como lo puso de relieve el profesor mexicano Joaquín Rodríguez Rodríguez (1964, p. 211), “el riesgo no se realiza, sino cuando el asegurado se ve conminado, judicial o extrajudicialmente, al pago de la indemnización que deba [...]”.

De igual manera, el autor ibérico Luis Benítez de Lugo (1955, p. 611), estimó que “[...] el riesgo previsto en el contrato no se considera realizado por el hecho de la ocurrencia del accidente, sino por la reclamación amigable o judicial, fundada o no, del tercero lesionado. Hasta ese momento no hay más que un riesgo para el asegurado y, mientras no exista ningún procedimiento o reclamación, la garantía del asegurado está en potencia, pero no en acto por falta de responsabilidad perseguida”.

¹⁵ Para este doctrinante, compenetrado con la teoría de la necesidad del profesor alemán A. Manes, la reclamación es el siniestro “[...] porque recién en este momento nace la necesidad”. (Halperin, 1983, p. 849).

Del mismo modo, recordando a nuestro querido colega el Dr. Eduardo Steinfeld (1973, p. 97-98), si “[...] no hay un reclamo extrajudicial o judicial contra el autor del daño no se produce el caso previsto [...], no funciona la cobertura, no hay siniestro, lo cual es perfectamente posible y ocurre frecuentemente. Se ocasiona un daño y el tercero no reclama. En consecuencia acá no hay siniestro [...]”, ya que precisamente “[...] el reclamo es el siniestro”. Años más tarde, con motivo de las VII Jornadas Nacionales de Derecho de Seguro y Conferencia Internacional organizadas en Santiago del Estero por la dinámica Sección Argentina de AIDA, el mismo autor ratificó su postura. (Steinfeld, 1996, p. 56 y ss.)

Para el profesor Roitman (1974, p. 125-126), no obstante reconocer la validez de los planteamientos de la teoría del nacimiento del débito en lo relativo al “[...] nacimiento de

Y la segunda –como lo ha dicho Hemard y como lo han repetido múltiples doctrinantes, principalmente galos–, que esta teoría es absolutamente compatible con la idea según la cual puede concebirse el siniestro, aún sin responsabilidad de parte del asegurado, puesto que la pertinencia o impertinencia del ataque del tercero damnificado es indiferente para los efectos del seguro¹⁶, en particular de la cobertura otorgada por el seguro de responsabilidad civil, cual es la de cubrir – como lo acotan Picard y Besson– los daños sufridos por el asegurado y no los experimentados –qué paradoja– por el tercero damnificado¹⁷.

Lo anterior explica, a juicio de los autores que defienden la tesis del reclamo por parte del tercero damnificado, que el asegurador deba responder por los gastos del proceso instaurado contra su asegurado, aún cuando sea infructuosa, infundada o temeraria, incluso, la acción instaurada contra él¹⁸.

la obligación”, señala que “[...] no habiendo reclamación, aunque haya responsabilidad, no hay siniestro”.

De igual forma, el Dr. Alonso Soto (1977, p. 58) entiende que “[...] el siniestro no se produce hasta que se entable la reclamación contra el asegurado”.

¹⁶ De acuerdo con lo expresado por Hemard (1925, p. 197), “Bien puede existir un siniestro sin responsabilidad, como una responsabilidad sin siniestro”.

¹⁷ Tan destacados autores franceses, en desarrollo de lo preceptuado específicamente por la Ley de su país, entienden que la prenotada concepción del siniestro, “[...] tiene la ventaja de tomar en consideración, no la responsabilidad del asegurado, sino el recurso –o reclamo– de responsabilidad [...]”, circunstancia que explica “[...] que el asegurador cubra el daño sufrido por el asegurado y no el sufrido por la víctima”. (Picard; Besson, 1982, p. 531)

Es de señalar, sin perjuicio de anotaciones que efectuaremos en su oportunidad, que en Francia –al igual que en otras naciones influidas por su legislación y por su doctrina, v. gr. Colombia hasta el año 1990– el seguro de responsabilidad civil giró alrededor del asegurado, figura prevalente de la relación triangular de responsabilidad, lato *sensu*, a diferencia de otros regímenes en el que el tercero damnificado es el protagonista o, por lo menos, el coprotagonista, según el caso, pero no el extra o simplemente un espectador, cuando es quien reviste, nada menos, que la calidad de víctima del daño.

¹⁸ Con todo, no sobra advertir que esta tesis, como las demás, tiene importantes detractores. Es así como el profesor Abel Veiga Copo, por vía de elocuente ejemplo, sostiene que una cosa es el momento a partir del cual surge el crédito indemnizatorio y, otra muy distinta, es el mecanismo a través del cual dicho crédito puede hacerse efectivo. La reclamación, según el criterio del destacado profesor español, corresponde al segundo de los elementos y, en esa medida, no puede ser vista como detonante del siniestro en el seguro contra la responsabilidad civil. (Veiga Copo, 2011, p. 348)

4.4 TEORÍA DEL SURGIMIENTO DEL DÉBITO O DEUDA DE RESPONSABILIDAD

En consonancia con el principio basilar del *neminem ledere*, al mismo tiempo que con la función preventiva ínsita en el seguro de responsabilidad civil (*alterum non laedere*)¹⁹, los que se alinean en la llamada ‘teoría del débito de responsabilidad’, entre otros los profesores italianos Viterbo, Donati, Salandra, Ascarelli, Sotgia, Leone, Messineo, Rotondi y Strobel; los alemanes Hagen y Bormann, la francesa Yvone Lambert F., la griega Stella Bakas-Tsirimonaki; los españoles Uria, Sánchez Calero, De Ángel Yagües, Tirado Suárez, Mansilla, y Veiga Copo; los argentinos Morandi, Stiglitz, Barbato, Spayer, Soto y Meilij; el chileno Contreras, los peruanos Villa Zapata y Meza Carvajal, y en Colombia el Dr. Miguel González y los autores Javier Tamayo Jaramillo, Andrés Ordóñez, Juan Manuel Díaz-Granados, Arturo Gómez Duque y Nicolás Uribe –a la vez que nosotros mismos–, entre varios, estiman –y estimamos– que el siniestro se configura cuando nace dicho débito, es decir cuando surge la responsabilidad en cabeza del asegurado en relación con el tercero damnificado, momento que no es otro que el de la materialización del hecho –o evento– dañoso propiamente dicho, por el cual se obliga la responsabilidad del asegurado y consecuentemente, a raíz del acto, la del asegurador (responsabilidad correlativa de tipo patrimonial)²⁰.

¹⁹ Acerca de la anunciada función –o dimensión– preventiva de la responsabilidad civil, tema de palpitante interés (*in crescendo*) y de grandilocuencia jurídica –más de la que *prima facie* pareciera–, véase nuestra monografía (Jaramillo J, 2013).

²⁰ Al respecto, el Dr. Juan Manuel Díaz-Granados afirma que “[...] la tesis en cuestión sostiene que el siniestro se configura cuando ocurre el hecho dañoso. En otras palabras, el siniestro se asimila al momento en que surge la obligación de responsabilidad civil en cabeza del asegurado, con independencia del momento en que se produzca la reclamación. La tesis del hecho dañoso cuenta con un sinnúmero de seguidores en la doctrina nacional e internacional, apoyados en textos legales que vinculan la noción de riesgo al hecho generador de la responsabilidad civil. Propugnan por una unión muy estrecha de las dos instituciones, de suerte que el seguro proteja al asegurado cuando surja la responsabilidad, es decir, en el momento en que acaezca el hecho y que dicha protección del seguro lo acompañe todo el tiempo durante el cual el agente del hecho esté expuesto a dicha responsabilidad. Nuestro ordenamiento legal, desde la versión inicial del Código de Comercio, y luego con la reforma de la ley 45 de 1990, acogió en mayor o menor grado esta tesis. Así, el artículo 1131, modificado por la ley citada, dispone que se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, es decir, al responsable [...]” (Díaz-Granados, 2012, p. 186-187).

El sólo hecho de que el daño se haya producido en cabeza del tercero damnificado, es más que suficiente para que en forma simultánea surjan dos débitos, razón de ser del seguro de responsabilidad civil. El primero, de naturaleza autónoma, a cargo del agente del daño, que es precisamente –en el seguro– el asegurado. Y el segundo, de índole derivativa –o consecuencial–, que es el que, afectando –o vinculando– al asegurador, asume el definido rol del siniestro (surgimiento de una prototípica deuda de responsabilidad).

Por consiguiente –como lo argumentan con leves matices los profesores Donati, Salandra, Gasperoni, Sotgia, Rotondi, Uria y Sánchez Calero–, cuando se consolida el hecho o la eventualidad dañosa en este seguro, aflora, *ministerio legis*, una deuda para el asegurado causante del daño de claro contenido patrimonial (pasivo) y, por ende, para el asegurador que, *ab initio*, se comprometió a mantenerlo indemne (seguro de daños)²¹, en el entendido, claro está,

²¹ Para el primero de tan insignes juristas, cofundador de la querida Asociación Internacional de Derecho de Seguros, AIDA, esa es la tesis que cuenta con su respaldo “[...] porque responde a la causa –del– contrato [...]”, es aquella “[...] que identifica el siniestro con el surgimiento de la deuda de responsabilidad [...], el que surge directamente *ex lege*, bien del mismo evento que produce el daño al tercero, bien del incumplimiento de la responsabilidad contractual”. (Donati, 1956, p. 349).

Por su parte, sin perjuicio de reconocer que luego del siniestro es menester iniciar un ‘proceso de concreción’ del daño experimentado por el tercero damnificado, el profesor Vittorio Salandra (1942, p. 191) puntualiza que, en su “[...] opinión, en efecto, se puede considerar ocurrido el siniestro en el momento en que se produce el hecho dañoso al tercero que entraña una responsabilidad para el asegurado [...]”. De igual modo, tan reconocido exponente de la ciencia italiana del Derecho de Seguros, con antelación a la expedición del Código Civil del año 1942, había ya manifestado que independientemente del procedimiento de concreción en referencia, “[...] el débito de responsabilidad debe considerarse inmediata y automáticamente surgido del hecho dañoso [...]”. Por ello, “[...] el hecho del asegurado [...] que produce el daño es pues la raíz de su obligación y, por reflejo, la del asegurador”. (Salandra, 1938, p. 140).

De manera análoga, para el profesor Nicola Gasperoni (1971, p. 463), “[...] en el seguro de responsabilidad civil el siniestro se verifica cuando surge el daño para el tercero, daño que hace nacer la responsabilidad en cabeza del asegurado y, además, la obligación del asegurado [...]”.

A su turno, para el profesor Sergio Sotgia (1950, p. 142-143), “Si la obligación del asegurador se individualiza en la liberación del asegurado de las consecuencias de su responsabilidad civil, es evidente que el nacimiento del derecho del asegurado no se puede concebir sino en el momento en el cual surge la necesidad de esta liberación[...]; el siniestro debe entonces identificarse con el hecho dañoso sufrido por el tercero”.

A su vez, para el gran comparatista italiano, Mario Rotondi –quien no distingue con tanta precisión como otros colegas suyos entre la causa del daño y su efecto patrimonial–, el

de que el riesgo asegurado —como lo enfatiza el profesor Morandi— se haya materializado en las condiciones previstas en el contrato, es decir sin desbordarlo, pues de lo contrario, es natural, no puede hablarse con propiedad de una deuda respecto del asegurador, en razón de que el seguro tiene límites preestablecidos, tanto por la ley, como por los propios contratantes²².

El siniestro, en síntesis, se configura cuando irrumpe una deuda de responsabilidad que vincule al asegurado, causante del perjuicio irrogado por el tercero damnificado, como respuesta a la materialización de un hecho o evento dañoso (antecedente causal)²³

siniestro en el seguro de responsabilidad civil se evidencia “[...] en el surgimiento de una deuda en el patrimonio del responsable asegurado[...]” (Rotondi, 1953, p. 337).

Y finalmente para el reputado profesor Rodrigo Uria (1975, p. 536), “Consistiendo el riesgo que cubre este seguro en la posibilidad de que el asegurado incurra en responsabilidad civil, el evento dañoso se producirá en el momento mismo que surja para el asegurado la obligación de responder civilmente, porque al quedar gravado su patrimonio con esa obligación experimentará el daño consiguiente”.

²² Refiriéndose a este punto, el ilustre profesor argentino Juan Carlos Félix Morandi, memoró que en el seguro de responsabilidad civil “[...] el evento cubierto es la responsabilidad civil del asegurado [...] que surge [...] del ‘hecho’ que produce el daño al tercero y esto siempre que este último ocurra dentro de los márgenes del ‘riesgo cubierto’ y del campo ‘delimitado’ por las circunstancias causales, temporales y espaciales establecidas en el contrato, dando nacimiento a la obligación del asegurador siempre y cuando antes del siniestro no se hayan tipificado algunos de los hechos impeditivos que afecten el derecho del asegurado”. (Félix Morandi, 1971, p. 404)

Es lo que acontece, ciertamente, en todo tipo de seguros, dado que no existe, como se anotó en su momento, una simetría absoluta entre el riesgo en su estado puro —o extracontractual o asegurable— y el enmarcado en la esfera del contrato —riesgo contractual o asegurado—. Por esta razón es por lo que el distinguido profesor español Evelio Verdera y Tuells (1994, p. 104) aclaró que “[...] el riesgo sólo se transforma en siniestro en sentido jurídico, cuando se produce el hecho descrito concurriendo las circunstancias causales, temporales y locales convenidos por las partes”.

²³ Por ello es por lo que se afirma en la doctrina aseguraticia internacional, con frecuencia, que “[...] solamente el hecho dañoso —causado por el asegurado e imputable a él— es el que pone en movimiento la garantía otorgada por el asegurador.” (Scoufis, 1962, p. 161). En una línea muy similar, aun cuando con más énfasis en el efecto que en la causa propiamente dicha, la profesora —también— griega Stella Bakas-Tsirimonaki (1985, p. 94), resalta que “[...] la deuda de responsabilidad del asegurado, que es el objeto fundamental de la garantía, nace en el mismo momento del hecho dañoso [...]”. En sentido análogo, el profesor argentino Gustavo Raul Meilij (1993, p. 72 y 75), puso de relieve que, “En realidad, la deuda nace con el hecho dañoso, cuando éste resulta imputable a la responsabilidad del asegurado [...]”, de tal suerte que “[...] el siniestro tiene lugar cuando a causa de un suceso dañoso contemplado en el contrato de seguro, nace para el asegurado una deuda de responsabilidad, es decir la obligación de reparar el perjuicio causado. Años antes, en compañía del esclarecido profesor y querido colega Nicolas Barbato (q.e.p.d.), ambos doctrinantes habían arribado a la misma conclusión.

y ²⁴.

(Barbato, 1975, p. 324).

Desde esta misma óptica, la profesora de la Universidad de Lyon Yvone Lambert Faivre, en el pasado abanderada de una teoría minoritaria denominada ‘teoría analítica’ que –en esencia– sostenía que el concepto de siniestro variaba en función del tipo de garantía o cobertura otorgada por el asegurador (deuda de responsabilidad, gastos e intereses), ahora manifiesta que “La deuda de responsabilidad del asegurado es el objeto fundamental y esencial de la garantía”. Por tanto, “[...] la deuda de responsabilidad del asegurado –es decir, vista desde el lado activo el crédito de indemnización de la víctima– que es el objeto de la garantía principal del seguro y la realización del daño –el accidente en el sentido común del término– es lo que constituye el siniestro” (Lambert Faivre, 1982, p. 368-369). La posición anterior de la profesora Lambert, superada luego por la propia autora, fue consignada en posterior edición de su ilustrativa obra, ya citada (Lambert Faivre, 1982, p. 333 y ss.).

A su vez, para el brillante y siempre recordado y admirado profesor, don Fernando Sánchez Calero (1984, p. 543), uno de nuestros insustituibles faros, “[...] es la producción del hecho del que nace la deuda de responsabilidad, el que determina el siniestro”, opinión ésta compartida, en territorio ibérico, por el ex-dirigente de Unespa, don Felix Mansilla (1994, p. 218), quien estimaba que, “[...] el siniestro surge tan pronto como nace la obligación de indemnizar a cargo del asegurado, en el mismo instante en que éste despliega las premisas de las que la ley extrae la citada consecuencia: incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la conducta debida en la responsabilidad contractual, o acción u omisión negligente prejudicial para un tercero en la extracontractual [...]”. Criterio muy afín –a los ya expuestos– es el expresado por el Doctor Daniele de Strobel (1992, p. 155 y 157), según el cual “El evento material que origina el daño coincide con el surgimiento del débito de responsabilidad civil”, de lo que se deriva que este autor italiano “[...] adhiera a la opinión que identifica el siniestro con el surgimiento del débito[...]”. Y el delineado por los analíticos profesores argentinos Claudio Spayer y H. Miguel Soto (1996, p. 138), a cuyo tenor “[...] recién en el momento en que nace la responsabilidad civil se produce el siniestro, ya que así como no hay responsabilidad civil sin ‘daño’ tampoco existe siniestro, en el seguro de la responsabilidad civil, sin débito de responsabilidad del asegurado”.

Análogo planteamiento, en general, es el realizado por los doctrinantes de responsabilidad civil –o Derecho de daños–, excepción hecha de la generalidad de los juristas franceses, en atención a que en Francia, desde el año 1930, existe un texto jurídico diverso. Es el caso, *ad exemplum*, del profesor argentino Jorge Bustamante Alsina (1983, p. 540) quien examinando las ‘garantías colectivas’ y en particular el seguro de responsabilidad civil, anota que “La garantía del asegurador surge recién cuando existe la responsabilidad individual del asegurado”.

²⁴ Como se observa, en esta tesis llamada del ‘débito de responsabilidad’, en sentido general, se presentan moderados y sutiles matices, sin que ello suponga una alteración de la esencia o sustrato medular de la postura que se sostiene, aun cuando hay que reconocer que una es más rigurosa que la otra, por lo menos bajo un prisma estrictamente científico. Ello no lo podemos desconocer.

La diferencia de presentación estriba, fundamentalmente, en la determinación del hecho activador de la responsabilidad del asegurador. Para algunos, ese hecho consiste en el evento dañoso propiamente dicho (acto material o físico). Así, para referirnos a un caso concreto, para nuestro respetado y apreciado colega peruano, Walter Villa Zapata (1995, p. 147), Presidente de la Sección Peruana de AIDA, “[...] el siniestro ocurre cuando se produjo el daño. El siniestro coincide con el hecho dañoso”. Y para otro sector –en nuestro entender más riguroso–, en el surgimiento de responsabilidad, en sí mismo considerado (efecto o reflejo).

En este orden de ideas, con el propósito de esclarecer más aún el alcance de esta interesante postura, importa distinguir, en el más riguroso y ortodoxo de los sentidos, dos hechos que, *prima facie*, son iguales, pero que distan el uno del otro –y que comúnmente son equiparados–: el evento y el siniestro.

En efecto: el evento, examinado en su dimensión causal, es el hecho que activa la responsabilidad del agente del daño, por vía de ilustración el accidente automovilístico que origina una lesión orgánica en el tercero damnificado. Y el siniestro, en cambio, el resultado –patrimonial– concebido desde una óptica obligacional, o sea el surgimiento de una deuda de responsabilidad, fruto del daño antecedente en cuestión, invariablemente necesario (*ratio* de todo seguro de daños)²⁵.

Al igual que con la teoría que antecede –una de las más acogidas con la que analizamos ahora–, de la doctrina del nacimiento del débito de responsabilidad, por su parte, también se derivan importantes consecuencias:

La divergencia, en consecuencia, se ubica en un plano causal, sin que en el fondo existan disimilitudes sustantivas o definitivamente irreconciliables. Otra cosa distinta, en puridad, es que sea más aconsejable referirse a una que otra, como se manifestó, por lo menos en la órbita científica o académica.

Al fin y al cabo, pregonar que el débito o deuda de responsabilidad es el siniestro, supone encadenar dicho surgimiento, como producto que es, a un hecho antecedente (*prius*): el evento generatriz de tal responsabilidad, en modo alguno espontánea, como quiera que ella será el resultado de la materialización de un evento previo y determinante, vale decir dotado de virtualidad jurídica. Como lo expresa nuestro querido y admirado colega argentino Ruben Stiglitz (1997, p. 111) en estructurado estudio –en el que consignó su ostensible antipatía por las cláusulas de delimitación de la cobertura en el seguro de R.C: *claims made*–, es conveniente entrelazar ambos aspectos, en la medida en que es “[...] siniestro [...] no sólo el suceso, sino la deuda de responsabilidad que deriva del mismo”.

²⁵ Según lo enseña el profesor C. Viterbo, objetando el criterio material asignado al hecho dañoso por los germanos Hagen y Bornemann, precursores de la teoría del débito –en su estado aproximativo–, entre otros autores que no escinden ambas fenomenologías, “El siniestro no es, en efecto, el suceso dañoso que provoca el incidente, ni la coyuntura misma; estas son únicamente las causas del siniestro. En nuestro ramo de seguro el siniestro está constituido por el surgir de la responsabilidad en la persona del asegurado [...] Insisto, pues, en repetir: siniestro, es decir condición para que aparezca la obligación del asegurador frente al asegurado, es el surgir de la responsabilidad del asegurado frente al tercero, como consecuencia inmediata y directa del suceso dañoso que lesiona a este último”. (Viterbo, 1944, p. 122)

- la primera, consistente en que el hecho –o evento– dañoso imputable al asegurado, tiene una doble virtualidad obligacional, pues genera tanto una obligación para el responsable del mismo (el asegurado frente al damnificado), como un débito para el asegurador respecto del asegurado, en la medida en que ha surgido una deuda de responsabilidad que es menester honrar ²⁶;
- y la segunda, que la demanda, el reclamo o la petición del damnificado, como prefiera denominársele, es el medio en virtud del cual se concreta, ulteriormente, un derecho cuya existencia es anterior, pero que en ese momento –si se dan las condiciones necesarias– se torna exigible, de suerte tal que para los militantes de esta postura el reclamo –al igual que una eventual condena judicial– no tiene asignado un valor constitutivo, sino simplemente declarativo.

La reclamación, así concebida, se entiende que es un mero procedimiento orientado a ejercer un derecho ya consolidado, procedimiento éste, por adjetivo e instrumental, ayuno de efectos jurídico-patrimoniales para el asegurador, por cuanto este profesional ya estaría vinculado con anterioridad, habida cuenta de que su responsabilidad se activa, se insiste, no con el reclamo, sino con el surgimiento de la deuda en cabeza del responsable del daño, nada menos que su asegurado. Y sabido es que su compromiso es mantenerlo indemne, motivo por el cual si el responsable del perjuicio debe desde el mismo instante de la materialización del evento dañoso –así la manifestación del daño sea posterior–, el asegurador, reflejamente, también deberá, con total prescindencia de actos subsiguientes, uno de ellos: la eventual reclamación. Lo contrario atentaría contra la *realitas*

²⁶ Huelga manifestar que correlativamente a la floración de las indicadas obligaciones, es obvio, surgen sendos derechos de crédito. Uno en favor del tercero damnificado (*ex lege*), soporte jurígeno y funcional de una futura reclamación de su parte en contra del asegurado o asegurador (acción directa). Y otro radicado en cabeza del asegurado responsable, frente a su asegurador (*ex contractu*).

y haría depender la existencia del mismo, de suyo ontológica, de un hecho ulterior: el reclamo, que no tiene, por sí mismo, virtualidad jurídica, ni causalidad material.

En compendio, de la mano fiable del maestro, don Fernando Sánchez Calero, solvente defensor de la tesisura *sub examine*, como se sabe de amplia difusión y acogimiento legislativo, jurisprudencial y doctrinal –tanto que *stricto sensu* podríamos tildar de dominante, sin desconocer por ello la valencia de otras posturas–,

Si se admite que el nacimiento de una deuda que grava el patrimonio del asegurado ha de considerarse como un daño, en cuanto disminuye el valor de su patrimonio neto, y que el riesgo asumido por el asegurador es precisamente el de cubrir el “nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato” (art. 73), habremos de concluir que es la producción del hecho del que nace la deuda de responsabilidad, el que determina el siniestro [...]. Desde esta perspectiva, nos parece que ha de concluirse que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso.

Tesis que se ha visto confirmada, en definitiva, por la doctrina establecida por nuestro Tribunal Supremo el cual ha declarado que ‘el legislador español, en materia de responsabilidad civil, de entre los sistemas determinantes de indemnización de su hecho motivador, que en esencia es el riesgo del nacimiento, es decir, el acto médico que resulta equivocado, que es en definitiva el que constituye el siniestro y comporta en consecuencia la obligación de indemnizar, de tal modo que ésta surge meramente de aquél (sentencia del 20 de marzo 1991) (Sánchez Calero, 1999, p. 1.145-1.146).

4.5 TEORÍA DEL PROCESO, HECHO, FENÓMENO O EVENTO COMPLEJO

Por último, como complemento a las enunciadas teorías, a modo de pretendida conciliación o sumatoria de las tesis predominantes, también se ha esbozado una postura que se ha denominado, en general, como ‘teoría del evento complejo’ –también del ‘hecho’, ‘fenómeno’ o

‘proceso complejo’, cuyo cometido, como se anticipó, es el de agrupar lo más determinante de algunas de ellas, en especial de las teorías de la reclamación, de la liquidación de la deuda y del surgimiento del débito de responsabilidad, en orden a superar los inconvenientes que, en la *praxis*, ellas registran. En concreto, esta tesitura “[...] sostiene que si la responsabilidad se configura en forma compleja (causa, daño, reclamación, liquidación, pago), lo mismo podría acontecer con el siniestro en el seguro de responsabilidad civil [...]” (Díaz-Granados, 2012, p. 194). Con todo, en veces esta teoría se integra, por parte de ciertos exponentes, con la articulación privativa de dos de las citadas teorías –o por lo menos con su real esencia–.

Es así como se ha señalado por parte de sus defensores, entre ellos los profesores europeos Ehremberg, Durante, Dalcq, Fontaine, Monette, De Ville y Andre, Carton de Tournai, Dubuisson, Garrigues, Lopez Cobo, Reglero Campos, Kiantos, Fernandez Reuter, etc., y por los profesores colombianos Ossa G. –en el pasado, antes de la expedición del nuevo Código de Comercio de 1971, Hinestrosa y Navas –con anterioridad a la reforma del año 1990–, que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil, atendida la etiología y la proyección del daño, no está integrado por un sólo hecho o evento: reclamo o débito de responsabilidad, como quiera que la realización del riesgo en este seguro, por el contrario, es producto de un proceso complejo, como tal integrado por la sumatoria de varios eslabones, vale decir por el desdoblamiento de variados momentos relevantes para efectos del surgimiento de responsabilidad respecto del asegurado y del asegurador.

Expresado en otros términos –siguiendo a los profesores Fontaine y Garrigues–, en esta teoría el siniestro, concebido como un proceso, es el resultado de una “[...] cristalización progresiva” de diferentes eventos, “[...] susceptibles de durar varios meses, o varios años” (Fontaine, 1975, p. 155)²⁷. Por ello es el resultado de una secuencia fáctica –‘sucesión

²⁷ Para el profesor Joaquin Garrigues, como se anunció partidario de esta posición que juzga ‘intermedia’ y por tanto ‘razonable’ –ante la diversidad doctrinal y legislativa reinantes en la materia–, “En el seguro de responsabilidad civil el riesgo es un hecho complejo que se integra por el daño al tercero, por la responsabilidad del causante y por la reclamación del tercero [...] La simple causación de un daño no será siniestro en sentido técnico, sino que será sólo el primer acto de un ‘iter’ jurídico que termina con

de hechos’ – que demuestra que, en el seguro de responsabilidad civil, para efectos del surgimiento de la responsabilidad del asegurado y del asegurador, en forma consecucional, debe desarrollarse –o llevarse a cabo– un proceso articulado y ‘plurifásico’ –como lo llama el autor López Cobo–, por oposición a un hecho ‘instantáneo’ –como lo califica el profesor Dalcq–²⁸.

No puede aludirse entonces a univocidad o unidad siniestral, en atención a que como lo consideraba el acucioso profesor Fernando Reglero Campos (q.e.p.d),

[...] en el seguro de responsabilidad civil, a diferencia de lo que sucede con la prácticamente totalidad de modalidades de daños, no puede hablarse, en puridad, de ‘siniestro’ con un sentido unívoco [...], porque el siniestro está constituido por un complejo entramado de presupuestos y circunstancias de carácter fáctico y jurídico que, desde una perspectiva puramente conceptual impiden referenciarlo a un hecho o circunstancia concreta o a un momento determinado. (Reglero Campos, 2008, p. 635)

Dicha cadena de eventos, expresión del *iter* o ‘proceso siniestral’, en particular, está conformada por el hecho, por la culpa y por el perjuicio de carácter económico, aunados, en un plano operativo, a la reclamación del tercero damnificado y a la correspondiente individualización del daño (liquidación), componentes sin los cuales –dicen sus sostenedores–, en puridad, no puede hablarse de responsabilidad y, de contera de siniestro. Al fin y al cabo, entienden

el resarcimiento del daño, a condición de que la ley imponga responsabilidad a su autor [...] El siniestro en el seguro de responsabilidad civil es un siniestro que no se produce en un sólo hecho, sino en una sucesión de hechos”. (Garrigues, 1982, p. 372 y 375).

²⁸ En este último sentido, el estudioso profesor belga Roger Dalcq (1993, p. 190) –quien fuera nuestro recordado profesor en la Universidad de Lovaina–, observó que, en el seguro que detiene nuestra atención “[...] el riesgo no es algo instantáneo. Muy por el contrario, es producto de la realización de un proceso –acto originario del daño, reclamación, resolución amistosa o judicial– que puede tardar varios años”.

En la misma línea argumentativa, el profesor belga Paul-Henry Delvaux (1993, p. 209), anota que “[...] el siniestro se realiza, en materia del seguro de responsabilidad civil, por la sucesión, enmarcada dentro de un período más o menos largo, de diferentes eventos igualmente indispensables [...]” (cfr. Carton de Tournai; Van Der Mersch, 1970, p. 105).

que ellos son inescindibles²⁹ y ³⁰.

²⁹ En este sentido, el profesor italiano Aldo Durante, aun cuando reconoce que la más válida de las teorías tradicionales es aquella que “[...] identifica el siniestro con el hecho lesivo”, prefiere adherir a la del hecho o proceso complejo, por estimar que el siniestro en este seguro efectivamente obedece a un ‘evento complejo’, y no a un sólo hecho, por trascendente que sea. Por ello afirma que, “En realidad, es el hecho del asegurado el que genera su responsabilidad, pero a su vez esto no es un concepto abstracto, desprovisto de contenido, sino más bien una obligación concreta, que se cumple únicamente con la reclamación del perjudicado [...], y después de haberse afirmado –o asegurado– la existencia del daño injusto y su entidad. Debe pues existir el hecho, la culpa, el perjuicio económico, requisitos que coexisten y que son inescindibles, al punto que sin uno de ellos no se completará el fenómeno [...]; en conjunto, ellos constituyen el siniestro [...] Por tanto, no basta para que se considere configurado el siniestro, el sólo evento, porque si no se ha afianzado la responsabilidad –*an*– y la cuantía –*quantum*– (elementos que presuponen la reclamación, a lo menos extrajudicial), nada deberá el asegurador”. (Durante, 1959, p. 170).

Comparte similar criterio, el profesor griego Bassilios D. Kiantos (1985, p. 70-71), quien considera correcta la tesis que “[...] sostiene que la realización del riesgo comprende el hecho dañoso, la verificación del daño y el ejercicio de la prestación resarcitoria por parte del tercero”. De allí que este autor no vacile, a continuación, en sostener que en este seguro “[...] la realización del riesgo es extendida –o extensa–, pues comprende una serie de hechos específicos [...]”.

En un plano análogo, el profesor colombiano Fernando Hinestrosa (1978, p. 13, 16 y 17), erudito jurista nacional –en la más diáfana de las acepciones–, en su oportunidad expresó –al amparo del texto original del artículo 1131 del Código de Comercio de 1971, objeto de ulterior modificación en el año 1990– que, “[...] el siniestro en el caso del seguro de responsabilidad es un fenómeno de por sí complejo, variado, oscilante, temporal y geográficamente [...] el hecho –suceso o accidente– en sí no significa siniestro; sin embargo, es el primer paso en el camino para la configuración del siniestro en cuanto se refiere al seguro, para el cual el siniestro no se da sino una vez establecida la responsabilidad con la determinación de una obligación líquida a cargo del asegurado, si –es– posible ya pagada por él [...] En términos más fluidos podría decirse que el siniestro comienza a hacerse sentir, su presencia se inicia con el acaecimiento externo [...]”.

También es menester traer a colación el pensamiento inicial del eximio tratadista patrio, el profesor Ossa Gómez, hacedor de lo que es hoy, en buena parte, el Derecho colombiano de seguros. Nos referimos al criterio expresado por tan excepcional e inolvidable Maestro, con antelación a la expedición del Código de Comercio (año 1971), vale decir reinando una preceptiva disímil: el Código de Comercio Terrestre de 1887. Dicha postura, cimentada en doctrinas diferentes a las individuales del surgimiento de la responsabilidad o de la reclamación, a las que de paso expresamente no adhiere, es la siguiente: “[...] la integración del siniestro, en los seguros de responsabilidad civil, no puede basarse tan sólo en el daño, porque éste es apenas uno (quizá el más importante, pero no el único) de los elementos de la responsabilidad [...] Todo lo cual nos induce a concebir el siniestro, en los seguros de responsabilidad civil, como un proceso –que puede integrarse en segundos, en días, en meses o en años– que tiene una iniciación (con la culpa) y un fin (con el daño), entre los cuales media una relación causal. Agotado este proceso, puede considerarse ocurrido el siniestro”. (Ossa Gómez, 1963, p. 536-537).

³⁰ Empero, hay que registrar que existen distinguidos autores que, prescindiendo de la señalada fase de liquidación, entienden configurado el siniestro con anterioridad en este seguro, más concretamente a través de la sumatoria de las clásicas teorías del

Tal proceso –a juicio de los doctrinantes belgas Felix Monette, Albert de Ville y Robert Andre (1949, pág. 235)– es el resultado de la conjunción de varios riesgos en particular que, al unirse, originan una categoría única: el siniestro³¹.

Como resultado de lo apuntado, si bien sus propugnadores reconocen que el evento o hecho generador –o generatriz– de responsabilidad es decisivo para los efectos de la determinación del surgimiento del débito del asegurado y por reflejo del asegurador, no dejan de reconocer que otros son igualmente relevantes dentro del citado ‘proceso siniestral’³², por manera que no proceden a estratificarlos o

surgimiento del débito y de la reclamación, vale decir cuando convergen el hecho dañoso y su ulterior reclamo. Es el caso de nuestro inquieto y estudioso colega argentino, Raul Fernandez Reuter (q.e.p.d.) (2001, p. 159), a la sazón miembro activo de la Asociación Argentina de Derecho de seguros, puesto que sin enrolarse en la “[...] corriente que identifica al siniestro con el reclamo, pero tampoco en la antagónica que afirma su identidad con el hecho generador [...]”, considera que “[...] el siniestro es un concepto complejo, compuesto por dos elementos: el hecho y el reclamo. Y sólo podremos hablar de siniestro una vez que se hayan reunido ambos”.

Y también del brillante y respetado profesor mexicano Arturo Díaz Bravo (1997, p. 50-51), tan cercano a nosotros, quien en su enjundiosa estudio sobre ‘La responsabilidad civil por contaminación del entorno y su aseguramiento’, luego de estudiar las teorías de la ‘causación del daño’ y de la ‘reclamación’, enseñó que, “Aunque parezca paradójico, encuentro atendibles los dos corrientes, pero creo que en este caso no es posible adoptar una con exclusión de la otra, so pena de incurrir en posturas unilaterales que son incompatibles con la auténtica estructura del seguro sobre la responsabilidad civil, máxime en los casos de efectos diferidos de tal responsabilidad, como puede ocurrir en la de productos y en la resultante de contaminación [...] He ahí las razones por las que considero que en el seguro sobre la responsabilidad civil el siniestro está configurado, necesariamente, por dos acontecimientos: la causación del daño y la reclamación del damnificado, de tal manera que la falta de uno cualquiera de ellos acarreará la inexistencia del siniestro”.

³¹ Para estos autores el “[...] riesgo en el seguro de responsabilidad civil se descompone en cuatro riesgos diferentes”, lo que los conduce a manifestar que el supraindicado proceso puede conformarse a través de “[...] la comisión de la culpa (siniestro-culpa) o la realización del daño (siniestro daño) o la formulación de una reclamación (siniestro-reclamación) e, incluso, con el establecimiento de la responsabilidad (siniestro-total)”. (Monette; De Ville; Andre, 1949, p. 235).

Criterio –algo– parecido, aun cuando de menor espectro el proceso seleccionado, expuso el profesor belga Bernard Dubuisson (1997, p. 8), al indicar que, en su “[...] opinión, no se puede hablar de siniestro en responsabilidad civil, antes de que todas las condiciones de la responsabilidad se reúnan: hecho generador, vínculo causal y daño”.

³² Acerca de este punto, el autor español Claudio Lopez Cobo, desarrollando el alcance del referido ‘proceso siniestral’, anota que “La responsabilidad, como formulación puramente teórica, nace cronológicamente en el hecho generador. El hecho generador es un elemento esencial, pero por sí sólo, por ejemplo sin reclamación, no constituye siniestro”. (Lopez Cobo, 1995, p. 39).

priorizarlos y, menos, a asignarle a uno de ellos la paternidad exclusiva de la obligación del asegurador.

5 VALORACIÓN CRÍTICA Y ANALÍTICA DE LAS PRINCIPALES TEORÍAS

Expuestas las teorías más difundidas en el Derecho comparado, en general, cumple examinar cuáles han sido algunas de las censuras que la doctrina ha formulado respecto a ellas, justamente como vívida muestra del alcance y de la dinámica del polémico debate que nos ocupa.

5.1 TEORÍA DEL REEMBOLSO

Múltiples, en efecto, han sido las críticas que los distintos sectores de la doctrina de seguros le han formulado a esta teoría, hoy por hoy en franca y sostenida crisis, pese a que en el pasado reinó con proceloso ímpetu. Por ello, en puridad, hoy se le asigna un valor fundamentalmente histórico³³. Las más agudas réplicas son entonces las siguientes:

³³ Como bien lo pone de presente el entusiasta autor peruano en su esquemática y documentada monografía, Dr. Luis Alberto Meza Carbajal (1995, p. 105-106), acerca del tema en estudio, la teoría del reembolso “[...] tiene un valor histórico pues actualmente no puede aceptarse que corresponda al seguro de la responsabilidad una función tan limitada en la protección patrimonial del asegurado [...]”. Opinión que es del todo precisa, dada la evolución registrada por el seguro en comentario, centro de gravedad de la responsabilidad civil, con todo lo que ello envuelve. Al fin y al cabo, como su teleología es prevalentemente tuitiva (la del seguro), acorde con principios tan relevantes como el *pro damnato* y el *favor victimae*, entre otros más que campean en el Derecho moderno, no se concebiría, hoy por hoy, un seguro de esta tipología que descansen en un esquema de reembolso.

Flaco favor entonces se hace con la exigencia a cuyo tenor: pague primero y reclame después, a sabiendas de que una inmensa mayoría de asegurados —de carne y hueso— carecen de los recursos suficientes para ello; sería como avalar una especie de círculo vicioso, en claro desmedro de potísimos derechos. De ahí que en la actualidad existan útiles instrumentos como el de la acción directa respecto a los cuales no tendría ningún valor la argumentación del consabido reembolso, exigencia que, bien miradas las cosas, en principio, podría lucir ineficaz en la esfera negocial (abusividad), por lo menos cuando se esté de cara a un asegurado convencional y medio, por oposición a cierto tipo de asegurados calificados por su situación jurídica y por estatus financiero, lo que podría matizar la referida mención.

- a) desconoce la naturaleza preventiva inherente al seguro de responsabilidad civil –haciendo apología de la postura meramente reparatoria– (cfr. Donati, 1956, p. 347; Halperin, 1983, p. 849), toda vez que pretender que el asegurado sea quien deba pagar la indemnización correspondiente, desvirtúa el objeto medular del seguro en referencia –y en general de todo seguro–, cual es mantener indemne al asegurado, como se ha dicho en varias ocasiones, deber éste de indemnidad que supone, precisamente, evitar que éste deba desembolsar suma alguna por el daño patrimonial que él ha originado y que, por contragolpe o reflejo, se ha gestado también en su patrimonio;
- b) impone al asegurado, en contravía de la teleología moderna del seguro, el pesado e irrazonable lastre de obtener recursos financieros para que proceda al resarcimiento de los perjuicios irrogados al tercero damnificado;
- c) lesiona abiertamente los intereses del tercero damnificado, puesto que subordina la efectividad de su derecho de crédito a la solvencia del victimario, situación a todas luces contraria a los principios que hoy inspiran el seguro de responsabilidad civil, en donde la víctima, en la actualidad, goza de importantes prerrogativas, al punto que es el centro de atención de las modernas legislaciones. No en balde es el sujeto vulnerado material y patrimonialmente en virtud de la realización del hecho dañoso, activador del débito de responsabilidad en cabeza del asegurado responsable.

5.2 TEORÍA DE LA RECLAMACIÓN

La teoría de la reclamación, que ha gozado de amplio respaldo, conforme se indicó, ha sido también objeto de críticas maduras, entre varias:

a') No está acorde con los principios informadores de la responsabilidad civil que propenden, en lo pertinente, por el resarci-

miento de un daño, cuando éste irrumpe y menoscaba el patrimonio de una persona. De allí que sostener que la reclamación sea el siniestro en un típico seguro de daños, se ha dicho, no está en armonía con ellos, sobre todo si se entiende que la reclamación que el tercero le formula al asegurado, en sí misma considerada, no es constitutiva de daño alguno de índole patrimonial para el asegurado.

Si hay daño, hay que identificarlo con antelación, razón por la cual no es aconsejable conferirle poder constitutivo a un hecho jurídico desprovisto de tales atributos, incluso incierto: la reclamación.

b') El concepto de daño y, por contera de siniestro no puede dejarse a la decisión o al arbitrio unilateral de un tercero: la víctima, quien podrá decidir si ejerce o no sus derechos y además cuándo lo hace, lo que equivale a afirmar que de él dependerá que exista o no siniestro, haciendo a un lado el fundamento de la responsabilidad en su dimensión resarcitoria: el daño, concepto ajeno a la reclamación, hecho jurídico que, en rigor, no causa un daño en el patrimonio del asegurado.

Por este motivo se ha indicado que la teoría de la reclamación no está en consonancia con la realidad fáctica, pues aún acontecido un daño, aún materializado un ostensible perjuicio económico en cabeza del perjudicado por el cual debe responder el asegurado causante, se señala que se debe esperar hasta que se formule el reclamo, importante para efectos de la exigibilidad de los derechos del tercero damnificado —o sus causahabientes—, pero no para la configuración de sus derechos, ya latentes.

c') Al igual que la tesis precedente, hace más énfasis en el aspecto reparador y no preventivo, característico del seguro de responsabilidad contemporáneo.

d') Expone al asegurado a serios inconvenientes derivados de la ausencia de cobertura, concretamente cuando la reclamación se formula por fuera del marco de la vigencia material del seguro original, situación en modo alguno infrecuente, habida consideración de que si

la reclamación fuera realmente constitutiva del siniestro, habría que concluir –salvo malabares propios de la gimnasia intelectual– que el riesgo se materializó por fuera de la misma, lo que equivaldría a negar responsabilidad para el asegurador en contra de los intereses del asegurado y del damnificado, así fuera aquel responsable, dificultad ésta que se supera acudiendo al expediente del surgimiento del débito de responsabilidad, para lo cual no es menester hacer referencia a reclamación alguna, a condición, claro está, de que el evento dañoso, causa generatriz del perjuicio, haya tenido lugar durante la vigencia en comento (dimensión causal), con independencia de su manifestación física tardía o posterior³⁴.

e’) Acarrea serios inconvenientes de cara a los deberes o cargas que, en sana lógica, debe observar el asegurado y que la Ley, en general impone, por vía de ejemplo el aviso del siniestro. Si en efecto, como se dice tajantemente por sus defensores, la realización del riesgo, vale decir del siniestro, se integrara con la reclamación, tendría que esperar el asegurado, consciente del daño por él irrogado, a que el tercero damnificado formule su reclamo. Sin duda no, motivo por el cual debe entenderse que el asegurado debe informar el acaecimiento del hecho o evento dañoso, originario del débito de responsabilidad, dentro del término de ley –o convencional cuando lo favorece o cuando la ley guarde silencio al respecto–, contado a partir de su conocimiento, real o presunto.

f’) La reclamación, como bien lo memoró el estudioso autor argentino, Domingo López Saavedra, “tampoco sería sinónimo de siniestro porque en muchos casos y la experiencia profesional nos lo demuestra, el reclamo del tercero es infundado y concluye con

³⁴ Como agudamente lo recuerda la profesora ibérica María de los Ángeles Calzada Conde (2006, p. 161-162), “En la práctica es el hecho dañoso, y no la reclamación, el que debe ocurrir dentro del período asegurado para que el caso de considere incluido en la garantía del seguro. Lo contrario llevaría a admitir, de un lado, que el seguro tendría que cubrir aquellos casos en que el contrato se ha concertado con posterioridad a la realización del hecho dañoso y negar, de otro, la cobertura de supuestos en los que el hecho dañoso se realiza dentro del período asegurado, pero en los que el tercero reclama con posterioridad a la extinción del contrato, y tanto un resultado como otro son inaceptables”.

una sentencia que lo rechaza y determina la no responsabilidad del asegurado –cuando no es desistido o llevado adelante [...]” (López Saavedra, 2007, p. 606).

lo que equivale a afirmar que de él, en la praxis, dependerá que exista o no siniestro, haciendo a un lado el fundamento real de la responsabilidad que es el daño, concepto ajeno, como se mencionó, a la reclamación, hecho jurídico que, en rigor, no causa un daño en el patrimonio del asegurado.”

5.3 TEORÍA DEL SURGIMIENTO DEL DÉBITO

La teoría del surgimiento del débito o de la deuda de responsabilidad, no obstante su generalizada aceptación, ha sido igualmente blanco de observaciones. Las principales son:

a’) Se centra en una parte del siniestro, importante sí, pero no la única. De allí que desconozca otras fases integradoras e igualmente decisivas, entre ellas la reclamación ulterior, etc.

b’) No responde al proceso de gestación, maduración y manifestación del daño en todos los seguros de responsabilidad civil, en la medida en que tratándose de los llamados daños tardíos, diferidos o prolongados, cobija únicamente al hecho generador o generatriz, dejando de lado las etapas subsiguientes que dicen relación con su consolidación y cognoscibilidad.

c’) Alude a la existencia de un débito de responsabilidad a cargo del asegurador, fundándolo en un presunto daño que carece de realidad jurídico-patrimonial, como quiera que para ese momento (acaecimiento del hecho o evento dañoso y simultáneo surgimiento del débito de responsabilidad), prescindiendo de otros eslabones de la cadena siniestral o simplemente de la reclamación –según se adopte una u otra tesis–, no habrá perjuicio que resarcir, simple y llanamente, por inexistencia del mismo.

En síntesis, la sola materialización del hecho dañoso por parte del agente del daño (asegurado), no trae consigo un perjuicio

concreto de contenido económico, ni para el asegurado responsable, ni menos para el asegurador. Será menester para ello, esperar una respuesta o reacción positiva (acción) del tercero damnificado o sus causahabientes.

d') Genera el 'apreciable' inconveniente de fomentar o 'autorizar' la presentación de reclamaciones innecesarias al asegurador con antelación a la formulación del reclamo del tercero damnificado, o sea sin que este último demuestre una real 'necesidad' insatisfecha emanada del daño experimentado.

5.4 TEORÍA DEL EVENTO O PROCESO COMPLEJO

Por último, la teoría del hecho o del proceso complejo, también ha sido materia de críticas. Las más indicativas son las siguientes:

a) No responde con claridad al interrogante que se plantea a través de la formulación de la pregunta: ¿cuándo se entiende realizado el siniestro? Decir que por numerosos hechos, todos encadenados entre sí, merced a su significación, no es satisfactorio, ni deseable, por cuanto desvía la atención del problema nuclear que se pretende resolver³⁵.

Además, resulta bastante cómoda, casi plástica, y en cierto modo facilista, en atención a que involucra, *in complexu*, el plexo doctrinal existente sobre el particular, sin asumir, *recta via*, un verdadero y definido compromiso intelectual.

Así las cosas, *ex professo*, esta teoría tiene un poco de cada una de las que en forma individual se han edificado en la escena doctrinal, las que más allá de su pertinencia, tienen la indiscutible

³⁵ Por esta circunstancia la profesora Calzada Conde (2006, p. 167) manifiesta, con plena razón, que frente a la teoría del evento o 'supuesto de hecho' complejo, "[...] el concepto de siniestro [...] pierde su significación típica y con ello su valor práctico: un siniestro entendido como compuesto de la realización de varios hechos que, además, no se producen normalmente de forma simultánea, sólo puede provocar confusiones inútiles".

bondad de explicar un fenómeno jurídico mediante la selección de una sola senda y no de todas las que se han trazado previamente, a modo de conciliación. No en balde ella es el producto de la sumatoria de los momentos relevantes que tipifican a las precitadas tesis: el hecho generador de responsabilidad (hecho dañoso); la reclamación y la liquidación del perjuicio irrogado.

b) Incorpora, *stricto sensu*, conceptos extraños a la existencia de la responsabilidad a cargo del asegurado y, por ende, del asegurador, como lo es el atinente a la liquidación del débito, procedimiento importante para la concreción material del perjuicio, como soslayarlo, pero irrelevante para efectos de la determinación del surgimiento de responsabilidad (existencia jurídica)³⁶.

Expresado en otros términos, la liquidez del débito cobija el aspecto meramente cuantitativo del mismo, pero no se refiere a su existencia, la cual hunde sus raíces en hechos materializados con antelación: bien como corolario del surgimiento de responsabilidad derivada del acaecimiento del hecho o evento dañoso, bien de la reclamación formulada por el tercero damnificado –para los sostenedores de esta última postura–.

c) Dilata –o retarda–, innecesariamente, la floración de responsabilidad del asegurador, pues la hace depender de un conjunto de hechos posteriores al surgimiento riguroso del deber de prestación a cargo del asegurador, por vía de ejemplo la ya aludida liquidación del perjuicio, operación que atañe a una fase ulterior al nacimiento de la obligación de la entidad aseguradora, cual es su exigibilidad (*ius exigendi*), como se acotó, de proyección subsiguiente, la cual puede tardar un apreciable tiempo, justamente por la conocida dilación, tardanza y congestión judiciales, en franca contravía de caros principios tutelares.

³⁶ Como lo precisa con toda claridad el profesor Donati, esta teoría –incluida sus variantes–, tiene el serio inconveniente de “[...] no atender a la existencia del débito, el que preexiste, sino a su exigibilidad”. (Donati, 1956, p. 348).

d) Distorsiona el concepto funcional asignado al siniestro, habida cuenta de que cargas tan relevantes como la referente a su información o aviso oportuno, no podrán cumplirse cabalmente como lo demanda este tipo asegurativo, en orden a que su venereo, vale decir el siniestro entendido como sumatoria de eventos enlazados, no se estima materializado, así se haya consolidado, como se sabe, el hecho o evento dañoso, ya que es necesario esperar a que la cadena siniestral tenga lugar, proceso que, en veces, tratándose de determinados seguros de responsabilidad civil y en particular de específicos daños, puede tardar un tiempo más o menos considerable (meses, años, lustros o décadas).

6 NUESTRA OPINIÓN

Aun cuando somos testigos de la perplejidad del tema en cuestión, , aunada a los argumentos sugestivos de algunas de las opiniones en examen, adherimos decididamente a la teoría del surgimiento débito, por considerar que es la más consistente con la ontología, con los principios que la informan y, sobre todo, con la naturaleza arquetípica del seguro de responsabilidad civil (techo ideológico), sin desconocer, naturalmente, la complejidad de tema y sin demeritar los calificados esfuerzos realizados por otros doctrinantes, especialmente de cara a la teoría de la reclamación, así como su ilustrada argumentación que, aun cuando importante, como no reconocerlo, no nos convence —o seduce—, por lo menos en lo tocante con la definición del hecho que configura el siniestro.

Desde luego que a ella le asignamos un definido papel, pero en otro plano diferente: el relativo al proceso de exigibilidad de la prestación asegurada, que cobija el singular tópico de la prescripción. Otro tanto hay que mencionar de la teoría del proceso complejo, aun cuando no reviste —lo anotamos con nuestro acostumbrado respeto por las ideas ajenas— la misma consistencia y entidad de su homóloga (la de la ‘reclamación’), además que por erigirse, *mutatis mutandis*, en una especie de *totum revolutum*.

Para nosotros, como se ha anticipado, efectivamente el siniestro se consolida en el seguro que nos ocupa en el momento en que irrumpe el débito –o deuda– de responsabilidad en cabeza del asegurado, detonante del deber de prestación del asegurador, quien con antelación, precisamente con el concurso volitivo del tomador o contratante, había demarcado el riesgo materia del negocio jurídico en cuestión: la responsabilidad del asegurado, *in potentia*.

Y ello es así, dado que el señalado débito de responsabilidad, por su parte, a nuestro juicio aflora como consecuencia inmediata del acaecimiento del hecho o evento dañoso (hecho generatriz) imputable al asegurado que, es, justamente, el sujeto o el agente del daño.

Un mismo evento, por tanto, tiene asignadas dos misiones capitales en este seguro (hecho bifronte). La primera, consistente en la generación de responsabilidad para el responsable del daño irrogado al tercero damnificado –*ex contractu* o *ex lege*, según las circunstancias de cada caso–, el que correlativamente genera un derecho de crédito en su favor. Y la segunda, referente a la gestación reflejo o consecuencial de una obligación de estirpe contractual, cuyo sujeto pasivo es el asegurador que, a su vez, se traduce en el activador de la responsabilidad del reasegurador, un prototípico seguro de daños, concretamente de deuda, orientado a proteger el patrimonio del asegurador-cedente (asegurador directo), vulnerable, *per se*, por la realización eventual del riesgo asegurado (el menoscabo de índole patrimonial).

Como se aprecia, la que se genera es pues una típica responsabilidad en cadena, causal e invariablemente conectada con el hecho o evento dañoso, *ratio* de todas las obligaciones que de él fluyen –ora directa, ora indirectamente–, tanto en el ámbito contractual, como en el extracontractual, de suerte que si se prescindiera del aludido hecho dañoso, es lógico, las ulteriores responsabilidades desaparecerían, en la medida, se insiste, en que el fundamento causal de los deberes de prestación a cargo del asegurado, del asegurador y del reasegurador, de una u otra manera, hunde sus raíces en el hecho jurídico en comento³⁷.

³⁷ En este sentido, es absolutamente diáfano el criterio expuesto por el estudioso profesor de la Universidad de Perugia, Adriano de Cupis (1975, p. 583), según el cual “Aunque en algunos casos el resarcimiento corresponda a una persona distinta del autor del hecho

Es así entonces que el efecto ‘dominó’ tiene plena vigencia en el seguro de responsabilidad civil, puesto que la realización del hecho dañoso (evento generador), trae consigo la floración simultánea de varias obligaciones, así su naturaleza o su fuente sean disímiles, en un momento dado. La del asegurado, efectivamente, surge de un contrato sustantivo celebrado con el damnificado incumplido (responsabilidad contractual) o de la responsabilidad extracontractual, en caso de que no los ligue una relación de carácter negocial. Y la del asegurador, sin distingo alguno, nace de un negocio jurídico trabado con el tomador o contratante, en el que el damnificado es un tercero relativo, como tal no parte integrante del mismo.

Así las cosas, en nuestro entender es más sensato coligar o entrelazar los prenotados deberes de prestación, habida cuenta de que a través de esta comunión se preserva incólume el genuino sentido de la responsabilidad civil –o responsabilidad por daños, como algunos la denominan– y, por contera, no se distorsiona el cometido basilar del seguro de responsabilidad civil: mantener indemne al asegurado, haciéndose cargo el asegurador del resarcimiento de los daños

dañoso –como en el seguro, especificamos nosotros–, ello es SIEMPRE consecuencia del daño ocasionado con violación del derecho y como sanción de tal violación”. (Las mayúsculas no pertenecen al autor).

Es que como agudamente lo resume el analítico profesor nacional, Javier Tamayo Jaramillo (1986, p. 1), “Mientras no haya daño, no cabe hablar de responsabilidad”, todo al margen de la dimensión preventiva, claro está, pues no está extraditada del terreno de la moderna responsabilidad civil, *stricto sensu*. De ahí que la sola referencia a la responsabilidad civil, con la salvedad de la dimensión preventiva en mención, suponga la presencia o intervención de un daño, puesto que como lo reseña con precisión y agudeza el también profesor colombiano, Jorge Santos Ballesteros (1996, p. 30), “En términos generales, la responsabilidad consiste en la obligación de reparar el daño que una persona le causa a otra injustamente”, de lo que hay que concluir, *a contrario sensu*, que mediando un daño imputable: el experimentado por el tercero damnificado, deben generarse las consecuencias jurídicas de rigor, tanto para el asegurado (agente del daño), como para el asegurador.

Retardar, diferir o subordinar la floración de responsabilidad a un momento divergente y de suyo ulterior al del acaecimiento del daño en cita, soporte genético y funcional de la responsabilidad, así lo entendemos, traiciona el efecto connatural a todo daño que devenga imputable: su reparación, por supuesto coligado con los elementos restantes tipificadores de la misma (factores de atribución de responsabilidad).

En el sentido apuntado, pero circunscrito el comentario privativamente al seguro de responsabilidad civil, el doctrinante griego Panayotis Scoufis (1962, p. 160), pone de presente que “Es imposible imaginar una obligación del asegurador [...] si no ha existido previamente un hecho dañoso”.

experimentados por el tercero damnificado o por sus causahabientes, destinatarios de la prestación asegurada (función de indemnidad y función indemnizatoria).

Por lo demás, en orden a obviar equívocos –ciertamente frecuentes en un sector de la doctrina internacional–, es menester enfatizar que las aducidas prestaciones, como corresponde, tienen un claro contenido patrimonial, incluida, claro está, la que atañe al asegurador –y por reflejo al reasegurador–, en consideración a que el surgimiento del hecho dañoso, en sí mismo visualizado, conlleva consecuencias de evidente sustrato patrimonial, no sólo para el asegurado responsable (agente del daño), sino también para el propio asegurador, quien no se puede sustraer de su compromiso, particularmente de su responsabilidad, pretextando el simplista –y vacío– argumento de que con antelación a la reclamación del tercero o, incluso, con anterioridad a la liquidación de su perjuicio, no existe ningún débito que él deba honrar. Cómo si su obligación, es cierto, no estuviera coligada a la suerte que corra el asegurado, en este caso su conducta y su patrimonio, sujeto que debe desde el mismo instante de la generación del evento o hecho dañoso a él imputable, al margen de actuaciones subsiguientes.

El surgimiento del débito, por tanto, no debe considerarse como huérfano de consecuencias patrimoniales, por cuanto el perjuicio irrogado en el patrimonio del tercero, causa generadora del daño radicado en cabeza del asegurado (agente del daño), de plano origina una disminución o alteración patrimonial intrínseca de entidad objetiva, como bien lo corrobora la doctrina nacional e internacional más autorizada al respecto³⁸, en la medida en que la generación de un

³⁸ El profesor italiano Guglielmo Leone, con motivo de un detenido estudio realizado en torno al concepto del daño en el contrato de seguro, puso de presente que efectivamente “[...] el asegurador sufre una disminución, en virtud del surgimiento del débito de responsabilidad civil o del débito asegurativo. Por ello, el daño en sentido asegurativo, en el seguro de responsabilidad civil, no es el daño originado por el asegurado al tercero damnificado, daño que encuadra en el concepto de daño resarcible, sino el daño que el asegurado sufre en virtud de la disminución de sus medios patrimoniales, derivada del surgimiento, a su cargo, del deber de resarcimiento respecto al tercero”. (Leone, 1963, p. 496).

Para el profesor Donati (1956, p. 544), en forma por demás sintética, “No hay duda que el surgimiento del débito –al que tan ilustre profesor le asigna el carácter de siniestro– se

perjuicio, desde tiempos inmemoriales, es fuente de una obligación jurídica de carácter dinerario que se traduce en su indemnización, reparación o resarcimiento –según se prefiera, siempre que concurren los restantes factores de atribución de responsabilidad³⁹, más allá –

traduzca en una disminución del patrimonio neto”.

Como bien lo reconoce con tino el profesor Sánchez Calero (1999, p. 544), en el seguro que nos interesa, “[...] el daño viene dado por el efectivo nacimiento de una deuda de resarcimiento que incrementa el pasivo del asegurado [...]”, careciendo de relevancia la “[...] circunstancia de que hasta un momento posterior no se produzca la determinación del contenido del daño y de su cuantía [...]”, porque esa determinación está en la fase de la liquidación del daño, esto es, de la deuda de resarcimiento o de responsabilidad.”.

El daño, añade el profesor Morandi, para el asegurado “[...] existe como disminución potencial de su situación patrimonial en el momento en que surge la deuda de resarcimiento a causa de la responsabilidad frente al tercero”. (Félix Morandi, 1971, p. 405). En este mismo sentido, el profesor Camilo Viterbo (1944, p. 112), observa con tino que dicha “[...] deuda es un daño en cuanto sobre el deudor pesa la amenaza de tenerla que pagar”.

Al fin y al cabo, una deuda de responsabilidad, en un todo de acuerdo con lo manifestado por el acucioso profesor colombiano Javier Tamayo Jaramillo (1997, Memorias, Subsección Cuarta) reviste carácter patrimonial. Por ello, este estudioso tratadista no duda en afirmar que, “[...] tratándose de un seguro patrimonial, el siniestro no se produce mientras el asegurado no experimente una pérdida en su patrimonio, así se trate de una simple deuda indemnizatoria frente a la víctima, que deba ser declarada judicialmente, pues en este caso la sentencia es meramente declarativa. El ingreso de una deuda al patrimonio[...] es una pérdida patrimonial, así ella no se haga exigible sino después de una sentencia”.

En sentido similar, los profesores argentinos Nicolas Barbato y Gustavo Raúl Meilij (1975, p. 324), puntualizaron que “[...] la aparición de una deuda en el patrimonio de un asegurado constituye por sí misma un daño, aunque el acreedor demore en exigir su cumplimiento”. Otro tanto acontece con lo precisado por el talentoso profesor español Juan Bataller Grau (2024, p. 258) en su reciente e importante obra, quien es de la opinión de que “[...] en los seguros de patrimonio la indemnización abonada por el asegurador sí que está vinculada al daño sufrido por el asegurado.”.

En conclusión, para no hacer este relato doctrinal muy denso, traigamos a colación el pensamiento de los profesores Stiglitz (1997, p. 258-259), quienes sostienen con acierto que, “La aparición de una deuda importa una disminución en el patrimonio neto, un daño. El responsable está obligado al resarcimiento desde el momento mismo de la infracción dañosa a un deber jurídico. Desde este momento hay una amenaza al patrimonio del asegurado, pues justamente el suceso ilícito dañoso indica el momento en que nace el crédito resarcitorio en favor del damnificado [...] El nacimiento de una deuda de responsabilidad importa una merma en el patrimonio, pues aumenta su pasivo y constituye, por tanto, un daño que es precisamente lo que el asegurado ha querido cubrir al contratar el seguro”.

³⁹ Exacto, al respecto, es el ya citado principio capital del *neminem ledere* (dimensión resarcitoria), como perentorio, a su vez, el legislador comparado que lo desarrolla. Así, sólo para contemplar un disiente ejemplo, los Códigos Civiles de Chile, Colombia y Ecuador, contienen el siguiente precepto que afianza lo acotado: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (art. 2341, Colombia).

como se dijo— de que ulteriormente se pueda identificar, con precisión, su real alcance cuantitativo (proceso de valoración y liquidación del daño, propiamente dicho).

7 SUMARIA PROYECCIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

Examinada la realidad de este complejo —y enrevesado— tema en el Derecho comparado y aseguraticio en general, sucintamente cumple analizarlo de cara al Derecho colombiano, en función del contenido del artículo 1131 del Código de Comercio.

Efectivamente, de conformidad con este precepto, tanto en su versión original, como en la nueva: año 1990, el legislador patrio textualmente se ocupó de reglar lo relativo a la “Configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil”, a cuyo tenor:

Configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil. En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que *acaezca el hecho externo imputable al asegurado*, fecha a partir del cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formule la petición judicial o extrajudicial.

Así las cosas, en lo que atañe a su exégesis, es menester precisar que en Colombia, ante la claridad que fluye del primer apartado de este artículo, por más que se acuda a sugestivas teorías y tesis de raigambre doctrinal, creemos, de nuevo con respeto, que no es dable desconocer que el siniestro aflora cuando irrumpe en el cosmos el hecho externo imputable al asegurado, o sea el hecho o evento dañoso, en sentido lato, evaluado bajo un prisma causal.

Es decir que el legislador colombiano, en lo que toca con la demarcación del momento en que el siniestro se entiende configurado, se identificó con la teoría del hecho o evento material, como se

recordará, manifestación de la teoría del nacimiento del débito de responsabilidad.

Y decimos manifestación, por cuanto nuestra ley hace más énfasis en el daño irrogado por el asegurado, que en su corolario, que es el surgimiento de una deuda, aunque hay que reconocer que en el fondo, bien entendida, la fenomenología es una misma: en un caso se mira más al hecho motivador, y en el otro a la secuela inmediata o mediata que se genera: el impacto en el patrimonio del asegurado, lo que de paso explica porque el seguro de responsabilidad civil se considere el arquetipo de los seguros patrimoniales.

Esta es la tesitura que en nuestro entorno han acogido, entre varios, los profesores Tamayo Jaramillo, Ordoñez, Botero, Díaz Granados, Gómez Duque, Uribe y el grupo de maestros de la promoción de la Maestría en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana, años 1991-1992 (*La modernización de la actividad aseguradora en Colombia*–), y a la que nos sumamos, respetando profundamente otras lecturas y pareceres, lo renovamos.

Y esta es, por lo demás, la posición de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la que en la presente centuria, en diversas ocasiones, ha expresado que el siniestro se patentiza con el surgimiento de una deuda de responsabilidad. Es el caso, por vía de ejemplificación, de dos sentencias del 10 de febrero de 2005, en las cuales la Corte Suprema se inclinó paladinamente por la teoría del surgimiento del débito.

Es así como señaló, en relación con el otorgamiento de un seguro de responsabilidad de los que hemos rotulado como tradicional o convencional, por oposición al cimentado en el sistema *claims made*, que

[...] de acuerdo con la orientación legislativa vigente en materia del seguro de responsabilidad civil, ocurrido el siniestro, es decir, acaecido el hecho del cual emerge una deuda de responsabilidad a cargo del asegurado, causante del daño irrogado a la víctima –art. 1131 del C. de Co.–, surge para el perjudicado el

derecho de reclamarle al asegurador de la responsabilidad civil de aquél, la indemnización de los perjuicios patrimoniales experimentados [...].

En términos más sintéticos, manifestó la Corte, en tal ocasión, que “[...] el surgimiento de una deuda de responsabilidad [...] es lo que determina el siniestro, en esta clase de seguro [...]”, idea esta última que fue reiterada en otra providencia suya, proferida en la misma fecha.

En fin, en una tercera sentencia del 29 de junio de 2007, ratificada posteriormente (4 de noviembre de 2021), en la que la Sala Civil se ocupó del asunto de la prescripción en el seguro de la responsabilidad civil, se refrendó la tesis del surgimiento del débito en el Derecho nacional. Al respecto la Corte, en lo toral, afirmó que en este tipo asegurativo, “[...] el siniestro [...]” se configura con el acaecimiento del “[...] hecho externo imputable al asegurado, detonante del aludido débito de responsabilidad [...]”.

Y esta es, ya para terminar, la tendencia legislativa contemporánea, lo que explica que lozanas legislaciones de la presente centuria, sin perjuicio de adscripciones explícitas de finales de la anterior, como es el caso de España, según su *communis opinio*, se hayan enrolado a la teoría del surgimiento del débito como constitutivo del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil —según se esbozó—, verbigracia las de Perú, Chile y Uruguay, esta última vigente desde el mes de noviembre del año 2018, en la que se contemplan dos formas de contratación del seguro de responsabilidad civil: la primera, “[...] en base a ocurrencias”, y la segunda “en base a reclamos” (art. 78). Y en relación con el aseguramiento basado en la referida modalidad de ocurrencia, se alude, respecto al asegurado, al “[...] hecho del que *nace su eventual responsabilidad*”.

De esta forma, en términos muy latos, queda pues pincelado el cuadro general de la configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil ordinario o tradicional colombiano, base previa

para que pueda entenderse, de mejor manera, el no menos ríspido y controversial tema circunscrito al sistema alternativo y extraordinario comúnmente conocido como ‘*claims made*’, no por controversial menos relevante en la industria nacional e internacional, puesto que ambos sistemas, en lo aplicable, coexisten legítimamente en el mercado, así tengan fundamentos diversos y mecánicas propias.

No en vano, ellos responden a realidades y dinámicas que no pueden ser soslayadas, sino por el contrario atendidas, siempre con la mirada hacia el asegurado y, en especial, hacia la víctima, urgida de cabal, sostenida y equilibrada protección, todo como corolario de la trascendencia que en la hora de ahora, a manera de conveniente giro copernicano, se le reconoce al tercero: el damnificado –o víctima–, ese que, por decenios, estaba prácticamente invisibilizado –relegado o marginado– y que el seguro y el Derecho de daños, habida cuenta de la paradigmática y acentuada función social atribuida al moderno seguro de la responsabilidad civil, justicieramente supieron rescatar y también visibilizar, amén que rehumanizar, prueba de lo cual, entre varias conquistas y resonantes logros, acordes con el ‘nuevo orden contractual’ y con la dignidad humana (*nova*), es la acción directa, la que se enseñoorea, por potísimas razones, en buena parte de naciones del orbe –con una que otra inexplicable resistencia– (vid. Jaramillo J., 2023, p.1 y s.s.); Jaramillo J.; Díaz-Granados, 2013, p. 491 y s.s.).

Infinitas gracias, distinguidos y respetados colegas y dignatarios, renovando la inmensa, mejor irrestricta e incontenible alegría de compartir con ustedes en este memorable y magno Congreso, y en la dorada y siempre venerada Salamanca –la nuestra, la de todos, y la de Unamuno–.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN HIDALGO, Joaquín. El seguro de responsabilidad civil hoy: aspectos jurídico-prácticos; los programas internacionales. En: Aspectos sustantivos y procesales del

contrato de seguros. ENCUENTRO NACIONAL, MEDELLÍN, ACOLDESE Y AIDA, XXV. **Memorias ...** 2007.

BAKAS-TSIRIMONAKI, Stella. Les principes généraux du droit hellénique de l'assurance. En: **Revue Internationale du Droit Comparé**, Paris, Ed. Société de Législation Comparée, v. 37, núm. 1, p. 69-106, Janvier-mars 1985.

BARBATO, Nicolás Héctor. **Tratado de derecho de seguros**. Rosario: Zeus, 1975.

BARBATO, Nicolás Héctor; MEILIJ, Gustavo Raúl. **Tratado de derecho de seguros**: contrato de seguro, seguros de daños. Rosario: Zeus, 1975.

BATALLER GRAU, Juan. **Tratando sobre el contrato de seguro**. Valencia: Universidad de Valencia, 2024.

BATALLER GRAU, Juan; LATORRE CHINER, Nuria; ALAVARRÍA IGLESIA, Jesús. **Derecho de los seguros privados**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BENÍTEZ DE LUGO, Luis. **Tratado de seguros**. v. II. Madrid: Reus, 1955.

BRUCK, Ernst. **Legislazione germanica con uno studio introduttivo**: lineamenti generali della legislazione germanica sulle assicurazioni private. Roma: Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1935.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto. **El seguro privado ante nuevos horizontes**. Madrid: Magisterio Español, 1964.

CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto. **El seguro voluntario de responsabilidad civil**. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2006.

CALZADA CONDE, María de los Ángeles. **El seguro voluntario de responsabilidad civil**. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2006.

CALZADA CONDE, María de los Ángeles. El siniestro en el seguro de responsabilidad civil. En: VERDERA Y TUELLS, Evelio (Dir.). **Comentarios a la ley de contrato de seguro**: estudios empresariales y financieros. t. II. Madrid: Consejo Superior Bancario, 1982.

CARTON DE TOURNAI, René; VAN DER MERSCH, P. **Précis des assurances terrestres en droit belge**. t. II. Bruxelles: Bruylant, 1970.

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. **Derecho de seguros**. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

DALCQ, Roger. Les assurances de responsabilité: question générales. En: **Coloquio la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre**. Bruxelles; Université Catholique de Louvain / Bruylant, 1993.

DE CUPIS, Adriano. **El daño**: teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona: Bosch, 1975.

DELVAUX, Paul-Henry. Les assurances de responsabilité: question spéciales. En: **Coloquio la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre**. Bruxelles; Université Catholique de Louvain / Bruylant, 1993.

DEMOGUE, René. Dos sentencias del Tribunal de Milán, año 1934. En: **Assicurazioni - Rivista di Diritto, Economia e Finanza delle Assicurazioni Private**, Parte II, Roma, Ed. Giappichelli. 1934.

DE STROBEL, Daniele. **L'assicurazione di responsabilità civile**, Milán: Giuffrè, 1992.

DÍAZ BRAVO, Arturo. La responsabilidad civil por contaminación del entorno y su aseguramiento. En: **Estudios sobre la**

responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento.

Madrid: Mapfre, 1997.

DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. **El seguro de responsabilidad.**

Bogotá: Universidad Javeriana / Universidad del Rosario, 2012.

DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. Las cláusulas “claims made” en el derecho colombiano. En: **Liber Amicorum en Homenaje al Maestro J. Efrén Ossa**. v. II. Bogotá: Universidad Javeriana / CILA-AIDA / Temis, 2024.

DONATI, Antigono. **Trattato del diritto delle assicurazioni private**. v. III. Milán: Giuffrè, 1956.

DUBUISSON, Bernard. **Assurance de la responsabilité civile: couverture dans le temps**. Louvain La Neuve: Ed. Université Catholique de Louvain, 1997.

DURANTE, Aldo. **L'assicurazione di responsabilità civile**. Milán: Giuffrè, 1959.

FÉLIX MORANDI, Juan Carlos. El seguro de responsabilidad civil y la acción directa de la víctima. En: **Estudios de derecho de seguros**. Buenos Aires: Pannedille, 1971.

FERNANDEZ REUTER, Raúl. El siniestro en el seguro de responsabilidad profesional. En: BARBATO, Nicolás Héctor (Coord.). **Derecho de seguros**: el contrato de seguro, el siniestro, las ramas del seguro, el seguro de responsabilidad civil, el seguro de personas, los seguros sociales y riesgos laborales, el reaseguro, la empresa de seguro, seguro y mediación. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p. 175-179.

FERRARINI, Sergio. Assicurazioni marittima de responsabilità e rapporti tra assicuratore e terzo. En: **Assicurazioni - Rivista di Diritto, Economia e Finanza delle Assicurazioni Private**, Roma, Ed. Giappichelli, 1950.

FONTAINE, Marcel. **Droit des Assurances**. Bruselas: Bruyland, 1975.

GARRIGUES, Joaquin. **Contrato de seguro terrestre**. Madrid: Aguirre, 1982.

GASPERONI, Nicola. Assicurazioni di responsabilità civile. En: GASPERONI, Nicola. **Assicurazioni private**. Roma: Giuffrè, 1971.

HALPERIN, Isaac. **Seguros exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091**. v. II. Buenos Aires: Depalma, 1983.

HEMARD, Joseph. **Théorie et pratique des assurances terrestres**. t. ii, Paris: Sirey, 1925.

HINESTROSA, Fernando. El seguro de responsabilidad civil: aspectos procesales. Conferencia pronunciada dentro del Foro que, convocado por la Unión de Aseguradores Colombianos Fasecolda, se llevó a cabo en Bogotá, acerca del ‘Seguro de Responsabilidad Civil’, en abril de 1978.

IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. **Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual**. Madrid: Dykinson, 2001.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio. **Derecho de seguros**. t. IV. Bogotá: Universidad Javeriana / Temis, 2014.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio. **La configuración del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil**: testimonio de una encendida y áspera polémica en el Derecho nacional y comparado. Bogotá: Universidad Javeriana / Temis, 2011.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio. La nueva dimensión social del contrato y la protección de la persona y su dignidad en la posmodernidad: del contrato clásico al neoclásico. En: **Trilogía contractual**. Bogotá: Universidad Javeriana / Ibañez, 2023.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio. **Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado**. Bogotá: Universidad Javeriana / Temis, 2013.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio; DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles: su proyección en América Latina –radiografía de una lenta conquista–. En: JARAMILLO J., Carlos Ignacio. **Derecho de seguros**. t. IV. Bogotá: Universidad Javeriana / Temis, 2013.

KIANTOS, Bassilios D. Realizzazione estesa del rischio e contratto d'assicurazione della responsabilità nel diritto greco. En: **Assicurazioni - Rivista di Diritto, Economia e Finanza delle Assicurazioni Private**, Parte I, Roma, Ed. Giappichelli, 1985.

LAMBERT FAIVRE, Yvonne. **Droit des assurances**. 5. ed. Paris: Dalloz, 1982.

LAMBERT FAIVRE, Yvonne. **Droit des assurances**. 7. ed. Paris: Dalloz, 1990.

LEONE, Guglielmo. Il concetto di danno nel contratto d'assicurazione contro i danni. En: **Assicurazioni - Rivista di Diritto, Economia e Finanza delle Assicurazioni Private**, Parte I, Roma, Ed. Giappichelli, 1963.

LOPEZ COBO, Claudio. **Los límites temporales del seguro de responsabilidad civil general**. Madrid: Nacional de Reaseguros, 1995.

LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo. **Ley de seguros**: comentada y anotada. Buenos Aires: La Ley, 2007.

LORDI, Luigi. **Le obbligazioni commerciali**. v. II. Milán: Ed. Libreria, 1936.

MANSILLA, Félix. **Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el**

momento de producción del siniestro. En: SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (Dir.). **Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la empresa**. Madrid: Musini, 1994.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, Andre. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil**. t. III. v. II. Buenos Aires: Europa-América, 1963.

MEILIJ, Gustavo Raul. **Seguro de responsabilidad civil**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

MEZA CARBAJAL, Luis Alberto. **El siniestro en el seguro de la responsabilidad civil**. Lima: Grijley, 1995.

MONETTE, Felix; DE VILLE, Albert; ANDRE, Robert. **Traité des assurances terrestres**. t. i, Bruxelles: Bruylant, 1949.

OLIVENCIA, Manolo. Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro. En: VERDERA Y TUELLS, Evelio (Dir.). **Comentarios a la ley de contrato de seguro: estudios empresariales y financieros**. t. I. Madrid: Consejo Superior Bancario, 1982.

OSSA GÓMEZ, J. Efrén. **Tratado elemental de seguros**. Bogotá, Lerner, 1963.

PICARD, Maurice; BESSON, André. **Les assurances terrestres: le contrat d'assurance**. t. i. Paris: L.G.D.J, 1982.

REGLERO CAMPOS, Luís Fernando. El seguro de responsabilidad civil. En: REGLERO CAMPOS, Luís Fernando (Coord.). **Tratado de la responsabilidad civil**. t. I. 4. ed. Pamplona: Aranzadi-Thomson, 2008.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil**. Ciudad de México: Porrúa, 1964.

ROITMAN, Horacio. **El seguro de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Lerner, 1974.

ROTONDI, Mario. Considerazioni sui concetti di sinistro e di rischio nell'assicurazione sulla responsabilità civile. En: **Assicurazioni - Rivista di Diritto, Economia e Finanza delle Assicurazioni Private**, Parte I, Roma, Ed. Giappichelli, 1953.

SALANDRA, Vittorio. Il termine di decorrenza della prescrizione dell'azione contro l'assicuratore della responsabilità civile. En: **Assicurazioni - Rivista di Diritto, Economia e Finanza delle Assicurazioni Private**, Parte II, Roma, Ed. Giappichelli, 1938.

SALANDRA, Vittorio. Obligo d'informazione e disinteressamento dell'assicuratore. En: **Assicurazioni - Rivista di Diritto, Economia e Finanza delle Assicurazioni Private**, Parte II, Roma, Ed. Giappichelli, 1942.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. **Comentarios al código de comercio, ley de contrato de seguro**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1984.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. **Ley de contrato de seguro**. Pamplona: Aranzadi, 1999.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. **Instituciones de responsabilidad civil**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Javegraf, 1996. *Colección Profesores*.

SCOUFIS, Panayotis. Le sinistre en droit allemand en matière d'assurance de responsabilité. En: **Revue Générale des Assurances Terrestres**, París, Ed. LGDJ, 1962.

SIGNORINO BARBAT, Andrea. **Los seguros de responsabilidad civil**. Bogotá: Ibañez, 2017.

SOTGIA, Sergio. L'assicurazione della responsabilità civile nel Codice e nelle polizze. En: **Assicurazioni - Rivista di Diritto, Economia e Finanza delle Assicurazioni Private**, Parte I, Roma, Ed. Giappichelli, 1950.

SOTO, Alonso. **El seguro de la culpa**. Madrid: Montecorvo, 1977.

SPAYER, Claudio; SOTO, Héctor Miguel. El seguro como instrumento eficaz para la prevención y reparación del “daño ambiental” y de los “daños particulares” derivados del mismo. En: **Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros AIDA-CILA**, Bogotá, Ed. Pontificia Universidade Javeriana, núm. IX, 1996.

STEINFELD, Eduardo. Análisis de normas aplicables al seguro de responsabilidad civil. En: **Revista Mercado Asegurador**, Buenos Aires, Ed. Mercado Asegurador, 1996.

STEINFELD, Eduardo. Concepto del siniestro en el seguro de responsabilidad civil y las defensas oponibles por el asegurador. En: **Revista de Derecho de Seguros**, La Plata, Ed. **Librería Jurídica**, año 2, núm. 6, 1973.

STIGLITZ, Ruben. Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa: estado de situación en Argentina. En: **Revista Española de Seguros**, Madrid, Ed. Española de Seguros, núm. 89, 1997.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. **De la responsabilidad civil**. t. II. Bogotá: Temis, 1986.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad civil derivada de productos defectuosos y su aseguramiento. En: CONGRESO IBERO-LATINOAMERICANO DE DERECHO DE SEGUROS DEL CILA, V. 1997. Ponencia. Madrid, septiembre 1997.

TAPIA HERMIDA, Alberto. **Guía del contrato de seguro**. Pamplona: Thompson Reuters, 2018.

URIA, Rodrigo. **Derecho mercantil**. Madrid: Aguirre, 1975.

URIBE LOZADA, Nicolás. Análisis técnico-jurídico de la modalidad de cobertura por reclamación o “Claims Made” en los

seguros de responsabilidad civil a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. En: **Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros**, Bogotá, Ed. Universidad Javeriana / AIDA-CILA, n. 44, 2016.

VEIGA COPO, Abel. **Los principios de derecho europeo del contrato de seguro**. Bogotá: Ibáñez / Universidad Javeriana, 2011.

VEIGA COPO, Abel. **Tratado del contrato de seguro**. t. II. Pamplona: Civitas / Thomson Reuters, 2017.

VERDERA Y TUELLS, Evelio. La cláusula “claims made” ante la jurisprudencia del Tribunal Superior Español: una primera revisión. En: **Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa**. Madrid: Musini, 1994.

VILLA ZAPATA, Walter. La responsabilidad civil en el contrato de seguro. En: **Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros**, Bogotá, Ed. Universidad Javeriana / AIDA-CILA, núm. VIII, 1995.

VITERBO, Camilo. **El seguro de responsabilidad civil**. Buenos Aires: Depalma, 1944.

Recebido em: 6-9-2025

Aprovado em: 17-10-2025

A APLICAÇÃO DA FORMA SUMÁRIA A PROCESSOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: ALGUMAS REFLEXÕES JURÍDICO-CRIMINOLÓGICAS¹e²

Cristina Reis Azevedo ³

Daniela Antunes⁴

RESUMO

O fundir e harmonizar dos princípios, garantias e finalidades processuais penais constitui incumbência que, em circunstâncias factuais e determinadas, se poderá embrenhar num nó górdio. Tratando da aplicação do processo penal sumário aos crimes de violência doméstica, defrontamo-nos com um balanceamento que terá de equilibrar a necessidade de celeridade processual e de realização da justiça. Ora, neste enredo jurídico-criminológico e no sentido de contribuir para a descoberta da verdade material, deverão ter-se em consideração aspetos fácticos, legais e probatórios, sem descurar os interesses, garantias e proteção da vítima deste tipo de criminalidade,

¹ **Como citar este artigo científico.** AZEVEDO, Cristina Reis; ANTUNES, Daniele. A aplicação da forma sumária a processos de violência doméstica: algumas reflexões jurídico-criminológicas. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 131-164, set.-dez. 2025.

² A Revista Amagis Jurídica agradece à Revista *Scientia Iuridica* (Tomo LXXIV, n.º 368 maio/agosto, 2025, p. 573-600), de Portugal, pela cessão do presente artigo para publicação no Brasil.

³ Jurista, Doutoranda em Ciências Criminais (Justiça Penal). Assistente convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho. *E-mail*: cazevedo@direito.uminho.pt

⁴ Criminóloga, Doutoranda em Ciências Criminais (Criminologia). Assistente convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho. *E-mail*: danielaantunes@direito.uminho.pt

assim como aqueles atinentes ao próprio arguido, questionando-se a adequação destas salvaguardas no âmbito do processo sumário, no qual imperam a eficácia e a eficiência processuais.

Palavras-chave: Celeridade / Processo sumário / Violência doméstica / Vítima

ABSTRACT

The merging and harmonizing of criminal procedural principles, guarantees, and purposes is a task that, in factual circumstances, may become entangled in a Gordian knot. When addressing the application of summary criminal proceedings to domestic violence, we are faced with a balancing act that must equilibrate the needs for procedural speed and the achievement of justice. In this legal-criminological context, and in order to contribute to the discovery of the objective truth, factual, legal, and evidentiary aspects must be taken into consideration, without neglecting the interests, guarantees, and protection of the victim of this type of crime, as well as those pertaining to the defendant himself. Here, we question the adequacy of these safeguards within the scope of summary proceedings, where procedural effectiveness and efficiency prevail.

Keywords: Celerity / Summary procedure / Domestic violence / Victim

SUMÁRIO. 1 A clivagem entre a forma processual e a substância da criminalidade. aspetos gerais introdutórios. 2 Processo sumário: breve excuro procedural. 3 o princípio da celeridade: indagando pela eficácia processual e realização da justiça entre o tempo do processo e o tempo da vítima. 4 O tempo da urgência nos casos de violência doméstica: entre a norma e a prática. 5 A forma da urgência: interrogações em torno da aplicação do processo sumário à violência doméstica. 5.1 O pressuposto modular do flagrante delito como um obstáculo estrutural à aplicação da forma sumária. 5.2 O desafio probatório da violência doméstica na configuração do processo sumário. 5.3 A compressão dos direitos da vítima no processo sumário: entre o tempo exíguo e as garantias legais. 6 Conclusão. Referências.

1 A CLIVAGEM ENTRE A FORMA PROCESSUAL E A SUBSTÂNCIA DA CRIMINALIDADE. ASPETOS GERAIS INTRODUTÓRIOS

Nenhuma forma processual é neutra. Toda a estrutura jurídica traduz, inevitavelmente, uma redução da realidade, isto é, uma tentativa de condensar a complexidade do comportamento humano numa matriz normativa. O processo penal, em particular, constrói-se como um ritual de racionalização da transgressão: organiza o tempo, distribui os papéis e define os modos legítimos de intervenção⁵. Enuncia-se, perante a desordem do ilícito, uma gramática que pretende ordenar o caos, quando a palavra, a ação e o silêncio obedecem a um dispositivo que recorta o acontecimento e o reconfigura enquanto objeto jurídico (Garapon, 1997, p. 275). Mas, entre a ordem do rito e a desordem factual do crime, abre-se uma clivagem que importa interrogar, sobretudo quando se pondera a arquitetura da forma face à densidade do fenómeno criminal.

Enveredando por meandros processuais, tipicamente se discutem, de forma mais avultada, problemáticas no âmbito do processo comum. Todavia, se dele nos apartarmos e redirecionarmos o nosso foco no sentido dos processos especiais⁶, igualmente lautas se apresentam variadas questões, clamando especial tratamento jurídico-científico. Ora, entabulando as características e os pressupostos dos processos especiais do nosso ordenamento jurídico-penal, os quais se interligam com circunstâncias *in casu* e não com diferentes naturezas criminais⁷, opõem-se à forma de processo comum o processo

⁵ Para Fabiana Spengler, “o uso do termo rito não é um mero acaso, uma vez que se trata de uma prática que serve para governar o sentido da complexidade das coisas. O rito é a resposta para a incerteza, condimento da angústia do não previsível, é controle, é tanta coisa, mas é sobretudo prática social. Assim, o processo é construído em torno da lógica ritual, não substituível por nenhuma outra linguagem, exclusivamente em função de uma coação a decidir. Assim, não são todas as provas, mas também aquelas tecnologicamente mais relevantes poderiam ser admitidas, e nem todos os tempos seriam consentidos, senão dentro do código linguístico regulado pelo Direito”. (Spengler, 2016, p. 311)

⁶ A bifurcação plasmada no Código de Processo Penal. Veja-se, para maiores explanações acerca dos percursos processuais penais. (Pereira; Ramalho, 2015, p. 823 a 852, p. 825)

⁷ No caso do processo sumário temos a detenção em flagrante delito, *vide* Silva (2023, p. 13).

sumário [arts. 381.º e segs. do Código de Processo Penal (CPP)], o processo abreviado (arts. 391.º-A e segs. do CPP) e o processo sumaríssimo (arts. 392.º e segs. do CPP), os quais possuem relevância crescente no paradigma processual penal português (Lobo, 2020, p. 814). Estas formas processuais especiais focam-se na reação criminal à pequena e média criminalidade⁸, sendo que, no caso específico do processo sumário, cuja circunstância distintiva é a detenção em flagrante delito, este é utilizado nos casos em que o ilícito criminal tem como pena máxima abstrata cinco anos⁹. Assim, logrou-se retrucar ao avultar da criminalidade, denominada criminalidade de massa, através de instrumentos processuais mais céleres, combatendo a lentidão da justiça. (Rodrigues, 2003, p. 40 e 42)

Em termos estatísticos, no tocante à utilização do processo sumário, entre 1990 e 1999, 90% dos processos tramitavam sob a forma comum, apenas 10% em processos especiais, principalmente através do processo sumário, aumentando, em evolução percentual positiva, em 2000, para 21% dos processos nesta forma processual (Rodrigues, 2003, p. 65). Atualizando estes dados, em 2023 “foram recebidos 38.209 autos de notícia das autoridades policiais para apreciação em fase preliminar do processo sumário” e “foram deduzidas 12.860 acusações para julgamento nessa forma de processo especial”¹⁰.

⁸ “Estamos convencidos que também por esta razão, mas não só, a submissão a julgamento em processo sumário por crimes graves não é um processo equitativo e por isso viola a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Constituição e o ideal democrático.” (Silva, 2012, p. 521 a 543, p. 540)

Vide também Parecer do Conselho Superior da Magistratura acerca do Projeto de Lei 255/XV/1 (CH), de 20-9-2022, p. 3; Rodrigues (1996, p. 527); Rodrigues (2003, p. 39 a 67, p. 40); Pinto (1999, p. 467); e Gaspar (1988, p. 361 a 377, p. 362).

⁹ Em termos evolutivos, tivemos a amplificação dos pressupostos e a sua aplicação a todo o tipo de criminalidade (art. 381.º, n.º 2, do CPP), assim como, num raciocínio de continuidade com teleologia de alargamento da aplicação do processo sumário, dos prazos de audiência. Aliás, há doutrina que considera que a Lei n.º 20/2013, de 21-2, “na prática, comprometeu a filosofia das formas rápidas de processo penal” (neste sentido, Mendes, 2020, p. 100; e Gaspar, 1988, p. 365).

¹⁰ Relatório Síntese do Ministério Público de 2023, p. 179 e 184. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_mp_2023_final_05_agosto_2024.pdf>. Acesso em: 1.º jul. 2025.

Estes dados evidenciam a consolidação do processo sumário no panorama processual penal. Contudo, a dimensão quantitativa, embora relevante, não esgota, por si só, a análise. É, com efeito, na interpretação crítica da realidade subjacente que os números adquirem sentido. Assim sendo, impõe-se refletir sobre a adequação do modelo sumário – solução temporalmente concentrada e orientada para a celeridade – a formas de criminalidade que podemos designar como de substrato denso: fenómenos criminais que não se expressam na excecionalidade, mas na repetição, que não irrompem no instante, mas se inscrevem em comportamentos que se estendem no tempo¹¹. O processo sumário parece efetivamente ajustado a uma criminalidade imediata e visível¹². Mas que lugar ocupa quando o crime se inscreve, por exemplo, na intimidade, no vínculo afetivo e no silêncio do espaço doméstico?

É, pois, nesta tensão entre forma e substância que a violência doméstica constitui um exemplo paradigmático¹³. Do ponto de vista normativo, não existe qualquer vedação legal à aplicação do processo sumário a este tipo de crime, desde que se verifiquem os pressupostos inscritos no art. 381.º do CPP. Em abstrato, trata-se de uma via formalmente admissível. Contudo, a prática judiciária revela outra realidade: a sua aplicação é residual, quase anómala (Santos, 2022, p. 187-188). Ora, esta subtilização impõe-se precisamente como objeto de interrogação crítica. Terá que ver com a dificuldade em concentrar, em prazo exíguo, prova suficiente para instruir um

¹¹ Sendo este um recurso muitas vezes associado, a título de exemplo, a crimes rodoviários, tal como exemplificadamente ostentado nos Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 10-7-2014, proc. n.º 209/13.7GAFIG.C1, e do Tribunal da Relação de Évora de 8-5-2018, proc. n.º 86/17.9GBODM.E1. Os acórdãos citados no texto, salvo outra indicação, estão disponíveis em www.dgsi.pt.

¹² A justificação teleológica da forma processual sumária reside, como salientado por alguma jurisprudência, na sua vocação para lidar com realidades criminais de reduzida complexidade fáctico-jurídica, tanto do ponto de vista substantivo como procedimental. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16-11-2010, proc. n.º 786/10.4GCALM.L1-5.

¹³ A violência doméstica, pela sua intrínseca densidade relacional, emocional e temporal, desafia os quadros jurídico-processuais orientados para a linearidade factual. A distância entre a complexidade ontológica do fenómeno e a simplicidade estrutural de certas vias processuais — como o processo sumário — impõe uma reflexão crítica sobre a (in)adequação da resposta penal e sobre a sua eficácia material.

juízo? Ou, porventura, com uma inadequação face à lógica do flagrante delito, cujo véu da intimidade e/ou da proximidade afetiva frequentemente obstam à captação imediata do ilícito? Mais se pergunta: será que o processo sumário não se coaduna com a complexidade normalmente inerente a processos de violência doméstica? Ou este desuso será apenas um reflexo de inércia institucional, reforçada por rotinas judiciais cristalizadas, ou por uma cultura de prudência judicial que privilegia a forma comum como espaço de maior salvaguarda?

2 PROCESSO SUMÁRIO: BREVE EXCURSO PROCEDIMENTAL

Escusando-nos a um excerto descritivo exaustivo, encontram-se nos arts. 381.º e segs. do CPP os trâmites específicos desta forma processual especial, começando, por motivos sistemáticos, pelos pressupostos a preencher para o seu emprego (art. 381.º). Assim sendo, eles constituem a detenção em flagrante delito¹⁴, dando-se a sua verificação nos casos em que quando à detenção tiver procedido qualquer autoridade judiciária ou entidade policial [alínea *a*)], ou “por outra pessoa e, num prazo que não exceda duas horas, o detido tenha sido entregue a uma autoridade judiciária ou entidade policial, tendo esta redigido auto sumário da entrega” [alínea *b*)]. Ademais, cumula-se como critério o facto de constituírem crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a cinco anos, incluindo-se os casos de concurso de infrações¹⁵, assim como “quando o Ministério Público, na acusação, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos” (n.º 2), atribuindo-se competência ao tribunal singular¹⁶. Neste último caso, se simplifica-

¹⁴ A detenção em flagrante delito remete-se para os arts. 255.º e 256.º do CPP.

¹⁵ Apenas quando a pena unitária abstrata máxima do concurso (art. 77.º, n.º 2, do Código Penal) não exceder os cinco anos de prisão, nos termos dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 847/2013 e n.º 174/2014, in: <www.tribunalconstitucional.pt>; Silva (2023, p. p. 393 a 395); Silva (2012, p. 538).

¹⁶ Para maiores indagações acerca da atribuição da competência entre o tribunal singular o tribunal coletivo no âmbito dos processos sumários, principalmente após a

mente considerarmos o art. 152.º do Código Penal, pelo menos nos seus primeiros dois números, a moldura penal abstrata atribuída ao crime de violência doméstica não ultrapassa, em termos máximos, o prazo máximo atribuído a esta tipologia processual.

Expostos os pressupostos da aplicação desta forma processual, defende uma parcela doutrinal que, se estiverem preenchidos os pressupostos da viabilidade e adequação, “o julgamento realizado na forma sumária é imperativo, por decorrer de uma imposição de política criminal (v. lei da organização de investigação criminal) que o MP e o Tribunal têm de respeitar” (Lobo, 2020, p. 816). Em decorrência da falta de verificação dos pressupostos *supra*, será aplicada subsidiariamente a forma de processo comum sob pena de nulidade insanável (Pereira; Ramalho, 2015, p. 825; Pinheiro; Matta, 1995, p. 159-166, p. 161; Nunes, 2023, p. 699)¹⁷, nos termos do art. 119.º, alínea f), do CPP. Por outro lado, preenchidos estes pressupostos, a utilização do processo sumário é considerada imperativa pela doutrina, através da promoção pelo Ministério Público, sem possibilidade de atuação discricionária (Silva, 2023, p. 396; Pereira; Ramalho, 2015, p. 825 e 829; Nunes, 2023, p. 702), salvo as exceções adiante explanadas.

Em termos procedimentais, condensados, em termos gerais, pelo objetivo da celeridade (Pereira; Ramalho, 2015, p. 824), o referido objetivo terá como características gerais a simplicidade¹⁸ e a exclusão de procedimentos irrelevantes e dilatórios. Nesta senda, nos termos do art. 382.º do CPP, deverá existir apresentação do detido ao Ministério Público em 48 horas, assegurando-se a nomeação de defensor (n.º 1), e sendo o prazo máximo para apresentação em

revisão de 2013 na matéria, veja-se, em especial, Cunha (2013, p. 237 a 276, p. 247); mas também Rodrigues (2003, p. 59); Silva (2023, p. 394); Sardo (2024, p. 4).

¹⁷ Em termos jurisprudenciais, vejam-se os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 17-11-2010, proc. n.º 546/10.2PAPVZ.P1, e do Tribunal da Relação de Guimarães de 22-11-2010, proc. n.º 114/09.GFPRT.G1.

¹⁸ Encurtando-se as fases (Rodrigues, 2003, p. 40; Dias, 1990, p. 1), o foco encontrar-se-á no julgamento, eliminando-se totalmente a instrução e menosprezando-se o inquérito (ocorrendo na sua vertente material, não formal); Mendes (2020, p. 101); Gaspar (1988, p. 365 e 371).

juízo de julgamento de entre 48 horas ao máximo de 20 dias¹⁹ [n.º 5, e art. 387.º, n.ºs 2, alínea c), e 7], realizado mesmo que o arguido não compareça²⁰ (n.º 6), salvaguardando-se, de igual modo, que também aqui poderão ser aplicadas medidas de coação (n.º 3). Este adiamento da audiência de julgamento poderá ocorrer, a título de exemplo, caso o Ministério Público julgue necessária a realização de diligências essenciais à descoberta da verdade, o que, no caso que nos concerne, poderá consubstanciar-se, dentre várias vertentes possíveis, numa análise da potencial reiteração e extensão da factualidade interligada com a violência doméstica, no impacto no ambiente familiar, na análise de possível concurso com outras infrações, extensão das consequências/lesões sofridas pela vítima (Nunes, 2023, p. 705), etc. Quanto à prova testemunhal, são notificadas as testemunhas presentes no momento da detenção, até o máximo de sete, verbalmente pela autoridade judiciária ou policial (art. 383.º), quantidade que se poderá revelar insuficiente para o apuramento do contexto factual relevante para a descoberta da verdade material no quadro da violência que se nos apresenta e que adiante esmiuçaremos com maior afincio e propriedade.

Percorrendo ainda a senda procedimental, é possível a aplicação dos institutos do arquivamento em caso de dispensa da pena e suspensão provisória do processo²¹ (arts. 280.º e 281.º *ex vi* art. 284.º do CPP). Ademais, dada a detenção do arguido em flagrante delito, o referido arguido, caso a apresentação ao juiz não tiver lugar em ato seguido à sua detenção, poderá ser libertado e sujeito a

¹⁹ Prazo máximo esse que tem sido amplamente alterado com sucessivas alterações legislativas, chegando inclusivamente a equacionar-se o prazo máximo de 60 dias no Projeto da Comissão da Lei n.º 59/98, considerado claramente excessivo por Pinto (1999, p. 468).

²⁰ Exigindo-se, no entanto, a notificação apropriada do arguido tal como profere o já citado Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10-7-2014, proc. n.º 209/13.7GAFIG.C1.

²¹ Em 2023, das 12 860 acusações para julgamento em processo sumário “foi aplicado o instituto da suspensão provisória em 16.736 casos” e “foram objeto de arquivamento 7.662 autos de notícia”. Dados provenientes do Relatório Síntese do Ministério Público de 2023, p. 178) (Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_mp_2023_final_05_agosto_2024.pdf>. Acesso em: 1.º jul. 2025).

termo de identidade e residência, salvo as exceções do n.º 1 do art. 385.º (Pereira; Ramalho, 2015, p. 828). Ora, dentre essas exceções, encontram-se os casos em que tal se mostra imprescindível para a proteção da vítima – alínea amplamente aplicável nos casos de violência doméstica –, existindo perigo de represálias com possível escalonar rápido da violência quando o agressor se apercebe de que foi aberto inquérito criminal (Manita, 2009, p. 34), podendo, inclusivamente, existir risco de vida para a vítima e sua família.

Finalmente, caminhando ainda na senda da austeridade procedimental²², desde os curtos prazos para a realização do julgamento (art. 387.^{o23}), a simplicidade da sentença em comparação com o processo comum (arts. 389.º-A e 374.º)²⁴, a admissão de recurso apenas de sentença ou despacho que puser termo ao processo (art. 391.º), à subsidiariedade dos princípios do processo comum (art. 386.º), passando pela admissibilidade de constituição de assistente²⁵ ou intervenção como parte civil (art. 388.º) (Pinto, 1999, p. 495), cada norma se encontra enlaçada pela necessária praticidade tramitacional (art. 389.º, todos do CPP).

Uma última menção, relevante no estudo que se dá à estampa, é devida a possibilidade de reenvio para outras formas processuais, nos termos do art. 390.º do CPP, nomeadamente para o processo comum (Pinto, 1999, p. 480; Silva, 204, p. 400), quando não tenham podido realizar-se, no prazo máximo previsto no art. 387.º, as diligências de prova necessárias à descoberta da verdade [alínea b)]; ou quando o procedimento se revelar de excecional complexidade [alínea c)], hipóteses frequentemente verificadas nos casos relativos a violência doméstica, situação em o circunstancialismo intrincado e abstruso

²² Desviando-se de uma “forma de processo mais morosa e ritualística”, nas palavras de Pereira; Ramalho (2015, p. 824).

²³ Nos termos do n.º 2 do art. 387.º do CPP, a audiência de julgamento pode ter lugar até ao 5.º dia posterior à detenção [alínea a)]; até ao 15.º dia posterior à detenção [alínea b)]; e até ao 20.º dia posterior à detenção [alínea c) e n.º 7].

²⁴ Em regra, proferida oralmente salvo se for aplicada pena privativa da liberdade, ou excecionalmente, se as circunstâncias do caso o tornarem necessário. (Pinto, 1999, p. 485; Silva, 2023, p. 401)

²⁵ Quando verbalmente o solicitar em audiência de julgamento. (Correia, 2014, p. 217 a 253; p. 244 a 245; Silva, 2023, p. 398)

dos casos, o número avultado de testemunhas, a sua classificação como especialmente vulneráveis, a eventual necessidade de uma investigação mais incisiva, nomeadamente pela possibilidade de existirem vários crimes a concurso, e a frequente prática reiterada de comportamentos violentos poderão implicar que a elevada complexidade e necessidade de descoberta da verdade material impliquem reenvio para a forma de processo comum (Rodrigues, 2003, p. 59). No fundo, “pode supor-se a complexidade quando a causa apresente dificuldades no plano do facto e no plano do direito e não possa ser facilmente esclarecida”, assim como “apesar de uma linearidade imediata dos factos, quando se interponham outros elementos (intencionalidade, motivos) que justifiquem indagação, v. g., na ocorrência de demonstrações e manifestações” (Gaspar, 1988, p. 371), garantindo-se “uma decisão ponderada e segura com base nos (nesses) dados que possam ser apresentados em Tribunal.”. (Gaspar, 1988, p. 369)

Especificamente no que concerne a este reenvio, pronunciou-se já o Tribunal Constitucional, plasmando que,

não existindo, ainda, qualquer sentença (condenatória ou absolutória) a pronunciar-se sobre os factos que são imputados ao arguido, não pode ver-se na simples ordem de remessa dos autos para serem tramitados sob a forma de processo comum – por a prova produzida em audiência revelar a necessidade, para a descoberta da verdade, da realização de diligências probatórias adicionais insuscetíveis de serem levadas a cabo dentro do prazo máximo previsto para o processo sumário – uma situação de duplo julgamento, no sentido proibido pelo artigo 29.º, n.º 5, da Constituição²⁶.

²⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 452/2002. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

3 O PRINCÍPIO DA CELERIDADE: INDAGANDO PELA EFICÁCIA PROCESSUAL E REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA ENTRE O TEMPO DO PROCESSO E O TEMPO DA VÍTIMA

Por entre os proveitos e conveniências elencados na utilização dos processos especiais²⁷, parece-nos óbvio que aquela que mais fluorescentemente se destaca é a celeridade processual (Monte; Loureiro, 2014, p. 435; Cunha, 2013, p. 260; Mendes, 2020, p. 102; Lobo, 2020, p. 814), teleologicamente povoando cada processo especial (Gaspar, 1988, p. 364), com respaldos diferenciados. Contudo, não apenas nos processos especiais é relevante este princípio, mas em todo o tipo de processos e procedimentos em qualquer ordenamento jurídico, materialização do direito dos cidadãos a uma justiça célere, plasmado em documentos internacionais, tais como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (arts. 5.º, n.º 3, e 6.º, n.º 1) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (arts. 9.º, n.º 3, e 14.º, n.º 3). (Rodrigues, 2003, p. 41)

Ora, podemos desdobrar esta celeridade em dois prismas. Por um lado, promove um processo célere nos casos em que o processo sumário será aplicável, excluindo-se determinadas diligências²⁸ pelo peso da segurança que exerce o flagrante delito, materializando-se também numa poupança de recursos humanos, materiais e económicos (Lobo, 2020, p. 814). Por outro lado, a celeridade estende-se aos processos a tramitar em processo comum, fruto do seu descongestionamento, pelo escoamento via processos especiais, “aliviando a justiça” (Sardo, 2024, p. 45; Gaspar, 1988, p. 362) e permitindo uma resposta adequada à criminalidade grave. (Nunes, 2023, p. 700)

Se dissecarmos de forma ainda mais minudente as vantagens de uma justiça penal célere, variados princípios processuais penais se enlaçam, nomeadamente o princípio da imediação, já que “em função da imediação dos factos e das provas, aproximando a reação

²⁷ Comuns aos instrumentos de consenso em processo penal.

²⁸ Diga-se, “muitas delas meras pró-formas”. (Lobo, 2020, p. 814)

penal do tempo do facto” nos aproximamos da realização da justiça (Lobo, 2020, p. 814), a qual sairá beneficiada, de igual modo, também no princípio da economia processual, amplamente conveniente neste âmbito processual em que se aplica o mínimo indispensável à boa decisão da causa.

Mais uma vez sendo comum a íntima interdependência principiológica em sede processual, derivadas de um processo coeso e de direito constitucional aplicado, é também relevante aqui o princípio da presunção de inocência, relação simbiótica destacada e provada pela inclusão deste e das exigências de celeridade na mesma disposição constitucional – o art. 32.º, n.º 2. Deste modo, acompanhamos o pensamento de Rui Soares Pereira e Silva Ramalho ao mencionarem que “a demora do processo penal, não só prejudica a imagem e a realização da justiça”, mas tem ainda a potencialidade de “esvaziar de sentido e retirar conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência” (Canotilho; Moreira, 2007, p. 519; Sardo, 2024, p. 6) por permitir o prolongamento – e possivelmente a consolidação – da suspeição acerca da conduta ilícita (Rodrigues, 2003, p. 40), bem como a “perpetuação das medidas de coação aplicadas ao arguido” (Pereira; Ramalho, 2005, p. 823), prevenindo-se a sua estigmatização (Gaspar, 1988, p. 364).

É ainda relevante mencionar o papel que a perceção de uma justiça célere implica na confiança da população no seu funcionamento eficiente e eficaz (Lobo, 2020, p. 814), traduzindo-se numa legitimação do processo penal pela comunidade²⁹. Deste modo, o processo sumário dará “solução de pacificação social e de resposta às expectativas comunitárias, enquanto se cumpre o imperativo constitucional de respeito pelas garantias do arguido” (Gaspar, 1988, p. 361), escudando o sentimento de justiça comunitário, assegurando a eficácia do sistema e realizando as finalidades preventivas das penas (Nunes, 2023, p. 700; Gaspar, 1988, p. 363). Em suma, à “lógica de produtividade” adiciona-se esta “lógica da justiça”, encon-

²⁹ Uma demanda que parece fracassada na hodiernidade e que beneficiaria de uma batalha vitoriosa para recuperar o fôlego.

trando-se “umbilicalmente ligada à obtenção do efeito de prevenção geral positiva ou de integração com a aplicação de sanções penais” (Rodrigues, 2003, p. 40; Dias, 1990, p. 1). Neste excurso, dever-se-á conjugar, em justa medida e de forma comprometida, a eficácia das finalidades do processo, a sua legitimação, a administração conforme das provas, a realização da paz social (Gaspar, 1988, p. 361) e o respeito pelos direitos de defesa dos arguidos (Dias, 1990, p. 363; no mesmo sentido, veja-se Silva, 2012, p. 538; e Pinto, 1999, p. 471), sem sacrificar a verdade material e a justiça do caso concreto.

Repescando novamente e constantemente os termos atinentes à violência doméstica, a celeridade processual não se limita a ser um desiderato de eficiência, antes emerge como uma condição estruturante da própria ideia de justiça material, sublinhando a doutrina a sua adequação “à urgência dos crimes de violência doméstica, sendo suscetíveis de assegurar um efeito dissuasor em termos de prevenção geral e especial” (Santos, 2022, p. 186; e Relatório Final nos termos do n.º 3 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 52/2019, de 6-3). Aqui, o tempo não é um elemento neutro, não é um espaço vazio entre o cometimento do facto ilícito e a decisão judicial, mas uma dimensão que abre espaço à reconfiguração do conflito. Não obstante a possibilidade de aplicação de medidas de coação ao arguido e de medidas de proteção à vítima³⁰, o decurso temporal parece vulnerável a novas agressões ou tentativas (Duarte, 2023, p. 163). É precisamente a partir do momento em que a vítima rompe o silêncio, denunciando os factos vivenciados e colaborando com a justiça no apuramento da verdade, que o ciclo de violência tende a intensificar-se, encerrando-se sobre si mesmo com redobrada virulência. Neste entretempo – que medeia a denúncia do crime e a efetiva resposta judicial – concentra-se, por mais paradoxal que pareça, o maior risco para a vida da vítima. (Duarte, 2023, p. 163)

³⁰ Cf. a Lei n.º 112/2009, de 16-9, que institui um conjunto de mecanismos especialmente concebidos para atender à urgência que o crime de violência doméstica impõe.

Para além disso, o próprio tempo do processo pode ser desvirtuado na sua função garantística e convertido em arena de manipulação, sendo que o agressor, sob o manto da legalidade, instrumentaliza certos mecanismos judiciais, utilizando-os como uma extensão do controlo e da violência exercidos sobre a vítima³¹. Por exemplo, por meio do levantamento de questões atinentes às responsabilidades parentais ou por via de litigância em sede de processos de divórcio, o infrator logra submeter a vítima a um circuito de desgaste emocional, psicológico e financeiro. (Gezinski; Gonzalez-Pons, 2021, p. 461)

Ora, este prolongamento do conflito instala um terreno fértil para a revitimação. A dilação processual, longe de representar um mero compasso de espera, impõe à vítima a permanência num tempo que não passa. Esta experiência de indefinição compromete, pois, a capacidade de se reorganizar pessoal, afetiva e profissionalmente, favorecendo o surgimento de sintomatologia ansiosa, depressiva, distúrbios de sono e, em casos mais graves, ideação suicida³². Este tempo processual, que não repara nem liberta, não é o tempo da vítima – é um tempo que vitima.

A sua dissonância face ao tempo vivido pela pessoa sobrevivente traduz-se numa fratura que atravessa a própria ideia de justiça. Com frequência, este tempo não coincide com o desfecho do processo, podendo cessar muito antes da prolação da sentença (*vide*, por exemplo, quando são reguladas as responsabilidades parentais ou se reconhece que o objetivo não é obter uma condenação, mas restaurar um sentido mínimo de segurança, dignidade e autonomia) (Duarte, 2023, p. 165). Entre o tempo do processo e o tempo da vítima abre-se, com efeito, uma distância que ultrapassa a dimensão cronológica, no sentido de dizer que o processo segue o seu curso normal, mas a vítima já desistiu de esperar.

³¹ Por meio de uma entrevista, uma sobrevivente relatou que foi obrigada a comparecer a tribunal mais de 30 vezes, sem que nenhuma das diligências tenha sido por si iniciada. (Douglas, 2018, p. 347)

³² A morosidade tem um efeito particular em pessoas que sofrem de deficiências físicas, sensoriais e de aprendizagem ou de problemas de saúde mental pré-existent. (Burman; Brooks-Hay, 2020, p. 3-4)

Esta clivagem produz efeitos concretos sobre o desenrolar do processo, afetando decisivamente a produção de prova e, por conseguinte, a substância da resposta judicial. Quando, decorrido um período alargado entre a fase de inquérito e a audiência de julgamento, a experiência de violência já se inscreve noutra fase do ciclo – com frequência na designada fase de “lua-de-mel” – ou quando existe um desejo de construção de um novo projeto de vida por parte da vítima, pode assistir-se a um retraimento que afeta naturalmente o destino do processo. Assim, o silêncio da vítima, do arguido e, porventura, das testemunhas converge no esvaziamento probatório, desembocando, não raras vezes, em absolvições. (Duarte, 2023, p. 171)

4 O TEMPO DA URGÊNCIA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: ENTRE A NORMA E A PRÁTICA

O tempo do processo e o tempo da vítima revelam uma das tensões mais agudas que atravessam o sistema de justiça. É deste desencontro que o ideal de urgência emerge como imperativo. O seu reconhecimento normativo encontra expressão no art. 28.º da Lei n.º 112/2009, de 16-9, que confere natureza urgente aos processos de violência doméstica, ainda que não haja arguidos presos. Tal qualificação acarreta efeitos processuais significativos, designadamente a aplicação do regime previsto no art. 103.º, n.º 2, do CPP, o qual permite a realização de atos processuais fora do horário de expediente dos serviços de justiça e durante o período de férias judiciais. Trata-se, assim, de converter o tempo judicial num tempo intencionalmente orientado, capaz de refletir a urgência de proteção, a centralidade da vítima no processo penal e a gravidade do fenómeno da violência doméstica.

Contudo, a natureza urgente dos processos de violência doméstica parece, por vezes, esbarrar com uma leitura predominantemente funcional e pragmática do sistema. Conforme evidenciado num estudo avaliativo das decisões judiciais de violência doméstica, alguns magistrados manifestam reservas quanto à eficácia da generalização da urgência, sustentando que

a sua atribuição a todos os processos esvazia a própria noção de prioridade, dificultando a identificação daqueles que carecem de uma resposta verdadeiramente célere (Duarte, 2023, p. 164). Nesta perspectiva, o carácter urgente deixa de operar como um critério de diferenciação substancial e transforma-se numa regra geral, incapaz de garantir, por si só, a antecipação efetiva da tutela. Coloca-se, assim, uma tensão entre a urgência como princípio de justiça material e a urgência enquanto categoria funcional.

Descortinando-se, no mesmo estudo, dados empíricos que atestam uma temporalidade processual distante do ideal de celeridade, torna-se patente o descompasso entre o plano normativo e a realidade judiciária. Vejamos, neste sentido, que 37,78% das sentenças foram proferidas entre um e dois anos após a denúncia dos últimos factos, seguindo-se 30% no intervalo de seis meses a um ano, 26,7% com duração superior a dois anos, e apenas 5,56% no espaço temporal entre três e seis meses (Gomes et al, 2016, p. 118). Estes dados encontram, ainda, paralelo na prevalência do processo comum como via predominante para a resolução do crime de violência doméstica, traduzindo, regra geral, um percurso processual mais longo e, por vezes, desfasado da urgência que a natureza do crime exige³³. Pelo menos, mais longo do que aquele que seria imposto pelas formas especiais de processo, desenhadas justamente para garantir maior celeridade.

5 A FORMA DA URGÊNCIA: INTERROGAÇÕES EM TORNO DA APLICAÇÃO DO PROCESSO SUMÁRIO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Diante de um desfasamento entre a norma e a prática, afigura-se pertinente questionar se a consagração legal da natureza ur-

³³ Segundo os dados recolhidos no estudo avaliativo das decisões judiciais de violência doméstica, 84,29% dos processos assumiram a forma de processo comum singular e 11,43% tramitaram sob a forma de processo comum coletivo. Apenas 2,86% dos processos assumiram a forma especial sumaríssima e 1,43% não foi especificado. Não verificámos qualquer referência à aplicação do processo sumário neste universo de decisões analisadas. (Gomes et al, 2016, p. 181)

gente dos processos por violência doméstica não deveria implicar, também, uma maior propensão para o recurso a formas processuais especialmente orientadas para a realização do ideal de celeridade. Se o processo se reveste de urgência, então parece justificar-se, por coerência normativa e funcional, um maior investimento nos mecanismos que, processualmente, melhor corporizam esse imperativo.

O processo sumário consubstancia, como bem sabemos, uma solução orientada para a celeridade, desenhada com o escopo de estreitar, tanto quanto possível, a distância entre o facto delituoso e a correspondente resposta judicial. Não se tratando de um mecanismo excluído da aplicação a casos de violência doméstica, este processo especial emerge como uma via potencialmente equacionável, cujas mais-valias parecem inegáveis, como vimos *supra*, sobretudo do ponto de vista da celeridade e da eficiência processuais. (Santos, 2022, p. 185)

Tratar-se-ia, pois, de um modelo de virtudes quase autoevidentes. Mas, se tudo parece, à primeira vista, jogar a favor da celeridade, da eficácia e da proteção imediata, impõe-se a pergunta inevitável: o que contrabalança? O que se oculta, porventura, sob a promessa redentora da celeridade? Que riscos se insinuam quando a rapidez substitui a prudência e a simplificação ameaça descurar a complexidade do fenómeno, tantas vezes imbricada em tramas que resistem a uma apreensão sumária? Será a resposta célere, para estes casos, sinónimo de resposta adequada? Tais questionamentos impelem-nos a analisar com acuidade os limites estruturais e as tensões latentes que emergem da convocação da forma sumária em matéria de violência doméstica. É precisamente “o outro lado do tempo”, onde a urgência se confronta com a densidade e a complexidade da fenomenologia, que importa agora descortinar.

5.1 O PRESSUPOSTO MEDULAR DO FLAGRANTE DELITO COMO UM OBSTÁCULO ESTRUTURAL À APLICAÇÃO DA FORMA SUMÁRIA

Nesta senda, tendo em conta que um dos pressupostos estruturais da aplicação desta forma de processo consiste na detenção

em flagrante delito, importa clarificar que o fenómeno detentivo constitui “um ato de imposição a alguém suspeito da prática de um crime, de um estado de privação provisória da liberdade, por um período curto, com o fim de o submeter a decisão de uma autoridade judiciária”³⁴. No caso específico da detenção em flagrante delito, dita o n.º 1 do art. 255.º do CPP que

em caso de flagrante delito, por crime punível com pena de prisão:
a) Qualquer autoridade judiciária ou entidade policial procede à detenção; b) Qualquer pessoa pode proceder à detenção, se uma das entidades referidas na alínea anterior não estiver presente nem puder ser chamada em tempo útil (Lobo, 2020, p. 511).

Exclui-se, deste modo, a aplicação deste instituto aos crimes de natureza particular, ressaltando-se a identificação do infrator (n.º 4) (Pinto, 1999, p. 469; Pereira; Ramalho, 2015, p. 824; Código, 2009, p. 968; Gaspar, 1988, p. 367), obstáculo facilmente ultrapassado pelo crime de violência doméstica, devido à sua natureza de crime público, grupo privilegiado para a utilização deste instrumento processual penal³⁵.

Ora, chamando à colação informação estatística que nos permita vislumbrar a hodierna conjunção paradigmática, recorrendo ao Relatório Anual de Segurança Interna (RASI) de 2024, foram detidos 2402 suspeitos de violência doméstica, de entre os quais 41,6% em flagrante delito, valores significativos e que acendem indagações relativas ao recurso minguado ao processo sumário (Santos, 2022, p. 185). De todo o modo, é notável a significância e monta do flagrante delito (Pinto, 1999, p. 467) e da precária detenção (Nunes, 2023, p. 7) no seu seio, principalmente no âmbito do processo sumário, com a “constatação imediata dos factos, isto é, de uma situação em que o problema da prova se encontra, em

³⁴ Não se confundindo com a prisão preventiva. (Lobo, 2020, p. 508)

³⁵ Alerta-se, ademais, para a necessária licitude desta detenção para que seja aplicável o processo sumário. (Nunes, 2023, p. 699)

princípio, suficientemente resolvido” (Gaspar, 1988, p. 364), justifica a dispensa de uma investigação preliminar (Rodrigues, 2003, p. 58; Dias, 1990, p. 1), existindo “elevada probabilidade de condenação.” (Nunes, 2023, p. 700)³⁶

Adentrando mais incisivamente neste instituto, a remissão integral para os arts. 255.º e 256.º do CPP, por parte do art. 381.º (Gonçalves, 2007, p. 563), não particulariza as tipologias de flagrante delito existentes no texto da segunda disposição, ou seja, o flagrante delito em sentido próprio, ocorrido no momento presente, previsto na primeira parte do art. 256.º (“todo o crime que se está cometendo”), o quase flagrante delito, com uma “ligação fáctica e temporal com a comissão do ilícito” e previsto na segunda parte da mesma disposição (“ou se acabou de cometer”), assim como no n.º 2 se encontra a presunção de flagrante delito (“caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar”) (Gonçalves, 2007, p. 565), o qual pressupõe um juízo de valor, logicamente estruturado e processualmente orientado, sobre certos elementos que indiciam o envolvimento na prática do facto, prestando-se às maiores dificuldades na respectiva concretização prática³⁷. Deste modo, envolve uma ideia de atualidade, imediatismo (Gaspar, 1988, p. 366), assim como presencialidade³⁸.

Assim sendo, é exatamente o flagrante delito que atua como albergue da segurança na descoberta da verdade material, justificando a minguia tramitacional do processo e a brevidade dos prazos³⁹. Por outro lado, releva, de igual maneira, na eficácia da ação penal,

³⁶ Quanto aos julgamentos realizados em processo sumário, “foi proferida decisão de condenação em 12.139 (97,3%) e decisão de absolvição em 339 (2,7%)”, vide <<https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2023/9/5/ministerio-publico-e-a-criminalidade-em-2022/>>. Último acesso em: 3 jul. 2025.

³⁷ Devendo sempre ser “evidente quem é o autor do crime”. (Lobo, 2020, p. 512)

³⁸ Tal sendo o caso, a título de exemplo, “em que o agente perseguido após o crime é encontrado, por exemplo, com manchas de sangue da vítima de agressão”, o que facilmente poderá ocorrer nos casos que se encontram dentro do espectro da violência doméstica. (Lobo, 2020, p. 511 e 513)

³⁹ Parecer do Conselho Superior da Magistratura acerca do Projeto de Lei 255/XV/1 (CH) de 20-9-2022, p. 3; Pereira; Ramalho (2015, p. 826).

próxima da prática do facto, o qual clama resposta pelo sistema, sendo tão mais legitimada essa resposta quanto mais achegada ao momento da prática. (Pereira; Ramalho, 2015, p. 827)

Se, por um lado, a exigência legal do flagrante delito constitui o verdadeiro núcleo de justificação da forma sumária, por outro lado, funciona como um dos seus principais constrangimentos operativos. Embora o art. 381.º do CPP o consagre como pressuposto formal, a *praxis* judiciária evidencia que a utilização desta forma processual permanece, na maioria das vezes, circunscrita a ilícitos de menor complexidade fáctico-probatória, como a desobediência, as injúrias a agentes de autoridade ou a condução sob efeito de álcool. Nestes contextos, a detenção em flagrante delito surge como corolário quase natural da atuação das forças de segurança no exercício das suas funções. (Mesquita, 1996, p. 106)

No domínio da violência doméstica, é certo que o art. 30.º, n.º 1, da Lei n.º 112/2009 admite que, em caso de flagrante delito por crime de violência doméstica, a detenção possa manter-se até à apresentação do arguido em audiência de julgamento sob a forma sumária – um dos destinos (a par da tramitação por processo comum) que a detenção em flagrante delito objetiva. Contudo, a efetivação desta possibilidade permanece dependente de um conjunto de condições probatórias e circunstanciais que, atendendo à natureza do fenómeno, dificilmente se verificam de forma cumulativa e tempestiva.

Em primeiro lugar, tratando-se de factos que, não raras vezes, ocorrem no interior do domicílio, é menos frequente a verificação de situações de efetivo flagrante delito (República Portuguesa, 2020, p. 10; Carmo, 2025, p. 281). A maioria dos episódios de agressão consuma-se longe do olhar público, o que reduz a probabilidade de uma intervenção policial coincidente com o momento da prática do ato violento (Santos, 2022, p. 177). Em segundo lugar, embora alguns casos possam enquadrar-se nas modalidades de quase flagrante delito ou presunção de flagrante delito, tal configuração depende de uma

correlação factual clara entre o estado das coisas e a prática criminosa. É neste plano que se observa, com frequência, uma certa hesitação das forças de segurança em proceder à detenção, sobretudo quando não se encontra inequivocamente garantida a autoria da agressão ou quando subsiste uma dúvida quanto à origem das lesões apresentadas (por vezes, interpretadas como potencialmente autoinfligidas)⁴⁰. Por outro lado, esta hesitação pode estar relacionada ao receio de que, face ao silêncio da vítima ou à ausência de testemunhas, a detenção possa ser qualificada como ilegal, conduzindo à interposição de *habeas corpus* e à eventual responsabilização disciplinar do agente. (Santos, 2022, p. 181)

Por outro lado, ainda que se verifique uma situação de flagrante delito, a submissão do processo à forma sumária permanece sujeita à apreciação da Autoridade Judiciária (Carmo, 2025, p. 283). Esta margem de valoração introduz a possibilidade de ponderação de variáveis que extravasam a mera verificação dos pressupostos legais. É perfeitamente admissível que, ainda que estejam formalmente preenchidos os requisitos legais do art. 381.º do CPP, o Ministério Público opte pela utilização da forma comum de processo (Santos, 2022, p. 186). Neste ponto, a questão já não radica no plano estrutural da norma, mas antes na densidade material da realidade que a norma visa regular. Trata-se, aqui, de uma valoração substantiva, centrada nas especificidades do caso concreto e na complexidade da factualidade, a qual poderá justificar uma estratégia processual mais prudente tendo em vista a realização da ação penal.

Outrossim, não olvidemos o princípio da libertação do arguido, plasmado no art. 385.º do CPP (Lobo, 2020, p. 826-827), não configurando, por si só, a detenção em flagrante delito como reduto acolhedor da proteção da vítima, antes fugaz trincheira, mormente se tivermos em linha de conta que esta libertação ocorre na maioria dos casos (Mendes, 2020, p. 100). Não obstante, é concedida guarita

⁴⁰ Chama-se, neste contexto, a atenção para o contraste entre a prontidão com que os agentes procedem à detenção em caso de crimes patrimoniais, como o furto de um telemóvel, e a relutância sentida perante situações de violência doméstica. (Santos, 2022, p. 181)

legal a esta preocupação na alínea c) do n.º 1 da referida disposição normativa, excepcionando-se esta libertação nas ocorrências em que tal se mostre “imprescindível” para a proteção da vítima, existindo, sobretudo, “susceptibilidade de continuação ou prolongamento das hostilidades”⁴¹, risco que, tal como já explanado e dissecado, se mostra profuso no que à violência doméstica concerne.

5.2 O DESAFIO PROBATÓRIO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA CONFIGURAÇÃO DO PROCESSO SUMÁRIO

A especificidade do fenómeno da violência doméstica torna particularmente sensível a decisão de submeter a respetiva factualidade à forma sumária, cujo modelo processual prescinde das fases de inquérito e de instrução, estruturando-se numa lógica de aceleração que exige um juízo de suficiência probatória desde o início. Neste contexto, a problemática da prova assume contornos críticos, sobretudo no que respeita à capacidade do procedimento para captar a complexidade criminológica dos comportamentos em causa. A questão central é a de saber se o grau de certeza proporcionado pelo momento da detenção em flagrante delito é suficiente – em conteúdo, extensão e densidade – para fundamentar, com segurança, uma decisão penal justa e proporcional. Por outras palavras, não se trata necessariamente de verificar se há prova, mas de que prova se trata, que realidade consegue apreender e o que deixa necessariamente de fora.

Bem sabemos que o processo sumário justifica-se, em parte, pela circunstância de a factualidade se encontrar suficientemente (ou aparentemente) esclarecida no momento da detenção, quer em virtude da situação de flagrante delito, quer em virtude da evidência das provas recolhidas no imediato (Cunha, 2013, p. 247; Mendes, 2020, p. 102; Pereira; Ramalho, 205, p. 829). Deste modo, a estrutura deixa de assentar na tradicional tríade que marca o processo penal – imputação hipotética, demonstração probatória e verificação da

⁴¹ Classificando este risco como “verdadeiramente assustador”. (Pinto, 1999, p. 475)

existência do facto – para se apoiar antes numa construção factual de menor amplitude, sustentada por um quadro probatório reduzido aos elementos essenciais à boa decisão da causa. (Lopes, 2011, p. 406-407)⁴²

Ora, no domínio da violência doméstica, e atendendo à sua complexidade fenomenológica, esta arquitetura processual pode relevar-se estruturalmente insuficiente⁴³. Ainda que o flagrante delito forneça uma base probatória reforçada quanto à ocorrência de um determinado facto, tal certeza incide apenas sobre o episódio presenciado ou documentado no momento da intervenção policial. No entanto, essa factualidade, pese embora a sua visibilidade, não representa, necessariamente, a única ou a mais significativa para efeitos de compreensão global do fenómeno (Santos, 2022, p. 187-188; Agnew-Brune et al, 2017, p. 1.935). Ou seja, o episódio detetado constitui apenas uma manifestação de um *continuum* de comportamentos abusivos – porventura de natureza física, psicológica, económica e sexual – cujo apuramento exige, não raras vezes, um percurso probatório mais alargado. (Santos, 2022, p. 187)

Neste sentido, cumpre ressaltar que o flagrante delito e a consequente instauração de um processo sumário não bastam para a prova plena dos factos e posterior condenação. Aliás, anuímos a Gama Lobo quando afirma que se mantém a “necessidade de provar os factos ilícitos na sua dupla dimensão quantitativa e qualitativa, que muitas vezes só se consegue através de diligências e exames, que não se compadecem com os prazos curtos previstos no artigo 387.º, pese embora o carácter de urgência conferido pelo artigo 387.º,

⁴² Avulta-se, aqui, o risco, parcamente salvaguardado no art. 382.º, n.º 4, do CPP, de insuficiência temporal probatória, já que, não existindo uma fase específica dedicada à investigação criminal, tal como o inquérito do processo comum, com vista à recolha e análise de prova e descoberta da verdade material, esta última poderá sair prejudicada, mesmo existindo diligências probatórias e de investigação no processo sumário, as quais terão de ser obrigatoriamente breves e simplificadas, reduzidas ao mínimo indispensável, já que o momento protagonista será o julgamento. (Pereira; Ramalho, 2015, p. 830; Sardo, 2024, p. 7)

⁴³ Ainda que a audiência incida apenas sobre um incidente, cabe lembrar que, muitas vezes, é parte de um padrão maior de abuso, de que os juízes poderão não ter conhecimento. Neste sentido, os juízes frequentemente tomam decisões com base em evidências limitadas. (Agnew-Brune et al, 2017, p. 1.925)

n.º 8”, tendo de se indagar se “se conseguirá concluir se é, não só viável processualmente como adequado materialmente o julgamento sumário”. (Lobo, 2020, p. 815)

Mais do que suscitar reservas quanto à utilidade do processo sumário, esta reflexão visa sublinhar que a sua eficácia, nestes contextos, está intrinsecamente dependente da qualidade da prova disponível e da capacidade de a recolher em tempo útil. A urgência de resposta, por mais premente que seja, não pode eclipsar o dever de apuramento da verdade material. Acrescem, aliás, obstáculos operacionais relevantes, especialmente para as forças de segurança, quanto à recolha imediata de prova em situações de confronto direto entre vítima e agressor, designadamente quando se apresentam versões contraditórias ou sinais de reação defensiva por parte da vítima que, à vista desatenta, possam sugerir reciprocidade de agressão. Tais circunstâncias dificultam a determinação da autoria, tornando, frequentemente, inviável a apresentação do arguido em audiência de julgamento sob a forma sumária (Santos, 2022, p. 187). Esta constatação impõe-se não como negação das virtualidades do processo sumário, mas como afirmação de que a linearidade procedimental por ele suposta nem sempre se revela compatível com a complexidade própria do crime de violência doméstica.

Cabe ao Ministério Público uma ponderação prudente quanto à adequação da forma sumária ao caso concreto, devendo atender à densidade da situação fáctico-criminal e à realidade do agente do crime – designadamente a existência de perturbações do foro mental, comportamentos aditivos e/ou padrões de reincidência –, sob pena de precipitar uma decisão parcial ou descontextualizada, com risco de revitimação e continuação da atividade criminosas⁴⁴. Densificando, o aceleração processual poderá acarretar um desviar da meta processual última – a verdade material – tanto pela verificação dos pressupostos do tipo criminal ou sua verificação

⁴⁴ Na perspetiva de Van Dunem (2009), “um julgamento sumário, em 48 horas ou mesmo em tempo superior, com deficiente preparação – deficiente compreensão da realidade do agressor (v. g., adições) e/ou da densidade da violência (v. g., por omissão de antecedentes) –, poderá originar novo e mais grave episódio de violência.”.

incompleta, sob a ameaça da “punição de parcelas isoladas de uma conduta criminosa mais complexa” (Pereira; Ramalho, 2015, p. 827), possibilidade que se adensa no âmbito da violência doméstica, e que, em última instância, atua pelas costas da própria celeridade e economia processual ao eclodir repetições processuais para punição de outro tipo de condutas ou, em casos mais prejudiciais, impedir a sua apreciação jurídica pela violação do *ne bis in idem*. (Van Dunem, 2009; Correia, 2014, p. 238; no mesmo sentido, Nunes, 2023, p. 720)

Recorrendo às palavras de João Conde Correia,

a perturbação social decorrente de uma absolvição, motivada por uma prematura remessa para julgamento, não será despienda. Nesse caso, o julgamento antecipado, em vez de contribuir para o desejável restaurar da paz jurídica (ou para o apaziguamento social de que fala o nosso legislador), só poderá concorrer para a prejudicar. Ao dano do crime, juntar-se-á o clamor da absolvição inesperada, descredibilizando a justiça, induzindo insegurança, instigando sentimentos de revolta e, até, de vindicta privada [...]. Enfim, celeridade processual não pode ser sinónimo de não fazer justiça. (Correia, 2022, p. 827)

No caso *sub judice*, tendo-se em linha de conta os dados alarmantes relativos à violência doméstica⁴⁵ e ao sentimento de impunidade e revolta social associados a esta realidade, as consequências seriam ainda mais significativas. Ademais, quanto ao risco de vingança, ele é igualmente inquietante, aumentado também neste tipo de violência, que se manifestam muitas vezes formas de perseguição após o contacto judicial e passam a acontecer os riscos para a integridade física da vítima e até para a sua vida são exponenciados.

Por conseguinte, não apenas o juízo de subsunção factual pode restar comprometido, como também a fase de determinação

⁴⁵ Nos termos do RASI 2024, a violência doméstica contra o cônjuge é uma das tipologias criminais com o maior número de participações registadas (totalizando 30 221 participações) e ocorrendo 23 homicídios no seio desta criminalidade.

da pena. Nesta, a exiguidade das diligências probatórias pode fazer soçobrar fatores essenciais como “a personalidade do agente, a motivação do crime e as circunstâncias anteriores ou posteriores ao facto que possam diminuir de forma acentuada a ilicitude do facto ou a culpa do agente”. (Sardo, 2024, p. 9)

Estas constatações não equivalem, contudo, à negação de estratégias que permitam, dentro dos estreitos contornos do processo sumário, mitigar alguns dos seus constrangimentos mais evidentes. Assim, cumpre ressaltar que o Ministério Público dispõe da faculdade, prevista no art. 387.º, n.º 2, alínea c), do CPP, de prorrogar o prazo para a audiência de julgamento, com vista à “realização de diligências essenciais à descoberta da verdade”. Tal possibilidade – que permite estender o prazo até ao limite de vinte dias após a detenção – constitui, na nossa aceção, uma válvula de compensação processual, revelando a consciência normativa de que, em certos contextos, o apuramento da verdade material não se compadece com o rigor temporal originalmente estabelecido por este modelo.

No âmbito da presente reflexão, cumpre, ainda, reconhecer que existem situações em que a violência doméstica se expressa num episódio isolado, constituindo este toda a extensão da conduta delituosa. Nestes casos, a factualidade observada no momento da detenção pode, *tout court*, preencher os elementos típicos do crime previsto no art. 152.º do Código Penal, o qual admite expressamente a incriminação de atos praticados “de modo reiterado ou não” e, por conseguinte, atesta que a tipicidade penal desta conduta não está dependente de um carácter repetitivo, ainda que este se apresente como um traço empírico recorrente. Com isto, importa assinalar que a adequação da forma sumária deve ser ponderada à luz das especificidades do caso concreto, atendendo à densidade do facto, à suficiência dos meios de prova e à consequente oportunidade processual.

5.3 A COMPRESSÃO DOS DIREITOS DA VÍTIMA NO PROCESSO SUMÁRIO: ENTRE O TEMPO EXÍGUO E AS GARANTIAS LEGAIS

A par dos constrangimentos inerentes à exigência de flagrante delito, dos desafios probatórios e da complexidade do fenómeno de violência doméstica, impõe-se destacar outra dimensão crítica que atravessa, de forma particularmente sensível, a aplicação do processo sumário no domínio desta fenomenologia: a salvaguarda dos direitos da vítima. Com efeito, a configuração particular desta forma processual pode implicar, em não poucos casos, uma compressão significativa desses direitos, em especial no que respeita à efetiva possibilidade de participação no processo penal. Ainda que o Estatuto da Vítima consagre um conjunto alargado de direitos – entre os quais se destacam o direito a ter um/a advogado/a e o direito a participar e acompanhar o processo –, a sua concretização é condicionada pela exígua margem temporal da forma sumária.

Na prática, a incompatibilidade verifica-se, desde logo, ao nível do exercício do direito a apoio judiciário, designadamente na modalidade de nomeação de patrono, cuja tramitação implica a apresentação de requerimento junto dos serviços competentes da Segurança Social e um prazo de decisão que pode ir até trinta dias consecutivos⁴⁶. Ora, sendo o processo sumário orientado para a realização da audiência de julgamento no prazo de 48 horas após a detenção, torna-se evidente que tal direito não pode ser materializado em tempo útil. Assim, uma vítima que pretenda ser assistida por advogado/a, mas não disponha de recursos económicos para o efeito, vê-se impossibilitada de aceder ao mecanismo de proteção jurídica, dado que o seu deferimento ocorre num prazo incompatível com a lógica de urgência que preside ao processo sumário.

Por outro lado, importa assinalar uma incongruência normativa que se repercute negativamente na salvaguarda da

⁴⁶ Instituto da Segurança Social, I.P, Guia Prático – Proteção Jurídica, 2025, p. 10. Disponível em <<https://www.seg-social.pt/guias-praticos?kw=protec%C3%A7%C3%A3o+jur%C3%ADdica>>. Acesso em: 17 jun. 2025.

posição processual da vítima, no âmbito deste tipo de processos. Nos termos do art. 384.º, n.º 1, do CPP, nos casos em que se verifiquem os pressupostos dos arts. 280.º e 281.º, o Ministério Público pode determinar, com a concordância do juiz de instrução, o arquivamento ou a suspensão provisória do processo, oficiosamente ou mediante requerimento do arguido ou do assistente. Todavia, esta previsão não reflete a evolução legislativa que veio conferir à vítima de violência doméstica o direito de requerer, livre e esclarecidamente, a aplicação da suspensão provisória do processo, independentemente da sua constituição como assistente (art. 281.º, n.º 8). Ao manter uma formulação restritiva – circunscrita à figura do assistente como sujeito legitimado para requerer a aplicação do instituto –, o art. 384.º, n.º 1, revela uma falha de harmonização que compromete a coerência normativa e contraria a lógica de tutela acrescida que orienta, pelo menos em tese, a intervenção penal em matéria de violência doméstica.

Ainda que o processo sumário não se preste, em regra, a uma ampla intervenção da vítima⁴⁷, tal circunstância não exime o cumprimento dos direitos que lhe são legalmente reconhecidos. Os direitos a ser representada por advogado/a e a participar ativamente no processo não podem ser relativizados em nome da celeridade. Este imperativo pode, paradoxalmente, esvaziar de conteúdo substantivo a posição da vítima, relegando-a para uma condição meramente acessória num processo que avança numa velocidade que não permite conferir-lhe o espaço necessário para posicionar-se, empoderar-se e colaborar com a justiça⁴⁸.

Ultimando, embora esta análise ensaística tenda a tornear de forma mais empolgada o impacto da aplicação do instituto para os direitos da vítima, não podemos escusar-nos à menção obrigatória do

⁴⁷ É certo que, dada a estrutura sumária do processo, o espaço de intervenção da vítima poderá não assumir a densidade que reveste noutros contextos, designadamente na fase de inquérito, quando a sua colaboração é frequentemente determinante para o apuramento da verdade material.

⁴⁸ Vários estudos têm atestado que a participação da vítima é determinante na resolução bem-sucedida de casos de violência doméstica. *Vide*, por exemplo, Robinson; Cook (2006, p. 191).

impacto potencialmente negativo também nos direitos do arguido, perante os quais as garantias de defesa mais robustas significam uma morosidade processual incompatível com esta sumariedade (Pereira; Ramalho, 2015, p. 825). Tal como da segurança do flagrante delito poderão resultar interpretações legais erróneas que impactam negativamente a posição e os direitos da vítima, as mesmas poderão ser transferidas para os direitos do arguido. Desta feita, no seio de um processo penal garantístico, igualmente os direitos e garantias de defesa do arguido deverão ser respeitados, harmonizados e ponderados proporcionalmente com as necessidades de celeridade, restringidos inevitavelmente pela mesma, sob pena de inconstitucionalidade⁴⁹.

6 CONCLUSÃO

A forma sumária, por mais que se revista de méritos funcionais, não pode ser encarada como uma solução neutra ou mecanicamente adequada ao fenómeno da violência doméstica. A sua lógica de aceleração, concebida para responder com presteza a uma criminalidade imediatamente apreensível, colide com a opacidade própria dos vínculos afetivos violentos e com a complexidade probatória que frequentemente os acompanha. O tempo sumário – breve, comprimido, regimentado – nem sempre se acomoda à densidade fáctica que o crime de violência doméstica encerra.

Revelar as potencialidades desta forma – na proteção da vítima, na interrupção do ciclo de violência e na afirmação do imperativo de celeridade – exige, com igual rigor, reconhecer também os seus limites – a insuficiência de prova no imediato, o risco de decisões prematuras, a compressão dos direitos dos intervenientes e a possibilidade de que a urgência desloque o centro da justiça para longe da sua substância. A questão não reside, pois, na oposição entre

⁴⁹ Possuindo o arguido os mesmos direitos e deveres processuais do processo comum (arts. 61.º e 58.º, n.º 3, do CPP). Pinto (1999, p. 471). Veja-se também Silva (2023, p. 399).

celeridade e complexidade, mas antes na capacidade de o processo, na sua configuração, lograr sustentar ambas.

Em derradeira análise, a resposta processual a esta fenomenologia criminal não pode ser ditada exclusivamente pelo imperativo da prontidão, mas pela capacidade de o sistema se ajustar às exigências da justiça material. Não se nega que o processo sumário possa constituir, em determinadas situações, uma via legítima e eficaz e até desejável – inclusive, como forma de valorizar “a prata da casa, tão desprezada” (Costa, 2013, p. 97). Mas sê-lo-á verdadeiramente apenas quando a sua aplicação decorrer de uma ponderação substantiva, e não de uma ilusão de eficiência que, sob o véu da urgência, comprometa a essência da justiça. Uma essência que, diga-se, é tudo menos neutra e que, não raras vezes, se molda aos ritmos e constrangimentos do próprio sistema que a invoca.

REFERÊNCIAS

AGNEW-BRUNE, Christine et al. Domestic violence protective orders: a qualitative examination of judges’ decision-making processes. In: **Journal of Interpersonal Violence**, California, Ed. Sage, v. 32, n.º 13, 2017.

BURMAN, Michele; BROOKS-HAY, Oona. Delays in trials: the implications for victim-survivors of rape and serious sexual assault. In: **The Scottish Centre for Crime & Justice Research**, Glasgow, Ed. University of Glasgow, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CARMO, Miguel Ângelo. Anotação ao artigo 30.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro. In: DIAS, Cristina Araújo; SANTOS, Margarida; CARMO, Rui do. **Legislação sobre violência doméstica anotada**. Coimbra. Almedina, 2025.

CÓDIGO de processo penal: comentários e notas práticas de Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto. Coimbra: Coimbra Ed. 2009.

CORREIA, João Conde. “Artigo 381.º”. In: **Comentário judiciário do código de processo penal**. t. IV. Coimbra: Almedina, 2022.

CORREIA, João Conde. Os processos sumários e o caráter de uma justiça dita imediata. In: LEITE, André Lamas. **As alterações de 2013 ao código penal e ao código de processo penal: uma reforma cirúrgica?** Coimbra: Coimbra Ed. 2014.

COSTA, Eduardo Maia. Justiça Negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Ed. Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.º 19, 2013.

CUNHA, José Manuel Damião da. Aspetos da revisão de 2013 do CPP. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ed. Coimbra Ed., ano 23, n.º 2, abr.-jun., 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O código de processo penal português**. [S. l.]: Viseu, 1990.

DOUGLAS, Heather. Domestic and family violence, mental health and well-being, and legal engagement. In: **Psychiatry, Psychology and Law**, London, Ed. Taylor & Francis, v. 25, n.º 3, p. 347, 2018.

DUARTE, Madalena. **O papel do direito e dos tribunais na violência contra as mulheres**. Porto: Afrontamento, 2023.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Piaget, 1997.

GASPAR, José Henriques. Processos especiais. In: **O novo código de processo penal**: jornadas de direito processual penal. Coimbra: Almedina, 1988.

GEZINSKI, Lindsay B.; GONZALEZ-PONS, Kwynn M. Legal barriers and re-victimization for survivors of intimate partner violence navigating Courts in Utah, United States. In: **Women & Criminal Justice**, London, Ed. Taylor & Francis, v. 32, n.º 5, 2021.

GOMES, Conceição et al. **Violência doméstica**: estudo avaliativo das decisões judiciais. Lisboa: CIG, 2016.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de processo penal anotado**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

LOBO, Fernando Gama. **Código de processo penal anotado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

LOPES, José António Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português**: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011.

MANITA, Celina (Coord.). **Violência doméstica**: compreender para intervir: guia de boas práticas para profissionais de instituições de apoio a vítimas: Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género / Presidência do Conselho de Ministros, 2009.

MENDES, Paulo Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2020.

MESQUITA, Paulo Dá. Os processos especiais no código de processo penal português: respostas processuais à pequena e média criminalidade. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Ministério Público, v. 17.º, n.º 68, out./dez. 1996.

MONTE, Mário; LOUREIRO, Flávia Noversa. **Direito processual penal**: roteiro de aulas. 2. ed. Braga: AEDUM, 2014.

NUNES, Duarte Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: elementos do processo penal, o procedimento criminal. Lisboa: UCP, 2023.

PEREIRA, Rui Soares; RAMALHO, David Silva. Os processos especiais no direito processual penal português. In: **O Direito**, Coimbra, Ed. Juridireito, Ano 147, n. IV, 2015.

PINHEIRO; Alexandre de Sousa; MATTA, Paulo Saragoça da. Algumas notas sobre o processo penal na forma sumária. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Ministério Público, ano 16, n.º 63, jul.-set. 1995.

PINTO, António Augusto Tolda. **A tramitação processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed. 1999.

REPÚBLICA PORTUGUESA. XXII Governo Constitucional. Manual de atuação funcional a adotar pelos opc nas 72 horas subsequentes à apresentação de denúncia por maus-tratos cometidos no contexto de violência doméstica. mem martins: Ed. Ministério da Educação e Ciência, 2020.

ROBINSON, Amanda; COOK, Dee. Understanding victim retraction in cases of domestic violence: specialist courts, government policy, and victim – centred justice. In: **Contemporary Justice Review**, London, Ed. Taylor & Francis, v. 9, n. ° 2, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Celeridade e eficácia: uma opção político-criminal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; Sousa, Susana Aires de (Coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 39-67.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ed. Coimbra Ed., ano 6, out.-dez., 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.). **Violência contra as mulheres e violência doméstica: avaliação das medidas aplicadas a pessoas agressoras**. Coimbra: Observatório

Permanente da Justiça do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2022.

SARDO, Ricardo. Parecer da Ordem dos Advogados acerca do Projeto de Lei 255/XV/1 (CH), 19-9-2024. Lisboa, Ordem dos Advogados, 2024.

SILVA, Germano Marques da. **Direito processual penal português**: do procedimento (marcha do processo). Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2023.

SILVA, Germano Marques da. Notas avulsas sobre as propostas de reforma das leis penais (propostas de Lei n.^{os} 75/XII, 76/XII E 77/XII). In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados, ano 72, n. II/III, abr.-set., 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. O tempo do processo e o tempo da mediação. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, Ed. UERJ, v. 8, n. 8, p. 307-325, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20823>>. Acesso em: 10 jun. 2025.

VAN DUNEM, Francisca. Despacho n.º 41/2009: violência doméstica: área criminal: apontamentos de boas práticas e outras notas úteis. 2009. Disponível em: <<https://pgreg-lisboa.ministeriopublico.pt/docs/violencia-domestica-recomendacao-de-boas-praticas>>. Acesso em: 15 jun. 2025.

Recebido em: 2-10-2025
Aprovado em: 21-11-2025

MATERNITÀ SURROGATA E ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI: UN GIUSTO PUNTO DI EQUILIBRIO TRA DESIDERIO DI GENITORIALITÀ E TUTELA DEL MINORE?¹

Francesco Molinaro²

ABSTRACT

The paper, after highlighting the persistent reasons for the ban on surrogacy, focused on the solution identified by Italian jurisprudence (adoption in special cases) to reconcile the ban on gestation on behalf of others and the need to ensure full protection for the child born.

This institution, despite the adjustments made by jurisprudence, still does not seem to guarantee full protection for the born child. Therefore, in the author's opinion, it would be necessary for the legislature to intervene and, by enhancing the peculiarities of surrogacy, introduce a new adoptive figure that is not based on the requirement of the state of abandonment but revolves around the existence of a parenting project and a concrete and genuine emotional bond between the couple and the born child.

¹ **Como citar este artigo científico.** MOLINARO, Francesco. Maternità surrogata e adozione in casi particolari: un giusto punto di equilibrio tra desiderio di genitorialità e tutela del minore? In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 165-190, set.-dez. 2025.

² Dottore di ricerca nell'Università "Tor Vergata" di Roma. *E-mail*: francesco.molinaro1991@gmail.com

SOMMARIO: § 1 La famiglia e le tecniche di procreazione medicalmente assistite. § 2 La maternità surrogata nel panorama internazionale. § 3 Il problema del c.d. “turismo procreativo” e la soluzione dell’adozione in casi particolari nella giurisprudenza nazionale. § 4 Il vuoto di tutela del minore non adottato a seguito delle Sezioni Unite e il tentativo della dottrina di colmarlo. § 5 La necessità di un intervento normativo: prospettive di riforma. Riferimenti.

§ 1 LA FAMIGLIA E LE TECNICHE DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITE

Negli ultimi anni si sta assistendo al progressivo “svuotamento” del concetto di famiglia inteso in senso “statico”, quale società naturale fondata sul matrimonio, in favore di una nozione “dinamica”, che ruota intorno alla reciprocità degli affetti³.

Il cambio di prospettiva, che ha messo in discussione⁴ la visione individualistica e istituzionale⁵ della famiglia, è dovuto non solo alla mutata tradizione socio-culturale, più propensa ad accogliere un concetto ampio di famiglia⁶ – all’interno del quale ricomprendere le unioni civili e le convivenze *more uxorio* – ma anche ai recenti sviluppi scientifici (cfr. Disalvo, 2023, p. 1.178) che hanno consentito

³ Dopo la stagione delle riforme post-codicistiche la visione individualistica e istituzionalistica della famiglia è stata superata da una concezione prevalentemente funzionale dei rapporti familiari che più che valorizzare il dato strutturale (ad es. l’atto di matrimonio) o quello naturale (ad. es. il vincolo di sangue) ha posto l’accento sulla funzione della famiglia, quale luogo in cui, attraverso la condivisione degli affetti, si determina la promozione e la crescita della persona (cfr. Federico, 2020, p. 659).

⁴ Sul punto si veda Sangermano (2023, p. 1.477), il quale osserva come “la concezione di famiglia... si riempia progressivamente di nuove connotazioni in cui il pluralismo e la molteplicità dei modelli familiari, la forza regolatrice dell’autonomia privata, la crescente attenzione anche in ordine alle criticità insite nelle istanze di genitorialità, un tempo forse impensabili, determinano lo sgorgare di una nuova dimensione della giuridicità”.

⁵ Sulla concezione tradizionale di famiglia si rinvia agli scritti di Dusi (1924, p. 118) e Bonfante (1926, p. 1).

⁶ L’affermarsi di nuovi modelli familiari, dovuti al mutato contesto socio-culturale e ai progressi compiuti dalla scienza, hanno messo in crisi la concezione di famiglia di Arturo Carlo Jemolo, quale “*isola che il mare del diritto potrebbe solo lambire*” (così Jemolo, 1957, p. 241). Tale affermazione si legge anche in Jemolo (1966).

alle persone, naturalisticamente impossibilitate ad avere figli, di soddisfare il proprio desiderio di genitorialità ricorrendo a tecniche alternative, come la maternità surrogata.

Tale pratica, anche indicata con i termini di “gestazione per altri” o di “utero in affitto”, costituisce un modello di procreazione artificiale che si affianca alla fecondazione, la quale, a seconda che il materiale genetico impiantato nell’utero della donna appartenga alla coppia o a un terzo estraneo, assume il nome di fecondazione omologa o eterologa⁷. Tuttavia, la maternità surrogata, a differenza delle pratiche di fecondazione appena menzionate, si caratterizza perché non si limita all’impianto del materiale genetico nell’utero della donna ma richiede che un soggetto terzo, la gestante, si impegni a portare avanti la gravidanza per conto di una persona *single* (cfr. D’Avack, 2017, p. 139) o di una coppia.

La tecnica procreativa così delineata può assumere diverse forme a seconda dei soggetti coinvolti e delle modalità con cui viene espletata.

Quanto alle forme, nella comunità scientifica si suole distinguere tra maternità surrogata tradizionale e gestazionale: nella prima la gestante utilizza non solo il proprio utero ma anche il proprio materiale genetico mentre nella seconda mette a disposizione solo l’utero, in quanto il materiale genetico, sia maschile che femminile,

⁷ La fecondazione eterologa, a differenza di quella omologa, non ha trovato inizialmente cittadinanza nel nostro ordinamento. Il legislatore, preoccupato che una simile tecnica procreativa potesse dar vita alla mercificazione del materiale genetico umano, aveva espressamente vietato, all’art. 4, comma 3, L. 19 febbraio 2004 n. 40, il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Tale divieto, assoluto e generale, è venuto meno a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 10 giugno 2014 n. 162, In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, 2014, p. 2.827, con nota di La Rosa (2014, p. 802), con nota di Ferrando (2014a, p. 753), con nota di Carbone (2014, p. 1.062), con nota di Ferrando (2014b), la quale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4, comma 3, della L. n. 40/04 nella parte in cui impediva il ricorso alla menzionata tecnica procreativa, in presenza di una patologia che fosse causa di sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile. Precisamente, la Consulta tra la necessità di evitare la commercializzazione del materiale biologico, e quella di tutelare e salvaguardare l’equilibrio psico-fisico della coppia, inciso dalla acquisita consapevolezza di non poter procreare, ha ritenuto di dar prevalenza a quest’ultima esigenza.

viene fornito da soggetti diversi⁸.

Quanto alle modalità, la maternità surrogata può essere onerosa o gratuita a seconda che l'impegno di portare avanti la gravidanza per altre persone venga remunerato o sia espressione di un "gesto di amore" da parte della gestante.

§ 2 LA MATERNITÀ SURROGATA NEL PANORAMA INTERNAZIONALE

Il ricorso alla tecnica della maternità surrogata, sia nella forma onerosa che in quella gratuita, ha diviso la comunità internazionale, in seno alla quale si sono registrati diversi orientamenti, che possono essere efficacemente riassunti in tre distinte posizioni.

Vi sono anzitutto gli ordinamenti, tra cui quello italiano, che vietano, mediante la previsione di un'apposita fattispecie criminosa, il ricorso alla maternità surrogata, poiché considerano tale tecnica procreativa offensiva sia della dignità della donna che del nato⁹.

Sotto il primo profilo, è stato osservato che la pratica della gestazione per altri, se è onerosa, determina la commercializzazione del corpo umano, in contrasto con l'art. 21 della Convenzione di Oviedo e con l'art. 3, comma 2, lett. c) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cfr. Renda, 2023, p. 290), nonché la strumentalizzazione della maternità al fine di soddisfare l'interesse egoistico a diventare genitori di una coppia: la gestante, infatti, si impegna a portare in grembo un bambino che, al momento della nascita, dovrà "consegnare" alla coppia committente.

⁸ L'individuazione dei diversi modelli attraverso i quali si può presentare la maternità surrogata sono esposti da Mirzia Bianca (2021) in corso di pubblicazione, letto in anteprima grazie alla cortesia dell'Autrice.

⁹ Autorevole dottrina ha osservato come il divieto di maternità surrogata affonda le radici nel diritto civile, in quanto tale tecnica instaura sulla vita del bambino e della gestante un inammissibile potere privato di controllo: essa si fonda su un contratto con cui si dispone di diritti inviolabili, efficace nei confronti di un soggetto estraneo all'accordo e vulnerabile, qual è il nascituro (così Morace Pinelli, 2023, p. 1.263).

Nel caso di surrogazione solidale, invece, potrebbe venire meno la mercificazione del corpo della donna¹⁰ ma permanerebbe comunque la lesione del diritto costituzionalmente garantito della maternità (cfr. Morace Pinelli, 2022, p. 1.179). Infatti, l'obbligo di disporre, posto alla base della suddetta tecnica procreativa, ha come effetto minimo quello di impedire alla donna di esercitare la funzione generativa per sé nel periodo in cui è incinta per altri (cfr. C.M. Bianca, 2023, p. 462) e, come effetto ulteriore ed eventuale, quello di impedirle l'esercizio dei diritti legati alla gravidanza, tra i quali rientra quello personalissimo all'interruzione volontaria della stessa nei casi previsti dalla legge (così Renda, 2023, p. 293).

Il pregiudizio alla dignità del nato, invece, emerge anzitutto dal processo di “cosificazione” che lo interessa¹¹: esso, al momento della nascita, viene ad essere considerato alla stregua di una *res* che la gestante deve consegnare alla coppia committente, alla quale, peraltro, si dovrebbe riconoscere, per rendere effettiva la tecnica della maternità surrogata, un “ripugnante” potere esecutivo del contratto volto ad ottenere la sottrazione del bambino dalla madre naturale nel caso, non improbabile, in cui quest'ultima cambi idea e decida di tenere il nascituro come proprio figlio.

La lesione della dignità del nato, inoltre, deriva anche dalla situazione di incertezza filiale¹² in cui viene a trovarsi il bambino non appena venuto alla luce: egli è biologicamente figlio della madre gestante ma formalmente figlio della coppia committente.

¹⁰ In senso contrario si veda Morace Pinelli (2023, p. 1.270), il quale osserva come la lesione della dignità della donna si ha anche nel caso di maternità surrogata solidale, in quanto la maternità non è liberamente desiderata, essendo subordinata al progetto di altri.

¹¹ In merito Mirzia Bianca ha affermato che la tecnica della maternità surrogata non determina solo la lesione della dignità della donna che rinuncia alla maternità ma anche quella del nato che viene a subire la “cosificazione” del suo stato (così Patti; Bianca, 2023).

¹² L'impossibilità di riconoscere il legame di filiazione tra il nato e il genitore d'intenzione, come rilevato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, si traduce in uno svantaggio per il minore, il quale viene posto in uno stato di incertezza giuridica (così Grasso, 2019, p. 758).

Vi sono poi ordinamenti, tra i quali si annovera l'Ucraina¹³, che si collocano in una posizione diametralmente opposta, in quanto ammettono la maternità surrogata sia nella forma gratuita che in quella onerosa, poiché non considerano la messa a disposizione dell'utero, per soddisfare l'esigenza genitoriale altrui, una pratica di per sé lesiva della dignità della donna o del nato.

Nei suddetti sistemi giuridici, l'interesse a diventare genitori assume la forma di un vero e proprio "diritto tiranno" in grado di prevalere su qualsiasi altro interesse che possa essere con lo stesso confliggente. Esso, infatti, non è in alcun modo bilanciato né con la dignità della donna, che soprattutto nei casi di difficoltà economica potrebbe essere "costretta" a mettere a disposizione il proprio corpo, né con l'esigenza del nato a non essere trattato come l'oggetto di un negozio giuridico.

Tali interessi, infatti, vengono lasciati sullo sfondo, in quanto ciò che conta è realizzare "ad ogni costo" l'aspirazione della coppia committente a diventare genitori, anche se questo si risolve in un pregiudizio per la gestante e per il minore.

Vi sono, infine, altri ordinamenti, come ad esempio il Portogallo, che, nel tentativo di trovare un punto di incontro tra le tesi più conservatrici e quelle maggiormente progressiste, hanno superato la concezione monolitica della maternità surrogata, ritenendo che la stessa possa manifestarsi in diverse forme, non tutte lesive della dignità della donna.

Infatti, è stato osservato che mentre la maternità surrogata onerosa risulta contraria all'ordine pubblico, perché si traduce in una forma di mercimonio del corpo della donna, lo stesso, tuttavia, non potrebbe dirsi nel caso in cui il ricorso a tale tecnica sia il frutto

¹³ L'Ucraina, insieme alla Federazione Russa e alla Georgia, sono gli Stati che ammettono, con maggiore ampiezza, il ricorso alla maternità surrogata, tanto che non vi sono particolari limitazioni all'accesso a tale tecnica se non il diverso sesso della coppia committente. Tuttavia, alcune aperture, sebbene limitate alla maternità surrogata solidale, si registrano anche in altri Paesi come il Canada, alcuni Stati degli USA, la Gran Bretagna, la Danimarca, l'Olanda, e la Grecia (cfr. Dogliotti, 2023, p. 444).

di una libera scelta della gestante¹⁴, non dovuta a bisogni di tipo economico¹⁵.

In quest'ultima ipotesi, mancando la lesione della dignità della donna, alcuni ordinamenti hanno inteso attribuire prevalenza alla libera scelta della gestante (Patti; Bianca, 2023), nella consapevolezza che, ragionando diversamente, si sarebbe avallata una concezione “inferiorizzante della donna”, che, di diritto, viene qualificata come soggetto debole, incapace di decidere per sé anche quando voglia rendersi protagonista di un gesto di amore (così Azzarri, 2021, p. 1.169).

§ 3 IL PROBLEMA DEL C.D. “TURISMO PROCREATIVO” E LA SOLUZIONE DELL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI NELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

L'ordinamento italiano, come cennato, non ha recepito le aperture provenienti da altri Paesi, mantenendo fermo il divieto assoluto della maternità surrogata di cui all'art. 12, comma 6, L. 19 febbraio 2004 n. 40, sia nella forma onerosa che in quella gratuita¹⁶.

Tale chiusura ha determinato la nascita di quel fenomeno, definito con il termine poco elegante ma assai efficace di

¹⁴ In merito Salvatore Patti ha osservato che nel caso di maternità surrogata gratuita non si possa parlare di mercificazione perché la donna non riceve alcuna somma di denaro. Si tratta, infatti, di una libera scelta della gestante che potrà essere guardata con sfavore, ma non sino al punto da affermare che ricorra la violazione dell'ordine pubblico internazionale o un contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico (così Patti; Bianca, 2023). A favore della maternità surrogata gratuita o altruistica si veda anche Grasso (2022, p. 72 e ss.), il quale giustifica tale tecnica facendo leva sull'atteggiamento altruistico e “donativo” della gestante.

¹⁵ Tale indirizzo troverebbe conferma, secondo parte della dottrina, nella pratica della donazione di organi che, pur determinando una lesione permanente del corpo del donante, è considerata atto socialmente apprezzabile (cfr. Patti; Bianca, 2023).

¹⁶ L'esigenza di trattare congiuntamente la maternità surrogata onerosa e gratuita è confermata dalla prassi dove si è constatato come quest'ultima figura sia estranea alla realtà. Infatti, negli Stati che ammettono la surrogazione c.d. gratuita sono previsti rimborsi palesemente sproporzionati per eccesso rispetto alle spese, tanto da dissimulare un vero e proprio corrispettivo: ad. es. in Canada è richiesto il pagamento di 30.000 dollari per rimborsare la surrogata (così Renda, 2023, p. 295).

“turismo procreativo”¹⁷, in virtù del quale diverse coppie italiane, naturalisticamente impossibilitate ad avere figli, ricorrono alla menzionata tecnica procreativa nei Paesi in cui è ammessa, per poi fare rientro nello Stato di residenza, chiedendo la trascrizione dell’atto di nascita formatosi all’estero¹⁸.

Tale fenomeno¹⁹ ha posto la giurisprudenza di fronte alla problematica di bilanciare due situazioni che appaiono a prima vista inconciliabili: da un lato, l’esigenza di mantenere fermo il divieto e, dall’altro, la preoccupazione di assicurare al figlio nato da maternità surrogata gli stessi diritti dei bambini procreati naturalmente²⁰.

La ricerca di una soluzione di compromesso ha spinto le Sezioni Unite²¹ a negare la trascrizione automatica dell’atto di nascita formatosi all’estero, in quanto tale pratica non solo avrebbe aggirato il divieto posto dalla L. n. 40/04 ma avrebbe determinato altresì un insanabile contrasto (cfr. Salanitro, 2020, p. 912) con l’ordine

¹⁷ Tale fenomeno è stato definito anche con la ben più elegante espressione “viaggio dei diritti” (così Lucchini Guastalla, 2017, p. 1.725).

¹⁸ L’esigenza di evitare l’aggiramento del divieto di cui all’art. 12, comma 6, L. n. 40/04 è sfociato in un progetto di legge (proposta n. 884 Varchi ed altri di Modifica dell’art. 12 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano) volto all’introduzione del reato universale per chi ricorre alla tecnica dell’utero in affitto. La suddetta proposta normativa, che mira all’incriminazione dei cittadini italiani che accedono alla tecnica della maternità surrogata all’estero, a sommosso avviso di chi scrive, appare sproporzionata, contraria al principio di territorialità del diritto penale – che, come noto, può essere derogato solo in presenza di doppia incriminazione – ma soprattutto poco attenta alle esigenze del nato, in quanto non risolve il problema centrale che pone oggi la maternità surrogata, ovvero la tutela del nato una volta che la coppia committente abbia fatto ricorso a tale tecnica.

¹⁹ Il problema del turismo procreativo è stato già messo in evidenza da Scalisi (2017, p. 1.099), il quale ha auspicato una maggiore regolamentazione del divieto normativo.

²⁰ Autorevole dottrina ritiene che il tentativo di trovare un punto di equilibrio tra due esigenze inconciliabili darebbe vita ad un vero e proprio “ossimoro giuridico” (così Bianca, 2021).

²¹ Cfr. Corte di cassazione, Sez. Un., 8 maggio 2019 n. 12193, In: **Il Foro Italiano**, Milão, Ed. Il Foro Italiano, 2019, v. I, p. 427 con nota di Luccioli (2020, p. 544), con note di Valongo (2020) e Salvi (2020b, p. 1.624); In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, 2019, p. 653, con note di Dogliotti (2020, p. 667) e di Ferrando (2020, p. 677); in www.Rivistafamiglia.it (2019, p. 345) con nota di Bianca (2019); In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, 2019, p. 1.198, con note di Giunchedi (2019, p. 1.212) e Winkler (2019, p. 1.125); in *Giustiziavivile.com*, 2019, 29 maggio 2019 con nota di Salanitro (2019), con note di Venuti (2019) e di Barba (2019).

pubblico internazionale²².

Ciò nonostante, la Suprema Corte – al fine di evitare che la condotta illecita dei genitori ricada sul nato, che è soggetto terzo rispetto al *pactum sceleris* tra la gestante e la coppia committente²³ – ha affermato che colui che ha partecipato al progetto procreativo senza aver prestato il proprio materiale biologico (c.d. genitore di intenzione) possa instaurare un rapporto giuridico con il minore attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 lett. d) L. 4 maggio 1983 n. 184²⁴.

Tale soluzione, però, non ha convinto la Corte Europea dei diritti dell'uomo²⁵ che ha osservato come la tecnica dell'adozione in

²² Il riferimento all'ordine pubblico internazionale era stato già compiuto dalle Sezioni Unite in occasione della apertura alla deliberazione di sentenze straniere aventi ad oggetto danni punitivi. In tal senso si veda Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601 In: **Responsabilità Civile e Previdenza**, Milano, Ed. Giuffrè, 2017, con note di Scognamiglio (2017, p. 1.597); In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, 2017, 1787, con nota di di Majo (2017, p. 1.042), con il commento di Consolo (2017, p. 1.050); In: **Rivista Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, 2017, p. 419, con note di La Torre (2017, p. 429), Monateri (2017, p. 437), e Ponzanelli (2017, p. 435) e 12193, In: **Il Foro Italiano**, Milão, Ed. Il Foro Italiano, 2017, p. 435, con note di D'Alessandro (2017, p. 2.639); Palmieri; Pardolesi, 2017, p. 2.630); In: **Banca Borsa e Titoli di Credito**, Milano, Ed. Giuffrè, 2017, p. 568, con nota di Benatti (2017); in www.Giustiziacivile.com, 2018 con nota di Bianca (2018).

²³ Sesta (2023a, p. 394) ha osservato che “la mancata attribuzione di una veste giuridica a tale rapporto non si limiterebbe alla condizione del genitore d'intenzione, che ha scelto un metodo di procreazione che l'ordinamento italiano disapprova, ma finirebbe con il pregiudicare il bambino stesso il cui diritto al rispetto della vita privata si troverebbe significativamente leso”.

²⁴ Il ricorso all'adozione in casi particolari è funzionale a garantire lo sviluppo della personalità del minore, operando sul piano dei bisogni materiali ed esistenziali dello stesso e non su quello egoistico della coppia che, a tutti i costi, vuole soddisfare il desiderio di genitorialità (così Recinto, 2023, p. 436). In senso contrario, si veda Spadafora, il quale, da un lato, condivide l'affermazione delle Sezioni Unite concernente la contrarietà della pratica all'ordine pubblico internazionale ma dall'altro critica la soluzione dell'adozione in casi particolari individuata dalla Suprema Corte per bilanciare il divieto interno alla maternità surrogata e la possibilità per le coppie italiane di accedere a tale pratica negli Stati in cui è ammessa (cfr. Sesta, 2023b, p. 428). Infatti, l'Autore, al fine di contemperare la tutela delle qualità esistenziali del nato con la salvaguardia della dignità della gestante, valorizza il rapporto genitoriale che si instaura tra il minore e la madre partoriente. Tale ricostruzione, che avrebbe un appiglio normativo nell'art. 269, comma 3, c.c., consentirebbe di affermare che tra i diritti del minore figura primariamente quello ad avere un padre e una madre (così Spadafora, 2023, p. 468).

²⁵ Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. 16, In: **Diritto delle Successioni e della Famiglia**, Napoli, Ed. E.S.I., 2020, p. 1.035 con nota di Tullio (2020) nonché Salvi (2020a, p. 241).

casi particolari non assicura un'adeguata tutela al nascituro per tre ordini di ragioni.

Innanzitutto, non fa sorgere rapporti di parentela tra il minore adottato e i familiari dell'adottante.

Inoltre, non garantisce al nato la possibilità di instaurare un rapporto giuridico con il genitore d'intenzione, in quanto l'adozione in casi particolari richiede l'assenso del genitore biologico che potrebbe non prestarlo per motivi che sono estranei alla tutela del nato, come, ad esempio, il rapporto conflittuale con il proprio *partner*.

In ultimo, non consente al nato di far valere i propri diritti di figlio nei confronti del soggetto che, pur partecipando al progetto procreativo, non abbia poi voluto adottare il minore.

Tale arresto, come correttamente rilevato dalla Corte costituzionale²⁶, ha determinato un vuoto di tutela che, in assenza di uno specifico intervento legislativo, la giurisprudenza ha cercato di colmare.

Infatti, la prima sezione della Corte di cassazione²⁷, nel sollecitare nuovamente l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, ha proposto di scomporre la monoliticità del divieto, evidenziando come la surrogazione di maternità possa assumere diverse forme non tutte lesive della dignità della donna.

In altri termini, la Suprema Corte, sulla falsariga di quanto in precedenza affermato dalla giurisprudenza tedesca²⁸, ha proposto di

²⁶ Sul punto, si veda Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33, In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet., 2022, p. 301, con nota di Calderai (2021, p. 677), con note di Dogliotti (2021, p. 688) e Ferrando (2021, p. 609), con nota di Checchini (2021, p. 1.034), con nota di Tonolo (2021).

²⁷ Il riferimento è a Cass. 21 gennaio 2022 n. 1842, In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, 2022, 1825, con nota di Salanitro (2022, p. 1.055), con nota di Federico (2022).

²⁸ Il *Bundesgerichtshof*, nella nota pronuncia del 10 dicembre 2014, in *Neue Juristische Wochenschrift* (Frankfurt, Ed. Beck, 2015, p. 479) con nota di Heiderhoff (2015), ha affermato che la maternità surrogata non contrasta con l'ordine pubblico internazionale quando sia a titolo gratuito, in quanto non vi sarebbe alcuna mercificazione del corpo della donna che metta a disposizione il proprio corpo volontariamente e in assenza di corrispettivo. La lesione dell'ordine pubblico internazionale non si avrebbe neanche nel caso di maternità surrogata onerosa quando le condizioni economiche della donna

effettuare una valutazione caso per caso, aprendo alla suddetta tecnica procreativa nei casi in cui vi sia un rapporto biologico almeno con una parte della coppia, non vi siano stati condizionamenti, motivati anche da ragioni economiche, nella scelta della donna di ricorrere a tale tecnica e sia stato riconosciuto alla gestante la possibilità di revocare il consenso (cfr. Sesta, 2023a, p. 391).

Le Sezioni Unite²⁹, tuttavia, non hanno colto lo spunto offerto dalla Corte rimettente, confermando il proprio tradizionale orientamento. Infatti, hanno rilevato che il legislatore italiano, nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, in quanto nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avvenga a titolo oneroso o gratuito.

Inoltre, la valutazione caso per caso, proposta dall'ordinanza di remissione, finirebbe per essere attribuita, in prima battuta, non al giudice, bensì all'ufficiale di stato civile, il quale si troverebbe nella situazione di concreta impossibilità di accertare se la gestante abbia ricevuto un corrispettivo economico o se vi sia stato un approfittamento della situazione di soggezione in cui la stessa si trovava.

In ultimo, le Sezioni Unite hanno affermato che l'istituto dell'adozione in casi particolari è in grado di assicurare al minore una piena tutela.

Infatti, l'impedimento per il nato ad instaurare un rapporto di parentela con i familiari del genitore di intenzione, giustamente

siano tali da poter escludere che la sua decisione sia stata influenzata dal bisogno. Viceversa, un contrasto con l'ordine pubblico internazionale potrebbe in astratto verificarsi nei casi in cui la donna versa in stato di bisogno ed effettua la maternità surrogata dietro corrispettivo. Tuttavia, secondo il *Bundesgerichtshof*, in tal caso si dovrebbe accettare il contrasto perché una diversa soluzione danneggerebbe il nato che, come osservato nel corpo del saggio, sarebbe un soggetto terzo rispetto al *pactum sceleris* posto in essere tra la coppia committente e la gestante (cfr. Patti, 2023, p. 621).

²⁹ Il riferimento è a Cass, Sez. Un., 30 dicembre 2022 n. 38162, In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet., 2320 con nota di Salvi (2023) e In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, 2023, p. 408, con note di Recinto (2023, p. 430); Dogliotti (2023, p. 437) e Spadafora (2023, p. 456); in *www.Giustiziainsieme.it* con nota di M. Bianca (2023).

rilevato dalla giurisprudenza sovranazionale, è venuto meno a seguito di un recente arresto della Consulta³⁰ con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 L. n. 184/83, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300 comma 2 c.c., non consentiva l'instaurazione di alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante (cfr. Senigaglia, 2022, p. 1.334).

Inoltre, la Suprema Corte non ha ritenuto che l'assenso richiesto dall'art. 46 L. n. 184/83 al genitore biologico importi per il nato una tutela ridotta, poiché il requisito appena menzionato deve essere letto in combinato disposto con l'art. 57 L. n. 184/83³¹, in modo da assicurare il *best interest of the child*.

Pertanto, il giudice dovrà accertare se, nel caso concreto, il rifiuto opposto dal genitore biologico sia effettivamente espresso a tutela del minore o sia solo frutto del rapporto conflittuale tra la coppia (cfr. Recinto, 2023, p. 435), con l'ovvia conseguenza che, laddove l'organo giudicante ritenga che il mancato assenso sia dipeso da ragioni estranee alla tutela del minore potrà pronunziare ugualmente l'adozione.

§ 4 IL VUOTO DI TUTELA DEL MINORE NON ADOTTATO A SEGUITO DELLE SEZIONI UNITE E IL TENTATIVO DELLA DOTTRINA DI COLMARLO

La soluzione prospettata dalle Sezioni Unite, seppure equilibrata, non assicura ancora una piena tutela al nato, in quanto l'adozione in casi particolari non gli permette di far valere i diritti

³⁰ Il riferimento è a Corte cost. 28 marzo 2022 n. 79, In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsa, 2022, p. 897, con nota di Sesta (2022) e In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, 2022, p. 1.013 con nota di Cinque (2022).

³¹ La condivisione del progetto genitoriale e la relazione di affetto e cura tra adottante ed adottando sono da considerarsi il presupposto di fatto che rende irragionevole il rifiuto del genitore biologico, al quale non è rimessa alcuna discrezionalità, perché l'art. 46 L. n. 184/83 non è avulso dalla logica scaturiente dall'art. 57, L. n. 184/1983, il quale impone al giudice l'obiettivo di perseguire sempre l'interesse del minore nell'ambito del procedimento di adozione particolare, anche quando ciò comporti una valutazione di inefficacia o irrilevanza *ex officio* del dissenso (ingiustificato) del genitore biologico [così Salvi, 2023, p. 2.325].

al mantenimento, all'assistenza e financo all'amore³² nei confronti del genitore di intenzione che, pur avendo partecipato al progetto procreativo, non abbia successivamente voluto instaurare alcun legame giuridico con il nascituro.

L'adozione, infatti, si basa sull'iniziativa del genitore e non anche del minore. Tale limitazione, se trova una adeguata giustificazione nella finalità assistenziale che connota le ipotesi classiche di adozione – dove l'adottante offre il proprio affetto ad un soggetto totalmente estraneo alla sua sfera biologica e procreativa – mal si concilia con la realtà della maternità surrogata.

In tal caso, infatti, il genitore di intenzione, pur non avendo legami biologici con il nato, non è ad esso totalmente estraneo, essendo il minore il frutto del progetto procreativo che tale soggetto ha portato avanti con il *partner*.

Si dovrebbe allora riconoscere al nascituro la facoltà di far valere i diritti propri dello status di figlio, nella consapevolezza che “chi con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto (lecito o illecito), determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere la piena responsabilità e deve assicurargli tutti i diritti che spettano ai bambini nati ‘lecitamente’”.³³

Tale esigenza ha portato parte della dottrina ad ipotizzare di differenziare gli effetti tra il soggetto che, pur avendo partecipato al progetto procreativo non ha poi voluto adottare il figlio del *partner* e il nato, sulla falsariga di quanto previsto per il matrimonio putativo (cfr. Bianca, 2023, p. 170) dall'art. 128, comma 2, c.c. (così Morace Pinelli, 2023, p. 1.283 s.). In tal modo, infatti, si tutelerebbe il minore senza favorire colui che ha agito in violazione della legge.

Alle medesime conclusioni, seppur attraverso un diverso percorso argomentativo, perviene altra dottrina, la quale ha

³² Autorevole dottrina ha affermato tra i diritti del figlio debba includersi quello all'amore, inteso come “l'interesse a ricevere quella carica affettiva di cui l'essere umano non può fare a meno nel tempo della sua formazione” (così Bianca, 2006, p. 211 s.).

³³ Cfr. Cass, Sez. Un., 30 dicembre 2022 n. 38162 cit.

proposto di estendere analogicamente l'art. 279 c.c. (sul punto si veda Salanitro, 2021, p. 948) che, per i casi in cui non è possibile proporre domanda volta al riconoscimento giudiziale della paternità o maternità, consente al nato fuori dal matrimonio di agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione³⁴. Infatti, considerando genitore non solo il donatore genetico di vita ma anche colui che ha concorso con la propria volontà a mettere al mondo il nato tramite surrogazione, si potrebbe applicare tale norma anche nel caso in esame, con la conseguenza di spezzare la reciprocità di diritti e obblighi propria dello stato di figlio: l'adulto dovrebbe garantire al nato i diritti, anche di carattere successorio, che discendono dallo *status* filiale ma non potrebbe vantare alcuna pretesa nei confronti di quest'ultimo (cfr. Renda, 2023, p. 308).

La tesi suesposta non ha persuaso altra parte della dottrina (il riferimento è a Sesta, 2024, p. 164), la quale ha osservato come non si possa equiparare la situazione di chi ha generato biologicamente un figlio che non può essere dichiarato né riconosciuto a quella di chi ha concorso con la propria volontà a mettere al mondo il nato tramite surrogazione, in quanto l'intenzione non può ritenersi di per sé stessa idonea a creare un rapporto filiale.

Tale indirizzo dottrinale, pur negando l'applicazione analogica dell'art. 279 c.c., ha riconosciuto al minore "abbandonato" i diritti propri del figlio attraverso il rimedio risarcitorio di cui all'art. 2043 c.c., da attuarsi eventualmente anche in forma specifica (così Sesta, 2024, p. 164).

Infatti, mediante l'azione risarcitoria il nato potrebbe reclamare in giudizio i costi di mantenimento, istruzione ed educazione che il soggetto che ha preso parte al progetto procreativo non ha sostenuto (cfr. Calderai, 2023, p. 676).

³⁴ L'essere educato o l'essere istruito sono declinazioni dell'unico interesse del minore a formarsi nell'esperienza di vita della sua famiglia, cioè interesse a crescere nella sua famiglia [così Bianca, 2005, p. 133].

§ 5 LA NECESSITÀ DI UN INTERVENTO NORMATIVO: PROSPETTIVE DI RIFORMA

Il citato dibattito dottrinale testimonia che la soluzione dell'adozione in casi particolari non garantisce, nonostante i ritocchi della Consulta e l'interpretazione costituzionalmente orientata proposta dalle Sezioni Unite, una tutela piena al nato da maternità surrogata che ancora si trova in una posizione deteriore rispetto a coloro che sono stati procreati naturalmente.

L'individuazione di un punto di equilibrio tra la tutela del nato da maternità surrogata e il divieto che circonda tale tecnica nel nostro ordinamento non può essere individuato dalla giurisprudenza. Un compito così delicato, infatti, non può che spettare al legislatore³⁵ che dovrebbe, a sommosso avviso di chi scrive, farsi carico dell'onere di innovare la disciplina delle adozioni, prevedendo in aggiunta alle ipotesi tradizionali una nuova figura che non si basi sul requisito dello stato di abbandono, ma ruoti intorno all'esistenza di un progetto di genitorialità e ad un concreto e autentico legame affettivo con il nato (cfr. Bianca, 2021).

Tale modello, contrariamente a quanto previsto dall'adozione di cui all'art. 44 lett. d) L. n. 184/83, dovrebbe presentare i caratteri della pienezza, l'avvio del procedimento anche su iniziativa del minore e la semplificazione dello stesso.

La necessità di prevedere, per il nato da maternità surrogata, una adozione piena in luogo di quella in casi particolari, si giustifica perché solo la prima si traduce in un modello che, nelle regole di tutela, mima i diritti della filiazione biologica (cfr. Bianca, 2021). Infatti, solo tale adozione spiega un effetto legittimante, di talché la relativa pronuncia equivale a filiazione, mentre un simile effetto non connota l'adozione in casi particolari (cfr. Gelli, 2024, p. 185).

³⁵ Tale esigenza è stata rilevata anche da Bonilini (2022, p. 313), il quale ha osservato che: “la necessità di portare ordine a una materia così delicata... appare evidente, poiché l'interprete è stato spesso costretto a forzare il dato normativo vigente, pur di fornire una risposta sì necessaria, eppure insoddisfacente”.

Inoltre, l'esigenza di derogare all'impianto tradizionale dell'adozione, prevedendo l'iniziativa anche del minore, trova la sua giustificazione nella particolarità della situazione: nella maternità surrogata, contrariamente alle altre ipotesi in cui viene in rilievo l'adozione, non si adotta il figlio altrui, cioè un soggetto totalmente estraneo alla propria sfera giuridica, ma un bambino che è il frutto del progetto procreativo portato avanti con il proprio *partner* (cfr. G. Ferrando, 2023, p. 382).

Il riconoscimento al nato dalla gestazione per altri, per il tramite del curatore speciale³⁶, del potere di avviare la procedura adottiva gli consentirebbe di far valere i propri diritti nei confronti del soggetto che, pur avendo condiviso il progetto procreativo, non l'ha successivamente voluto adottare. In tal modo, si responsabilizzerebbe l'adulto che ha scelto di far venire al mondo il bambino e, al contempo, si riconoscerebbe al nato da maternità surrogata una tutela equivalente a quella del figlio non riconosciuto.

La semplificazione procedurale³⁷, in ultimo, neutralizzerebbe i potenziali pregiudizi che le lungaggini della procedura adottiva potrebbero arrecare al minore. Infatti, se nel tempo necessario per perfezionare l'adozione dovesse venire a mancare il genitore biologico, il nato si troverebbe privo di qualsivoglia legame giuridico con coloro che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo.

Queste suggestioni, che in parte sono state recepite in un recente disegno di legge³⁸, consentirebbero di far dialogare le diverse

³⁶ Per una compiuta disamina sul curatore speciale del minore, a seguito della riforma operata dal d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149 si rinvia a Velletti (2023, p. 934); Rosetti (2023, p. 950); Molinaro (2023, p. 778); Fanelli (2023, p. 427) e Thiene (2023, p. 1.328).

³⁷ Tale esigenza è sottolineata da tempo dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, la quale, dopo aver rilevato che la tecnica dell'adozione in casi particolari non è di per sé stessa pregiudizievole per il minore, ha affermato che gli interessi del nascituro vengono pregiudicati se questo non beneficia di una procedura adottiva rapida che gli permetta di ottenere in tempi celeri il riconoscimento dello stato (cfr. Calderai, 2020, p. 1.112).

³⁸ Si tratta del disegno di legge d'iniziativa dei senatori Bazoli, Delrio, Malpezzi, presentato il 12 settembre 2023, dal titolo "Disposizioni in materia di adozioni dei figli del coniuge, della parte dell'unione civile o della persona stabilmente convivente

posizioni emerse nel panorama internazionale e, al contempo, assicurerebbero al nato da maternità surrogata l'omogeneità dello *status* filiale, evitando il rischio, attualmente esistente, che taluno venga considerato figlio in alcuni Stati ma non in altri. Lo *status* di figlio, infatti, è unitario e, di conseguenza, non tollera al suo interno alcuna distinzione, in quanto “*la legge conosce solo figli*”³⁹.

RIFERIMENTI

AZZARRI, Federico. I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico. In: **Nuove leggi civili commentate**. Padova: Cedam, 2021.

BARBA, Vincenzo. Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019. In: **GenIUS**, Bologna, Ed. GenIUS, p. 19 ss., 2019.

BENATTI, Francesca. Benvenuti danni punitivi... o forse no! In: **Banca Borsa e Titoli di Credito**, Milano, Ed. Giuffrè, 2017.

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile: la famiglia**, v. II.I. 7. ed. BIANCA, Cesare Massimo; SIRENA, Pietro (a cura di). Milano: Giuffrè, 2023.

BIANCA, Cesare Massimo. Il diritto del minore alla propria famiglia. In: COMPORTI, Marco; MONTICELLI, Salvatore (a cura di). **Studi in onore di Ugo Majello**. Napoli: E.S.I., 2005.

BIANCA, Cesare Massimo. La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia. In:

nati all'estero con tecniche medicalmente assistite e modalità di procreazione effettuate in violazione dei divieti di cui alla legge 19 febbraio 2004, n. 40”, nel quale si prevede la soluzione dell'adozione piena con una procedura semplificata e snella.

³⁹ L'affermazione si deve a Bianca (2012, p. 237) e, più diffusamente, Bianca (2013, p. 1). L'illustre Autore ha fatto ricorso alla nota espressione per sottolineare l'ingiustificata disparità di trattamento a cui venivano sottoposti i c.d. figli naturali, rispetto a quelli legittimi, prima della L. 10 dicembre 2012, n. 219.

Diritto di Famiglia e delle Persone, Milano, Ed. Giuffrè, 2006.

BIANCA, Cesare Massimo. La legge italiana conosce solo figli. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Cedam, v. 59, n. 1, p. 1-6, 2013.

BIANCA, Cesare Massimo. Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi. In: [www. Giustiziacivile.com](http://www.Giustiziacivile.com), 31 gennaio 2018.

BIANCA, Cesare Massimo. **Verso un più giusto diritto di famiglia**. In: **Iustitia**, Milano, Ed. Giuffrè, fasc. 2, p. 239-240, 2012.

BIANCA, Mirzia. La maternità surrogata. In: BIANCA, Mirzia (Dir.). **The best interest of the child**. Roma: Sapienza Università, 2021.

BIANCA, Mirzia. La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore? In: **Rivista Famiglia: Il Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa**, Pisa, Ed. Pacini, fascicolo 3, 2019.

BIANCA, Mirzia. Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema: Ancora qualche riflessione sul principio di effettività. In: **Questione Giustizia**, Roma, Ed. Associazione Magistratura Democratica, 6 febbraio 2023.

BONFANTE, Pietro. La gens e la familia. In: BONFANTE, Pietro. **Scritti giuridici: famiglia e successione**. v. I. Torino: Utet, 1926.

BONILINI, Giovanni. **Manuale di diritto di famiglia**. Milano: Utet, 2022.

CALDERAI, Valentina. Il dito e la luna: i diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021. In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, 2021.

CALDERAI, Valentina. La dignità umana, legal irritant del XXI secolo: note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, 2023.

CALDERAI, Valentina. La tela strappata di Ercole: a proposito dello stato dei nati da maternità surrogata. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, 2020.

CARBONE, V. Sterilità della coppia: fecondazione eterologa anche in Italia. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, p. 761-770, 2014.

CHECCHINI, Bianca. L'“omogenitorialità” ancora al vaglio della Corte costituzionale. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, 2021.

CINQUE, M. Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità. **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, n. 5, 2022.

CONSOLO, Claudio. Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti compensativi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law). In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 10, p. 1.050-1.057, 2017.

D'ALESSANDRO, Elena. Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve. In: **Il Foro Italiano**, Milão, Ed. Il Foro Italiano, v. 142, n. 9, p. 2.639-2.643, 2017.

D'AVACK, Lorenzo. La maternità surrogata: un divieto “inefficace”. In: **Diritto di Famiglia e delle Persone**, Milano, Ed. Giuffrè, fasc.1, p. 39 ss., 2017.

DI MAJO, Adolfo. Principio di legalità e di proporzionalità nel

risarcimento con funzione punitiva. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, 2017.

DISALVO, Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione procreativa e migliore interesse del minore. In: **Diritto di Famiglia e delle Persone**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 3, 2023.

DOGLIOTTI, Massimo. Due madri e de padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile? In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, p. 688-703, 2021.

DOGLIOTTI, Massimo. Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri. In: **Giurisprudenza Genitorialità**, Roma, Ed. Maggioli, 2020.

DOGLIOTTI, Massimo. Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena: dove va la Cassazione?: e che farà la Corte Costituzionale?: commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230. In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, 2023.

DUSI, Brugi. Della filiazione e dell'adozione. In: FIORE, Pasquale (diretto da); BRUGI, Biagio (continuato da). **Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza**. Napoli-Torino, Marghieri, 1924.

FANELLI, Giuseppina. Brevi riflessioni sul curatore speciale del minore. In: **Judicium: Il Processo Civile in Italia e in Europa**, Pisa, Ed. Pacini, 2023.

FEDERICO, Angelo. Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore. In: **Giustizia Civile: Revista Giuridica Trimestrale**, Milano, Ed. Giuffrè, Fascicolo 4, 2020.

FEDERICO, Angelo. La “maternità surrogata” ritorna alle Sezioni Unite. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, v. 2, p. 1.047 ss., 2022.

FERRANDO, Gilda. Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita: illegittimo il divieto di fecondazione eterologa. In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, p. 393-408, 2014a.

FERRANDO, Gilda. La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, 2021.

FERRANDO, Gilda. La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa". In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, v. II, n. 8/9, p. 1.068 ss., 2014b.

FERRANDO, Gilda. Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, 2023.

FERRANDO, Gilda. Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento. In: **Giurisprudenza Genitorialità**, Roma, Ed. Maggioli, 2020.

GELLI, Rebecca. L'adozione del partner omosessuale tra divieto di maternità surrogata e interesse del minore. In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, p. 180-187, 2024.

GIUNCHEDI, Diletta. Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, p. 1.198-1.225, 2019.

GRASSO, Alfio Guido. **Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status**. Torino: Giappicelli, 2022.

GRASSO, Alfio Guido. Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, 2019.

HEIDERFHOFF, B. Anerkennung eines kalifornischen urteils zur elternstellung bei leihmutterschaft. In: **Neue Juristische Wochenschrift**, Frankfurt, Ed. Beck, 2015.

JEMOMO, Arturo Carlo. **La costituzione**: difetti, modifiche, integrazioni. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 1966.

JEMOLO, Arturo Carlo. La famiglia e il diritto. In: LOMBARDO, Luigi Scavo (scelte e ordinate da). **Pagine sparse di diritto e storiografia**. Milano: Giuffrè, 1957.

LA ROSA, Emanuele. Il divieto “irragionevole” di fecondazione eterologa e la legittimità dell’intervento punitivo in materie eticamente sensibili. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, 2014.

LA TORRE, Mariaenza. Un punto fermo sul problema dei “danni punitivi”. In: **Rivista Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 4, 2017.

LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. Maternità surrogata e best interest of the child. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, 2017.

LUCCIOLI, Gabriella. Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, 2020.

MOLINARO, Francesco. Sub artt. 473-bis.7 e 473-bis.8 c.p.c. In: TISCINI, Roberta (a cura di). **La riforma Cartabia del processo civile**. Pisa: Pacini, 2023.

MONATERI, Pier Giuseppe. Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile. In: **Rivista Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 4, 2017.

MORACE PINELLI, Arnaldo. La maternità surrogata lede sempre

la dignità della donna: le ragioni di un divieto che non confligge con la tutela del nato dalla pratica illecita. In: **Diritto di Famiglia e delle Persone**, Milano, Ed. Giuffrè, 2023.

MORACE PINELLI, Arnaldo. Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita: in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite. In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, 2022.

PALMIERI, Alessandro; PARDOLESI, Roberto. I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile. In: **Il Foro Italiano**, Milão, Ed. Il Foro Italiano, v. 142, n. 9, p. 2.630-2.638, 2017.

PATTI, Salvatore. Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Cedam, n. 3, 2023.

PATTI, Salvatore; BIANCA, Mirzia. Le Sezioni Unite e la maternità surrogate: riflessioni a confront. In: **Rivista Famiglia: Il Diritto della Famiglia e delle Successioni en Europa**, Pisa, Ed. Pacini, 21 marzo 2023.

PONZANELLI, Giulio. Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato. In: **Rivista Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 4, 2017.

RECINTO, Giuseppe. Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità. In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, 2023.

RENDA, Andrea. Ancora sulla surrogazione di maternità Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato. In: **Europa e Diritto Privato**, Milano, Ed. Giuffrè, fasc. 2, p. 281-350, 2023.

ROSETTI, Francesco. Il curatore del minore. In: BIANCA, Mirzia; DANOVI, Filippo (a cura di). **La nuova giustizia familiare e minorile**. 2023.

SALANITRO, Ugo. L'adozione e i suoi confini: per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, 2021.

SALANITRO, Ugo. L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, 2020.

SALANITRO, Ugo. Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa? In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, 2022.

SALANITRO, Ugo. Quale ordine pubblico secondo le sezioni unite?: tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità. In: **Giustizia Civile: Revista Giuridica Trimestrale**, Milano, Ed. Giuffrè, 29 maggio 2019.

SALVI, Gabriele. Ancora un no (forse definitivo) delle Sezioni unite alla trascrizione a seguito di gestazione per altri. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, n. 11, p. 2.320-2326, 2023.

SALVI, Gabriele. Il caso della gestazione per altri nel canone della CEDU ed i suoi effetti nel nostro ordinamento. In: PAGLIANTINI, Stefano (a cura di). **Ricerche di diritto europeo tra sostanza e processo**. Napoli: E.S.I., 2020a.

SALVI, Gabriele. Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, n. 7, p. 1625-1631, 2020b.

SANGERMANO, Francesco. Famiglia e giuridicità da isola lambita dal mare del diritto a "fonte" ispiratrice della norma giuridica. In: ALPA, Guido (Ed.). **Liber amicorum per Paolo Zatti**. v. 1. Napoli: Jovene, 2023.

SCALISI, Vincenzo. Maternità surrogata: come “far cose con regole”. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Cedam, 2017.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio. In: **Responsabilità Civile e Previdenza**, Milano, Ed. Giuffrè, p. 1.109-1.122, 2017.

SENIGAGLIA, Roberto. Criticità della disciplina dell’adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/22. In: **Nuove leggi civili commentate**. Padova: Cedam, 2022.

SESTA, Michele. La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Cedam, 2023a.

SESTA, Michele. La maternità surrogata nel dialogo tra corti e dottrina. In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, 2024.

SESTA, Michele. Note introduttive. In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, 2023b.

SESTA, Michele. Stato giuridico di filiazione dell’adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali. In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, n. X, p. 897-909, 2022.

SPADAFORA, Antonio. Irriducibilità del totalitarismo “minoricentrico”? In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, 2023.

THIENE, Arianna. Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile. In: **Diritto di Famiglia e delle Persone**, Milano, Ed. Giuffrè, 2023.

TONOLO, Sara. La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, v. 8-9, 2021.

TULLIO, Loredana. Nascere da madre surrogata e vivere inseguendo un legame. Il lungo cammino delle gemelle Mennesson. In: **Diritto delle Successioni e della Famiglia**, Napoli, Ed. E.S.I., p. 1.035-1.064, 2020.

VALONGO, Alessia. La c.d. “filiazione omogenitoriale” al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, n. 3, p. 544-558, 2020.

VELLETTI, Monica. Il tutore e il curatore del minore. In: BIANCA, Mirzia; DANOVI, Filippo (a cura di). **La nuova giustizia familiare e minorile**. 2023.

VENUTI, Maria Carmela. Le sezioni unite e l’omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri. In: **GenIUS**, Bologna, Ed. GenIUS, v. 2, fascicolo 2, p. 1-17, 2019.

WINKLER, M. Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all’estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza? In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 10, p. 1.225 ss., 2019.

Recebido em: 26-9-2025

Aprovado em: 14-11-2025

I CRITERI *ENGEL* ALLA PROVA DELLA PRASSI INTERNA: LA NECESSITÀ DI MAGGIORE CHIAREZZA SISTEMATICA NELL'ELABORAZIONE DELLA NOZIONE COSTITUZIONALE DI *MATIÈRE PÉNALE*^{1e2}

Luca Masera³

ABSTRACT

Prendendo spunto dall'analisi di due recenti decisioni della Corte costituzionale relative alla definizione della nozione di *matière pénale*, il lavoro si interroga su quali siano i criteri davvero decisivi per la riconduzione di misure formalmente non penali all'interno di tale nozione, ed individua alcuni aspetti su cui sarebbe opportuno un intervento chiarificatore della Corte.

SOMÁRIO. 1 Introduzione: l'adozione dei criteri *Engel* da parte della Corte Costituzionale e i problemi relativi alla loro concreta implementazione. 2 La Sentenza n. 148/2022 e la natura non punitiva

¹ **Como citar este artigo científico.** MASERA, Luca. I criteri Engel alla prova della prassi interna: la necessità di maggiore chiarezza sistematica nell'elaborazione della nozione costituzionale di *matière pénale*. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 191-225, set.-dez. 2025.

² A Revista Amagis Jurídica agradece à “Revista Direito Penal Contemporâneo - Revista Trimestral” (n. 2, p. 14-29, 2025), parceira italiana, pela cessão do presente artigo para publicação no Brasil. / La Revista Amagis Jurídica desidera ringraziare la “Revista Direito Penal Contemporâneo - Revista Trimestral” (n. 2, p. 14-29, 2025), un partner italiano, per aver fornito questo articolo per la pubblicazione in Brasile.

³ Ordinario di diritto penale presso l'Università di Brescia. E-mail: luca.masera@unibs.it

delle misure previste a carico del consumatore di stupefacenti. 3 La Sentenza n. 169/2023 e la natura non penale di un'ipotesi di revoca delle prestazioni sociali ai soggetti condannati per reati di particolare gravità. 4 I Criteri *Engel* alla prova della prassi. 4.1 Il Secondo criterio *Engel* e la discutibile negazione della finalità punitiva di una misura afflittiva. 4.1.A. 4.1.B. 4.2 Il terzo criterio *Engel* e la sua natura sussidiaria, più che realmente alternativa, rispetto al criterio della finalità punitiva. 5 Conclusioni: i punti che necessitano una precisazione da parte della giurisprudenza costituzionale. 5.A. 5.B. 5.C. Refrimenti

1 INTRODUZIONE: L'ADOZIONE DEI CRITERI *ENGEL* DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE E I PROBLEMI RELATIVI ALLA LORO CONCRETA IMPLEMENTAZIONE

Ormai da alcuni anni i criteri adottati dalla Corte EDU per definire la nozione ampia di *matière pénale*, cui corrisponde l'applicazione delle garanzie penalistiche riconosciute dalla Convenzione, sono stati stabilmente recepiti anche dalla nostra Corte costituzionale.

Il percorso, come noto, è stato lungo ed accidentato. Dopo diversi decenni in cui i Giudici delle leggi avevano ritenuto applicabili alle sole sanzioni definite come penali dal legislatore le garanzie che la Costituzione appresta per la materia penale, a partire dalla fine degli anni 10, sotto la spinta delle decisioni dei giudici di Strasburgo, anche la Corte costituzionale ha iniziato ad applicare le garanzie della materia penale anche a misure afflittive formalmente non penali⁴. Nei primi anni di questo nuovo orientamento non sono mancati i ripensamenti o i colpi di freno, ed in un primo momento non è stato chiaro se la nozione ampia di materia penale facesse ingresso nel nostro ordinamento (solo) come parametro interposto

⁴ La letteratura in argomento è ormai amplissima; per quanto concerne i lavori monografici, cfr. Masera (2018) e Mazzacuva (2017), cui ci sia qui consentito rinviare per gli opportuni riferimenti bibliografici; per saggi ed articoli, cfr. in particolare *ex plurimis* Manes (2017) e Viganò (2017).

di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost., o (anche) come autonoma categoria rilevante ai sensi delle norme costituzionali: in un caso, ad esempio, di applicazione ad una misura afflittiva non penale del principio di irretroattività della norma più sfavorevole, non riconosciuto dalla normativa interna, vi è (solo) una violazione dell'art. 7 CEDU, rilevante ai sensi dell'art. 117 Cost., o vi è una autonoma (e concorrente) violazione dell'art. 25 Cost.?

Oggi, la risposta a tale domanda pare meno incerta, anche alla luce delle sentenze che si andranno ad analizzare. I criteri *Engel*, come elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo, non rilevano solo rispetto alle garanzie convenzionali costituzionalmente rilevanti per il tramite dell'art. 117 Cost., ma sono stati adottati anche quali parametri di valutazione dell'estensione di una garanzia *costituzionale* propria della materia penale.

Certo poi, come la dottrina ha in più occasioni chiarito, e come riconosce la stessa Corte costituzionale, ricondurre una misura all'interno della materia penale in senso lato non significa che a tale misura siano *tout court* applicabili *tutte* le garanzie penalistiche previste dalla Costituzione. Si tratta di valutare caso per caso se la *ratio* della garanzia di cui si discute l'applicazione conduca o meno alla sua estensione anche al di fuori della materia penale in senso stretto: così, ad esempio, se ormai è pacifico che le garanzie riconducibili ai principi di legalità e di irretroattività di cui all'art. 25 co. 2 Cost. si estendono a tutto l'ambito della materia punitiva, così non vale per il principio della riserva di legge o per quello della finalità rieducativa della pena, che la giurisprudenza costituzionale reputa al contrario riferibili alla sola materia penale in senso formale⁵.

L'applicazione “a geometria variabile” (l'espressione è di Mazzacupa, 2017, p. 56) delle garanzie non fa venir meno, comunque, la *natura unitaria della criteriologia* da applicare quando si tratti di valutare se una misura rientra nella materia penale in senso lato. I criteri della *matière pénale* sono quelli della sentenza *Engel*,

⁵ Sul punto, cfr. in particolare Masera (2018, p. 205 ss.).

altra questione è valutare se la specifica garanzia in questione sia da estendere anche a tale ambito, o rimanga propria della materia penale in senso stretto: lo schema concettuale è chiaro, anche se mai esplicitato *ex professo* dalla Corte costituzionale.

Posta tale cornice sistematica, in queste note vogliamo soffermarci su un problema “pratico”, vogliamo cioè verificare quanto il recepimento dei criteri *Engel* da parte della Corte costituzionale corrisponda ad una reale acquisizione di tali criteri e della logica ad essi sottesa da parte dei nostri Giudici delle leggi, o se invece, almeno in alcune occasioni, il richiamo ad *Engel* corra il rischio di risolversi in un ossequio poco più che di stile ad una formula ormai entrata a fare parte del linguaggio “liturgico” del giurista. Prenderemo allora in esame due recenti decisioni della Corte costituzionale, in cui ci pare che il rinvio ad *Engel* possa ascriversi a questa seconda tipologia di situazioni, per poi svolgere, a partire dalle affermazioni contenute in tali sentenze, alcune considerazioni di portata più generale sul tema in esame.

2 LA SENTENZA N. 148/2022 E LA NATURA NON PUNITIVA DELLE MISURE PREVISTE A CARICO DEL CONSUMATORE DI STUPEFACENTI

Dopo la nota vicenda relativa al diritto al silenzio nell’ambito dei procedimenti sanzionatori davanti alla CONSOB, ove era stato riconosciuto dalla Corte costituzionale, all’esito di una diretta interlocuzione con la CGUE, il diritto a non rendere dichiarazioni indizianti la commissione di un illecito amministrativo punitivo⁶, con la sentenza ora in esame (C. cost., 148/2022, con nota di Masera, 2022). la questione torna al vaglio della Corte costituzionale, questa volta in relazione al diritto dell’acquirente di sostanze stupefacenti a non rilasciare dichiarazioni indizianti la propria responsabilità

⁶ Il riferimento è all’ordinanza della Corte costituzionale n. 117/2019 (con note di Fares (2020), Marra; Viola (2019), Ruggeri (2019)) che aveva formulato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, deciso dalla Grande sezione nel 2019 (C-489/19, con nota di Basile (2021)), decisione in seguito alla quale la Corte costituzionale aveva poi emesso la sentenza n. 84/2021 (con note di Coduti (2021), Marcheselli (2021)).

per gli illeciti amministrativi previsti dall'art. 75 t.u. stupefacenti (di seguito TUS). Pur confermando i principi affermati nel 2019 e nel 2021, la soluzione nel caso concreto è opposta, negandosi in capo all'acquirente di stupefacenti il diritto al silenzio, posto che le sanzioni di cui all'art. 75 TUS avrebbero finalità preventiva e non punitiva.

La questione era risultata rilevante in due procedimenti di convalida dell'arresto e di applicazione di misure cautelari in corso di svolgimento presso il Tribunale di Firenze nei confronti di soggetti indagati per il reato di cui all'art. 73 co. 5 TUS, per la cessione a titolo oneroso di piccole quantità di hashish. Il giudice a quo si interroga sull'utilizzabilità delle dichiarazioni rese dall'acquirente della sostanza stupefacente, che era stato sentito dalla polizia giudiziaria senza ricevere gli avvisi previsti per la persona sottoposta ad indagini; ai sensi dell'art. 64 co. 3 c.p.p., infatti, tali avvisi devono essere rivolti al soggetto che renda dichiarazioni tali da indiziare la commissione di un reato, mentre al soggetto che aveva riconosciuto l'acquisto dello stupefacente era imputabile solo l'illecito amministrativo previsto all'art. 75 TUS. Il tribunale fiorentino dubita della legittimità costituzionale di tale soluzione, peraltro ritenuta obbligata ai sensi del disposto normativo e della sua pacifica interpretazione in tal senso da parte della giurisprudenza.

Il ragionamento dell'ordinanza di rimessione parte dalla premessa che le sanzioni previste dall'art. 75 hanno natura sostanzialmente penale, in quanto caratterizzate da una finalità punitiva della condotta del consumatore di stupefacenti (come emergerebbe dalla constatazione che "l'autorità competente ad irrogarle – il prefetto – non è chiamata ad alcun accertamento sulla effettiva pericolosità dell'interessato, né sulla eventuale trasgressione, da parte di costui, delle norme relative alla circolazione stradale"), e in quanto sanzioni

dall'elevata carica afflittiva, come già riconosciuto da questa Corte nella sentenza n. 68 del 2021 in relazione alla revoca della patente di guida, le quali peraltro si lascerebbero spiegare

soltanto quali strumenti funzionali a dissuadere i consociati dall'acquistare sostanze stupefacenti e dall'incrementare, in tal modo, il traffico illecito delle sostanze medesime. (§ 4.1 del *considerato in diritto*)

Il Tribunale si richiama allora alla più recente giurisprudenza costituzionale (che, come già accennato sopra, ha esteso il diritto al silenzio alle ipotesi in cui le dichiarazioni richieste potrebbero indiziare la commissione di un illecito amministrativo punitivo), e chiede che venga dichiarata la parziale incostituzionalità dell'art. 64 co. 3 c.p.p. (per violazione degli artt. 3, 24, 111 e 177, in relazione all'art. 6 CEDU) nella parte in cui non prevede che gli avvisi ivi previsti siano rivolti anche alla persona che si sia resa responsabile dell'illecito amministrativo di cui all'art. 75 TUS (con la conseguenza, rilevante nel caso concreto, di ritenere inutilizzabili ai sensi dell'art. 64 co. 3-bis le dichiarazioni rese dall'acquirente nel processo penale a carico di chi ha venduto la sostanza).

La Corte, come già anticipato, ritiene infondata la questione sottoposta, e la ragione del mancato accoglimento deriva dal rifiuto di accogliere il presupposto logico di tutta l'argomentazione del giudice *a quo*, e cioè la riconducibilità al novero delle sanzioni sostanzialmente penali secondo i criteri *Engel* delle misure previste nei confronti del consumatore di sostanze stupefacenti dall'art. 75 TUS.

La sentenza inizia con il riportare un passaggio di una propria decisione del 2016, secondo cui

l'art. 75 TUS rappresenta il momento saliente di emersione della strategia – cui si ispira la normativa italiana in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope a partire dalla legge 22 dicembre 1975, n. 685 – volta a differenziare, sul piano del trattamento sanzionatorio, la posizione del consumatore della droga da quelle del produttore e del trafficante. L'idea di fondo del legislatore è che l'intervento repressivo debba rivolgersi precipuamente nei confronti dei secondi, dovendosi scorgere, di norma, nella figura del tossicodipendente o del tossicofilo una

manifestazione di disadattamento sociale, cui far fronte, se del caso, con interventi di tipo terapeutico e riabilitativo. (C. cost., 109/2016, § 4 del *considerato in diritto*).

Se tale impostazione trova riscontro nel co. 2 dell'art. 75 TUS, ove il legislatore prevede proprio la possibilità per il consumatore di stupefacenti di accedere a programmi terapeutici o socio-riabilitativi, o a programmi educativi o informativi personalizzati in relazione alle sue specifiche esigenze, è la stessa Corte ad ammettere come

meno evidente appare, invero, la natura giuridica delle “sanzioni” previste dal comma 1, da irrogarsi entro il minimo e il massimo previsto a seconda che la condotta abbia a oggetto droghe cosiddette “pesanti” o “leggere”, e sottoposte a un procedimento applicativo che ricalca in larga misura quello previsto per la generalità delle sanzioni amministrative dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale): la sospensione della patente di guida, del certificato di abilitazione professionale per la guida di motoveicoli e del certificato di idoneità alla guida di ciclomotori o divieto di conseguirli per un periodo fino a tre anni (lettera a); la sospensione della licenza di porto d'armi o il divieto di conseguirla (lettera b); la sospensione del passaporto o di altro documento equipollente, ovvero il divieto di conseguirli (lettera c); la sospensione del permesso di soggiorno per motivi di turismo o il divieto di conseguirlo, per ciò che concerne i cittadini extracomunitari (lettera d). (§ 4.2.2 del *considerato in diritto*)

Il giudizio in ordine alla natura sostanzialmente penale di tali misure parte dall'affermare che la pur riconosciuta “elevata carica di afflittività rispetto ai diritti fondamentali sui quali esse incidono non esclude, di per sé stessa, la loro finalità preventiva, né depone univocamente nel senso di una loro natura ‘punitiva’” (§ 4.2.3 del *considerato in diritto*). Al riguardo la sentenza ricorda come alle misure personali di prevenzione, che pure hanno una significativa incidenza su svariati diritti fondamentali, sia la Corte costituzionale

che la Corte EDU abbiano sempre negato natura sostanzialmente penale, proprio in ragione della loro finalità preventiva e non punitiva.

La Corte individua poi le ragioni per cui, al pari delle misure di prevenzione, anche le misure previste dall'art. 75 TUS non avrebbero finalità punitiva, ma preventiva.

Quanto alla misura della sospensione della patente, essa ha secondo la Corte una “finalità spiccatamente preventiva”, essendo “evidentemente funzionale a prevenire i rischi connessi alla guida di autoveicoli da parte di soggetti in stato di intossicazione” (§ 4.2.4 del *considerato in diritto*). La Corte riconosce come la recente sentenza n. 68/2021, citata nell'ordinanza di rimessione, abbia effettivamente riconosciuto “connotazioni sostanzialmente punitive” alla revoca della patente disposta dal giudice penale in caso di condanna per i reati di cui agli art. 589-bis e 590-bis c.p., ma ritiene possibile operare un distinguo rispetto a tale decisione, in quanto la misura oggetto di scrutinio nel 2021

viene irrogata direttamente dal giudice penale nella stessa sentenza di condanna, ovvero dall'autorità amministrativa a seguito della condanna penale dell'interessato per un fatto costituente reato; mentre nell'ipotesi regolata dall'art. 75 TUS la misura è disposta dall'autorità amministrativa in conseguenza dell'accertamento di un fatto che l'ordinamento ha scelto di non qualificare come reato, e che quindi non dà luogo ad alcuna conseguenza di natura penale a carico dell'interessato. Tale fatto, d'altra parte, denota – nella non irragionevole valutazione del legislatore – la possibile pericolosità del suo autore per la generalità degli utenti del traffico, in considerazione del rischio che egli si ponga alla guida di un autoveicolo in una condizione di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti. (§ 4.2.2 del *considerato in diritto*)

Per quanto riguarda poi la sospensione della licenza di porto d'armi e il divieto di conseguirla, tali misure

appaiono strumentali a evitare l'abuso intenzionale, o anche solo l'uso non accorto, di armi da parte di un soggetto con minori capacità di autocontrollo per effetto dell'assunzione di sostanze stupefacenti"; mentre la misura della sospensione del permesso di soggiorno per motivi di turismo "sottende evidentemente il venir meno dei requisiti morali minimi ai quali è subordinato il rilascio, o la persistente validità, del permesso di soggiorno per motivi di turismo nei confronti dello straniero extracomunitario, in conseguenza del paventato pericolo di turbamento dell'ordine pubblico connesso al consumo di sostanze stupefacenti da parte di costui. (§ 4.2.2 del *considerato in diritto*)

Esclusa per le ragioni appena riferite la finalità punitiva delle misure di cui all'art. 75 TUS (la sentenza non fa invero alcun cenno alla misura del ritiro del passaporto), prima di concludere per il rigetto della questione la Corte ha cura di precisare come la riconosciuta finalità preventiva di tali misure debba essere tenuta in considerazione dell'autorità amministrativa al momento di decidere in ordine alla loro concreta applicazione, con la conseguenza che

in tali valutazioni dovrà restare a priori esclusa ogni impropria logica punitiva, la quale chiamerebbe necessariamente in causa lo statuto costituzionale della responsabilità penale, incluso lo stesso "diritto al silenzio" nell'ambito del procedimento applicativo delle sanzioni qui all'esame. (§ 4.2.5 del *considerato in diritto*)

3 LA SENTENZA N. 169/2023 E LA NATURA NON PENALE DI UN'IPOTESI DI REVOCA DELLE PRESTAZIONI SOCIALI AI SOGGETTI CONDANNATI PER REATI DI PARTICOLARE GRAVITÀ

Nel caso ora in esame (C. cost., 169/2023, con nota di Masera, 2023), l'ordinanza di rinvio aveva ad oggetto la costituzionalità della disposizione, l'art. 2 comma 61 l. 92/2012, che dispone

la revoca, con effetto non retroattivo, delle prestazioni previdenziali o assistenziali, comunque denominate in base alla legislazione vigente, di cui il condannato sia eventualmente titolare, quali l'indennità di disoccupazione, l'assegno sociale, la pensione sociale e la pensione per gli invalidi civili, nei confronti dei soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato per i reati di cui al comma 58 del medesimo art. 2⁷

(E cioè per i reati di cui agli articoli 270-bis, 280, 289-bis, 416-bis, 416-ter e 422 c.p., nonché per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo).

Secondo il giudice *a quo*, tale disposizione costituirebbe una violazione dell'art. 25 comma 2 Cost. e dell'art. 117 comma 1, in relazione all'art. 7 CEDU, in quanto

stabilendo la revoca delle prestazioni previdenziali anche nei confronti di soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato al momento dell'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, *violerebbe il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole*, dovendo essere riconosciuta a tale misura natura sostanziale di sanzione penale alla luce dei criteri stabiliti nella sentenza *Engel* della Corte EDU. (§ 1 del *considerato in diritto*)

La sentenza della Corte ricostruisce innanzitutto il “quadro normativo e giurisprudenziale”, accennando *inter alia* come

la misura (abbia) *natura latamente riparatoria*, come si evince dalla devoluzione delle somme, recuperate grazie alla revoca in ragione della condanna per attività criminali di particolare allarme sociale, al Fondo per vittime dei reati di tipo mafioso e di terrorismo, andando così in qualche modo a risarcire le

⁷ Così viene ricostruito dalla Corte il contenuto della norma di cui è eccepita la parziale incostituzionalità: cfr. il § 1 del *considerato in diritto*.

vittime dei reati in questione, per effetto di una scelta razionale nella allocazione di risorse finanziarie, non illimitate, a favore di vittime di reati gravi.

La Corte rammenta poi come tale disposizione già sia stata oggetto del suo scrutinio con la sentenza n. 137/2021, che ne ha dichiarato l'*illegittimità* “nella parte in cui prevede la revoca delle prestazioni indicate nei confronti di coloro che scontino la *pena in regime alternativo alla detenzione in carcere*, con riferimento alla violazione degli artt. 2, 3 e 38 Cost.” (§ 5 del *considerato in diritto*). In quell’occasione, la Corte aveva ritenuto che fosse legittimo per il legislatore prevedere uno “statuto di indegnità” per la percezione di determinate provvidenze pubbliche per chi sia risultato colpevole di delitti particolarmente gravi, ma aveva altresì affermato che tale previsione non poteva pregiudicare quanto disposto dall’art. 38 Cost., che “configura un dovere di solidarietà che deve informare la normativa della pubblica assistenza e beneficenza a favore di chi versi in condizioni di indigenza per inabilità allo svolgimento di una attività remunerativa” (§ 1 del *considerato in diritto*). Se dunque la revoca della prestazioni poteva ritenersi legittima in relazione a coloro che erano detenuti in carcere, posto che ai bisogni di costoro provvedeva l’autorità penitenziaria, essa al contrario doveva ritenersi incostituzionale rispetto a coloro che espiavano la pena in regime di detenzione domiciliare o in altro regime alternativo alla detenzione in carcere, dal momento che essi “hanno (sì) gravemente violato il patto di solidarietà sociale che è alla base della convivenza civile, (ma) attiene a questa stessa convivenza civile che ad essi siano comunque assicurati i mezzi necessari per vivere” (§ 1 del *considerato in diritto*).

La sentenza passa poi ad elencare una serie di decisioni ove è stata ritenuta “la legittimità di meccanismi destinati ad attivarsi, in modo automatico, in conseguenza della perdita di requisiti di onorabilità” (§ 6 del *considerato in diritto*): dalle sentenze relative alla sospensione del reddito di cittadinanza in caso di sottoposizione

a misure cautelari, alle decisioni in tema di sospensione e decadenza a cariche elettive, alla sentenza in tema di revoca della patente di guida in caso di condanna per reati in materia di stupefacenti. Da tale giurisprudenza emerge secondo la Corte

la configurabilità di *conseguenze, quali effetti riflessi, della condanna penale*, consistenti in incapacità giuridiche o in limitazioni o preclusioni all'esercizio di facoltà o alla possibilità di ottenere o mantenere benefici. Essi sono regolati secondo la disciplina propria dei settori di appartenenza e *non sono soggetti alle più rigorose garanzie del sistema sanzionatorio penale e in particolare al divieto di retroattività*. (§ 9 del *considerato in diritto*) (corsivi nostri)

Venendo alla misura oggetto di scrutinio, essa

presenta tutte le caratteristiche per rientrare nella *categoria degli effetti extra-penal*i della condanna penale; tale qualificazione si fonda sulla considerazione che il legislatore, nell'esercizio della discrezionalità che gli compete nel perimetrare la platea dei beneficiari di prestazioni sociali, ha valutato l'opportunità di introdurre un nuovo requisito, caratterizzato dall'assenza di elementi di indegnità, ritenuto essenziale per la percezione e il mantenimento di prestazioni assistenziali. (§ 10 del *considerato in diritto*)

Il tema della qualificazione giuridica della misura ricorre in più passaggi della sentenza, ove si ribadisce che

la *condanna penale* non costituisce la causa dell'esclusione, ma il *presupposto di fatto oggettivo della valutazione di 'indegnità'*, il dato storico che certifica, in modo definitivo ed incontestabile, il venir meno del patto di solidarietà sociale del singolo con la comunità. [...] La revoca di cui al comma 61 dell'art. 2 della legge n. 92 del 2012 va, pertanto, qualificata come *effetto della condanna penale in ambito amministrativo* [...], un *requisito*

di natura soggettiva per beneficiare dell'erogazione della prestazione assistenziale; requisito introdotto dal legislatore con effetto non retroattivo, ma che legittimamente prende in considerazione condotte pregresse del condannato al quale il beneficio è stato riconosciuto. (§ 6 del considerato in diritto)

Solo nell'ultimo paragrafo della motivazione viene infine esplicitata la vera *ratio decidendi*, e cioè la risposta alla questione se la *misura* della revoca prevista dalla norma sottoposta a scrutinio possa o meno ritenersi *sostanzialmente penale* ai sensi dei ben noti criteri *Engel*. La motivazione sul punto è assai sintetica e può essere riportata integralmente.

Nella fattispecie in esame, quanto alla qualificazione del diritto nazionale, è sufficiente osservare che il comma 61, oggetto di censura, non solo *non reca la qualificazione formale, come "sanzione penale"*, ma manca la stessa definizione di "sanzione"; la quale, invece, è sì presente al comma 58, ma ciò, di per sé solo, non è decisivo ai fini della natura punitiva della revoca. Rileva poi – come si è già sopra sottolineato – che la *condanna penale* costituisce un *mero presupposto di fatto* utilizzato dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, per attestare il venire meno di un *requisito soggettivo di "meritevolezza"*, introdotto quale nuova condizione per fruire dell'erogazione di una provvidenza pubblica da parte dello Stato. La revoca consegue, con applicazione automatica e indifferenziata, alla definitività di una sentenza penale di condanna senza una deliberazione sul quantum che, calibrata sulle specifiche caratteristiche del caso concreto, presupporrebbe necessariamente un giudizio di riprovazione personale. La misura resta amministrativa, in quanto *priva di un collegamento funzionale con la condotta penale sanzionata*, producendo un effetto ulteriore, distinto ed autonomo in un ambito previdenziale "esterno" rispetto all'azione pubblica di repressione penale. Infine, neppure è soddisfatto il terzo criterio – la *gravosità della misura* – che il rimettente individua nelle ripercussioni di tipo economico su un soggetto privo di mezzi di sussistenza per sé stesso e la sua famiglia. Rileva che alle esigenze di mantenimento del condannato in regime di detenzione carceraria lo Stato provvede direttamente, *assicurandogli il minimo vitale* che, ai sensi

dell'art. 38 Cost., è garantito da una prestazione assistenziale, quale l'assegno sociale. Peraltro, il familiare nullatenente può accedere autonomamente agli stessi o ad altri benefici. (§ 14 del *considerato in diritto*)

Esclusa così la natura sostanzialmente penale della misura ai sensi dei criteri Engel, la Corte conclude che

la revoca prevista dal comma 61 dell'art. 2 della legge n. 92 del 2012 costituisce un *effetto extrapenale della condanna penale* e, in ogni caso, una *misura sanzionatoria amministrativa non afflittiva, priva di natura sostanzialmente penale*, la cui applicazione, in relazione a fatti oggetto di sentenze di condanna (per i reati di cui al comma 58 del citato art. 2) divenute definitive prima della sua entrata in vigore, *non integra la violazione* degli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU. (§ 15 del *considerato in diritto*)

4 I CRITERI *ENGEL* ALLA PROVA DELLA PRASSI

Le sentenze di cui si è appena terminato di dare conto sono a nostro avviso significative di quanto gli *Engel criteria* si prestino, nella lettura fornitane dalla Corte costituzionale, a forzature, se non a vere e proprie *distorsioni*, che mettono in dubbio la loro capacità di costituire un punto di riferimento solido nell'assunzione delle decisioni in ordine alla natura sostanzialmente penale di una certa misura: con il rischio, che in queste pronunce ci appare evidente, che il richiamo a tali criteri serva a dare veste sistematica a soluzioni in realtà dettate da contingenti preoccupazioni di politica criminale.

4.1 IL SECONDO CRITERIO *ENGEL* E LA DISCUTIBILE NEGAZIONE DELLA FINALITÀ PUNITIVA DI UNA MISURA AFFLITTIVA

Come noto, il *secondo criterio Engel* rappresenta lo snodo nevralgico del giudizio circa la qualificazione come sostanzialmente

penale di una misura afflittiva: quando una misura non è definita come penale dal legislatore (*primo criterio Engel*), essa può comunque essere considerata sostanzialmente penale in ragione della sua *natura* o della sua *finalità*. Senza poter qui ripercorrere una letteratura e una giurisprudenza quanto mai vaste al riguardo, il secondo criterio *Engel* conduce a qualificare come penale ogni misura che abbia *finalità punitiva* (in via esclusiva o concorrente con altre finalità), e ad escludere al contrario la natura penale di misure che abbiano *finalità preventiva* o *risarcitoria*: il finalismo punitivo della misura è pacificamente reputato essenziale nel determinarne la natura penale⁸.

Andando allora a verificare come di tale criterio abbiano fatto applicazione le sentenze sopra sintetizzate, emergono *forti perplessità* rispetto al percorso motivazionale seguito per *negare* in entrambi i casi la *finalità punitiva* della misura in questione.

4.1.A

Per quanto riguarda la decisione del 2022, e prendendo le mosse dagli argomenti relativi alle *singole misure* previste dall'art. 75 TUS, in ordine alla *sospensione della patente* la Corte, come visto sopra, ritiene addirittura “evidente” la sua finalità di prevenire i rischi connessi all'uso di veicoli da parte di soggetti in stato di intossicazione da stupefacenti, e ritiene non decisivo il proprio precedente in cui era stata riconosciuta natura punitiva alla revoca della patente conseguente alla condanna per i reati di cui agli artt. 589-bis e 590-bis, posto che in quel caso la misura era disposta dal giudice penale o dall'autorità amministrativa in seguito alla condanna penale, mentre nel caso in esame la misura ha natura esclusivamente amministrativa. Il passaggio che non ci convince riguarda il *distinguishing* operato rispetto al precedente del 2021, in cui si valorizza la circostanza che nel caso in esame l'applicazione della misura sia indipendente dalla commissione di un reato. In realtà, nella criteriologia della materia

⁸ Cfr. ampiamente sul punto i lavori citati *supra*, nota n. 4.

penale di origine convenzionale, quello del legame della misura con un procedimento penale è un *criterio distinto* da quello della finalità della misura: per stabilire la natura dell'illecito (secondo criterio *Engel*), quando la finalità punitiva o preventiva risulti incerta, possono essere utilizzati altri *criteri sussidiari*, tra cui appunto il suo legame con un procedimento formalmente penale o la sua applicazione da parte del giudice penale. Nella sentenza della Corte costituzionale, invece, l'assenza di tale legame viene utilizzata a sostegno della sua natura preventiva, e quindi come fattore in grado di fondare il distinguo rispetto all'affermata natura punitiva della revoca della patente da parte del giudice penale. L'argomento della mancanza di legame con un procedimento penale avrebbe quindi potuto, a nostro parere, venire utilizzato dalla Corte nel giudizio complessivo sulla natura sostanzialmente penale dell'illecito, ma non a sostegno della tesi della finalità preventiva della misura, posto che la finalità di una misura non dipende dal soggetto chiamato ad applicarla.

Solo pochi cenni vengono poi dedicati alla misura del *ritiro del porto d'armi*, che, tra le diverse misure previste dalla norma, è quella rispetto alla quale la tesi della natura preventiva pare effettivamente più plausibile; e a quella del *diniego del permesso di soggiorno* per motivi di turismo, ove la sentenza fa riferimento a non meglio precisati "requisiti morali minimi" ai quali sarebbe subordinato tale permesso (in realtà non vi è alcuna norma che preveda tale requisiti, la cui formulazione nei termini usati dalla sentenza lascerebbe peraltro dubitare della sua legittimità sotto il profilo del rispetto della riserva di legge di cui all'art. 10 co. 2 Cost.), e al pericolo per l'ordine pubblico rappresentato da uno straniero che consumi stupefacenti.

Il punto più debole della motivazione consiste tuttavia nella scelta di non fare neppure un cenno alle ragioni per cui sarebbe da attribuire natura preventiva alla misura del *ritiro del passaporto*. In effetti, davvero non si vede quale esigenza di prevenzione possa stare a fondamento di una misura che non ha all'evidenza altra finalità

che quella di punire il consumatore di stupefacenti, impedendogli di lasciare il Paese, e dunque limitando in modo significativo un diritto costituzionale senza alcuna finalità di tutela preventiva dell'ordine o della sicurezza pubbliche. La mancanza di ogni riferimento a tale misura rappresenta l'implicito riconoscimento che rispetto ad essa non vi erano appigli per motivarne la finalità preventiva, e dunque equivale in sostanza a riconoscere che almeno una delle misure previste dall'art. 75 TUS ha *indiscutibilmente finalità punitiva*.

Se rispetto alle singole misure l'argomentazione della loro natura preventiva non pare dunque particolarmente solida (se non forse rispetto al porto d'armi), ed è poi addirittura del tutto assente rispetto alla misura che ha un evidente scopo punitivo (il ritiro del passaporto), vi sono anche *elementi di contesto*, non valorizzati dalla Corte, che a nostro avviso de-pongono nel senso della natura punitiva delle misure previste dall'art. 75 TUS.

Innanzitutto, ci pare indicativo della finalità punitiva il *criterio di quantificazione della durata* delle stesse, che dipende dal fatto che si tratti di consumo di droghe pesanti o leggere, secondo il medesimo modello adottato dall'art. 73 TUS per la determinazione delle pene per i reati di cessione di stupefacenti. Certo tale criterio potrebbe essere giustificato anche in chiave preventiva, supponendosi che il consumatore di droghe pesanti rappresenti un pericolo più persistente per l'ordine pubblico; ma in realtà, nel disegno complessivo del legislatore, la differenza sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere trova una spiegazione più piana nella volontà di “trasferire” il sistema punitivo previsto in sede penale per le ipotesi di cessione, al sistema “punitivo” amministrativo previsto per il consumatore.

Depone poi deporre per una qualificazione in senso punitivo la circostanza che l'applicazione di almeno una misura sia *obbligatoria* per il prefetto, posto che in prospettiva preventiva dovrebbe essere concessa all'autorità amministrativa la possibilità di astenersi dall'applicare alcuna misura, quando nel caso concreto il consumatore non mostri profili di pericolosità per l'ordine pubblico,

mentre la necessità di applicare comunque una misura è perfettamente coerente con una logica punitiva. L'art. 75 co. 14, in realtà, prevede che le misure di cui al co. 1 possano essere sostituite (solo per la *prima volta*) con un *ammonimento* a non fare più uso delle sostanze, quando “il caso sia di *particolare tenuità* e ricorrano elementi tali da far presumere che la persona si asterrà, per il futuro, dal commettere i fatti di cui al primo comma”. Ma anche tale disposizione si legge più agevolmente in una logica punitiva piuttosto che preventiva, considerato come la non applicazione di alcuna misura sia legata alla tenuità del caso e sia praticabile solo la prima volta in cui venga contestata la violazione, entrambi requisiti da cui emerge la *minore gravità del fatto* per cui si viene puniti, più che la mancanza di pericolosità del suo autore.

Orienta ancora nella medesima direzione il giudizio anche l'elemento dell'applicabilità all'illecito di cui all'art. 75 delle disposizioni previste per la *generalità degli illeciti amministrativi* dalla l. 689/1981; non solo, infatti, come ricorda la Corte, il procedimento applicativo ricalca quello delineato dalla legge del 1981, ma è lo stesso art. 75 co. 12 a prevedere che “si applicano, per quanto compatibili, le norme della sezione II del capo I (rubricato ‘applicazione’) e il secondo comma dell'art. 62 della legge n. 689/1981”. Ora, considerato come il *genus* di illecito amministrativo delineato dalla l. 689/1981 rappresenti per unanime opinione l'*archetipo dell'illecito amministrativo punitivo*, riconducibile alla materia penale in senso lato, l'ampio ed espresso riferimento dell'art. 75 a tale legge ci pare un indizio importante delle reali finalità del legislatore.

Volgendo poi lo sguardo alla *complessiva strategia di contrasto* al consumo di stupefacenti delineato dall'attuale normativa, il richiamo alle finalità di intervento “*terapeutico e riabilitativo*” cui sarebbe orientato l'art. 75 può valere, come sottolinea la Corte, per la misura della partecipazione volontaria ad un *programma riabilitativo* prevista dal co. 2, ma davvero non ci pare possa essere

esteso alle misure del co. 1. La nostra legislazione degli ultimi decenni in materia di stupefacenti è caratterizzata da un *solidissimo impianto punitivo*, al punto che l'originaria formulazione dell'art. 75 co. 1 prevedeva che la sanzione amministrativa si applicasse in luogo di quella penale solo se la detenzione a fine di consumo avesse ad oggetto una quantità di sostanza non superiore alla "dose media giornaliera", e solo l'esito del referendum del 1993 ha escluso in ogni caso la rilevanza penale della detenzione con finalità di consumo personale. Lungi, quindi, dal rappresentare misure preventive, nel disegno del legislatore del 1990 le misure dell'art. 75 co. 1 rappresentavano una forma *meno grave di sanzione*, da applicare al consumatore in luogo di quella penale applicabile allo spacciatore per evitare una criminalizzazione a tappeto del consumo che sarebbe stata impossibile da gestire da parte dell'apparato repressivo: una misura meno grave, ma a tutti gli effetti e senza dubbi una *misura punitiva*, a cui il co. 2 affiancava la previsione, essa sì formulata in chiave preventiva, di percorsi di recupero cui il consumatore poteva decidere di accedere. Insomma, una lettura sistematica porta a considerare le sanzioni di cui all'art. 75 co. 1 non già come un intervento preventivo che si contrappone alla logica punitiva dell'art. 73, bensì come un affievolimento del trattamento sanzionatorio per il consumatore rispetto allo spacciatore, all'interno comunque di un approccio punitivo nei confronti di entrambe le tipologie di condotte (al punto che, come appena visto, nel sistema pre-referendum anche il consumatore poteva andare incontro a sanzioni penali, se trovato in possesso di un significativo non modesto di stupefacente).

4.1.B

Nella sentenza del 2023 analizzata sopra, la questione rilevante ai fini della decisione atteneva alla riconducibilità o meno, all'interno del perimetro della materia penale *à la Engel*, della misura della *revoca delle prestazioni assistenziali* per i condannati per *gravi reati*. Se tale questione fosse stata risolta in senso positivo, la misura

introdotta nel 2012 sarebbe dovuta essere applicabile solo a soggetti condannati per reati compiuti dopo la sua approvazione, perché così impone (secondo una giurisprudenza costituzionale ormai pacifica) il principio di irretroattività delle modifiche sfavorevoli per tutte le misure punitive (anche se formalmente non di natura penale); con conseguente dichiarazione di parziale incostituzionalità della norma nella parte in cui, secondo una prassi pacifica, consente l'applicazione della revoca anche a soggetti condannati per fatti antecedenti al 2012.

A tale specifica questione, la sentenza dedica solo l'ultimo, rapidissimo paragrafo, svolgendo osservazioni che lasciano sullo sfondo i problemi a nostro avviso più rilevanti. Se infatti, come ci pare indiscutibile, il punto decisivo è capire se la revoca in esame appartenga o meno alla materia penale secondo i criteri *Engel*, le considerazioni che precedono l'ultimo paragrafo a ciò dedicato non forniscono molti spunti di interesse.

Sicuramente non fornisce indicazioni in un senso o nell'altro il precedente del 2021, quando la Corte aveva scrutinato, sotto diverso profilo, la legittimità della medesima disposizione costituzionale in questione. Come ricorda la sentenza in commento, e come abbiamo già visto sopra, in quell'occasione la Corte aveva affermato la legittimità della previsione da parte del legislatore di uno "statuto di indegnità" che privi soggetti condannati per determinati reati delle prestazioni previdenziali o assistenziali, a condizione che non si tratti di soggetti che scontano la pena fuori dal carcere, e necessitano di tali prestazioni per vivere: nessun cenno era stato fatto rispetto alla natura o meno sostanzialmente penale della misura ai sensi dei criteri *Engel*.

Anche il passaggio successivo, dove la sentenza cita diverse pronunce che hanno stabilito "la *legittimità di meccanismi* destinati ad attivarsi, in modo automatico, in conseguenza della *perdita di requisiti di onorabilità*", non contribuisce a risolvere il problema della natura penale della revoca, posto che la sentenza omette totalmente di citare i passaggi, pur presenti nelle decisioni citate, ove

la Corte si era soffermata sulla natura penale *à la Engel* delle misure di volta in volta esaminate⁹.

In effetti, il riferimento ai precedenti non riguarda le ragioni per cui era stata riconosciuta o negata nel singolo caso la finalità punitiva della misura, ma viene valorizzato esclusivamente per confermare quella che è la vera *ratio decidendi* della pronuncia qui in commento, e cioè la constatazione che la revoca delle prestazioni assistenziali non rappresenta una misura sostanzialmente penale, perché è da ascrivere al novero degli *effetti extra-penali* della sentenza di condanna, trattandosi di un requisito di meritevolezza rispetto al quale la sentenza penale di condanna ha la funzione di mero presupposto di fatto.

E' questo il *leit motiv* della pronuncia, che emerge prima quando viene ricostruita la giurisprudenza in materia di requisiti di onorabilità; poi quando vengono ricostruiti i caratteri della misura (e si conferma quanto appena visto sopra, aggiungendo che la revoca dei benefici, per il tempo in cui sconti la pena in carcere, è un mero *requisito di erogazione* della prestazione); e infine, come si ricorderà, quando si motiva in relazione al secondo criterio *Engel*, e in sostanza non si fa che ribadire che la mancata ricorrenza di tale criterio deriva dal fatto che la revoca non denota un “giudizio di riprovazione personale”, ed è “*priva di un collegamento funzionale con la condotta penale* sanzionata producendo un effetto ulteriore, distinto ed autonomo in un ambito previdenziale rispetto all’azione pubblica di repressione penale”.

Al nodo della questione, se la revoca sia da considerare penale secondo i criteri *Engel*, la sentenza arriva appunto, come già notato,

⁹ Vengono citate le sentenze n. 126/2021 e 122/2020, in tema di sospensione del reddito di cittadinanza in caso di sottoposizione a misure cautelari; n. 248/2019, relativa ad una legge della Regione Umbria che prevedeva l'esclusione di finanziamenti per le imprese i cui titolari siano stati condannati per certe categorie di reati; n. 161/2018, sul divieto di accesso alla professione di autotrasportatore per fatti che costituiscono violazione degli obblighi in materia previdenziale ed assistenziale; n. 35/2021, 36/2019, 276/16 e 236/2015 in tema di decadenza e sospensione dalle cariche elettive; n. 22/2018, relativa alla revoca della patente di guida per condanne in materia di stupefacenti.

solo nell'ultimo paragrafo, con considerazioni molto sintetiche e a nostro avviso poco convincenti.

Quanto al *primo criterio*, relativo alla qualificazione come sanzione penale ad opera della legislazione interna, solitamente è quello che pone meno problemi, posto che il novero delle sanzioni penali in senso stretto è facilmente desumibile dal dato legislativo. Nel caso di specie, tuttavia, vi era un profilo di complessità, che la sentenza in verità mette in luce, ma si limita a ritenere non decisivo. Come visto sopra, in effetti, la sentenza ricorda come la legge che ha introdotto l'istituto in esame preveda espressamente che, quando la revoca dei benefici venga disposta dal giudice penale nella sentenza di condanna per uno dei reati per cui è la stessa prevista, essa abbia natura di *sanzione accessoria* (art. 2 comma 58 l. 92/2012)¹⁰, ed abbia quindi anche formalmente natura di sanzione penale. La norma oggetto di scrutinio da parte della Corte non è, però, il comma 58, ma il comma 61 dell'art. 2, che si riferisce alle ipotesi in cui, entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, la revoca delle prestazioni di cui all'art. 58 debba venire disposta dall'autorità amministrativa, nei confronti dei soggetti condannati con sentenza definitiva per uno dei reati di cui al comma 58¹¹. La sentenza evidenzia che nel comma 61 il legislatore non usa il termine “sanzione” o “sanzione penale” per definire la revoca, e conclude che l'uso di tale espressione nel comma 58 “non è decisivo ai fini della natura punitiva della revoca”.

¹⁰ “Con la sentenza di condanna per i reati di cui agli articoli 270-bis, 280, 289-bis, 416-bis, 416-ter e 422 del codice penale, nonché per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, il giudice dispone la *sanzione accessoria* della revoca delle seguenti prestazioni, comunque denominate in base alla legislazione vigente, di cui il condannato sia eventualmente titolare: indennità di disoccupazione, assegno sociale, pensione sociale e pensione per gli invalidi civili”.

¹¹ “Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro della giustizia, d'intesa con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, trasmette agli enti titolari dei relativi rapporti l'elenco dei soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato per i reati di cui al comma 58, ai fini della revoca, con effetto non retroattivo, delle prestazioni di cui al medesimo comma 58, primo periodo”.

In realtà, l'insistito richiamo del comma 61 al comma 58 per definire contenuto e presupposti della revoca avrebbe a nostro avviso dovuto indurre ad una più attenta riflessione circa i rapporti tra le due disposizioni. Da un lato, infatti, si può anche condividere l'affermazione per cui la qualificazione come sanzione accessoria della revoca dei benefici, quando disposta dal giudice penale nella sentenza di condanna, non possa di per sé sola condurre a ritenere qualificabile come sanzione *formalmente* penale la medesima revoca quando essa viene disposta dall'autorità amministrativa, sia pure a seguito di una sentenza penale di condanna. Ciò che non ci convince, però, non è tanto il non ritenere integrato il primo criterio *Engel*, che avendo natura formale può ben reputarsi sussistente per la revoca disposta dal giudice penale (posto che il legislatore la definisce espressamente come sanzione accessoria, e quindi anche formalmente penale), e non per la medesima revoca applicata dall'autorità amministrativa (dal momento che la norma non contiene alcuna specifica qualificazione). Il problema è che la perfetta coincidenza contenutistica della revoca di cui al comma 61 all'esame della Corte, con la revoca qualificata come sanzione penale al comma 58, avrebbe dovuto essere tenuta in considerazione al momento di valutare, nell'ambito del giudizio relativo al *secondo criterio Engel*, la natura e la finalità o meno *punitiva* della misura oggetto di scrutinio; mentre la sentenza non fa altro che constatare come nel comma 61 il legislatore non parli né di sanzione né tantomeno di sanzione penale, e non trae alcun elemento di riflessione in ordine alla natura della revoca *ex* comma 61 dalla *sua sostanziale sovrapponibilità con la sanzione (penale)* di cui al comma 58.

Il vero *punctum dolens* della pronuncia sta, tuttavia, proprio nel passaggio dedicato al *secondo criterio Engel*, dove in modo alquanto sorprendente la sentenza non fa alcun riferimento al tema della finalità o meno punitiva della revoca. La Corte, infatti, ritorna sulla circostanza che la condanna penale costituisce un "*requisito soggettivo di meritevolezza*", ed è "priva di un collegamento funzionale con al condotta penale sanzionata", producendo effetto

“in un ambito previdenziale ‘esterno’ rispetto all’azione pubblica di repressione penale”: alla questione di quale sia la finalità, diversa da quella punitiva, che starebbe a fondamento della revoca, non viene dedicato neppure un cenno, quando è proprio il tema della finalità della misura a rappresentare il cuore del secondo criterio *Engel*.

In realtà, nel testo della sentenza, quando la Corte ricostruisce “il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento”, vi è un cenno alla questione della finalità per cui il legislatore avrebbe previsto nel 2012 di introdurre la revoca: il passaggio, riportato sopra, ove si afferma che la revoca ha “natura *latamente riparatoria*”, dal momento che le somme recuperate sono destinate al *Fondo per vittime dei reati di tipo mafioso e di terrorismo*.

L’argomento, tuttavia, ci pare tutt’altro che decisivo, e tale sembra considerarlo la stessa sentenza, visto che non viene ripreso proprio quando si sarebbe dovuto trattare, a proposito del secondo criterio *Engel*, della *finalità* della misura. Già secondo la formulazione della sentenza la misura ha solo “latamente” natura riparatoria (natura che, come noto, ai sensi della corrente interpretazione del secondo criterio *Engel* presso la giurisprudenza di Strasburgo, escluderebbe il carattere sostanzialmente penale della misura), e in effetti sembra difficile argomentare che la destinazione ad un fondo per le vittime di mafia e terrorismo delle somme risparmiate grazie alla revoca dei benefici, possa rappresentare l’esclusiva o prevalente finalità della revoca stessa; quando invece, secondo giurisprudenza costante, per negare natura penale ad una misura affittiva la *finalità diversa* da quella punitiva deve risultare *almeno prevalente* nel delineare i contorni e le caratteristiche della misura stessa¹².

In altri termini, anche ammessa la natura “latamente riparatoria” della misura in esame, andava argomentato perché fosse da escludere la sua natura punitiva: argomentazione quanto mai necessaria, considerato come la revoca in esame abbia gli stessi

¹² Sullo specifico tema della compresenza di più finalità, come affrontato dalla giurisprudenza della Corte EDU, cfr. Masera (2018, p. 69 ss.).

caratteri e mutui la propria disciplina da una misura espressamente qualificata come sanzione penale accessoria dallo stesso legislatore in un diverso comma dello stesso articolo di legge. Anche se ricade, come nota la sentenza, su ambiti diversi da quello penale, ci pare assai difficile negare (e del resto la sentenza neppure prova a farlo) che la revoca dei benefici previdenziali e assistenziali abbia anche e soprattutto la *finalità di inasprire il trattamento sanzionatorio* nei confronti dei condannati per gravi reati, e quindi abbia una *finalità punitiva* che avrebbe dovuto condurre ad affermarne la natura penale ai sensi del secondo criterio *Engel*.

4.2 IL TERZO CRITERIO *ENGEL* E LA SUA NATURA SUSSIDIARIA, PIÙ CHE REALMENTE ALTERNATIVA, RISPETTO AL CRITERIO DELLA FINALITÀ PUNITIVA

L'*iter* argomentativo seguito dalla sentenza in materia di stupefacenti conduce poi a ritenere che, secondo la criteriologia della materia penale adottata dalla nostra Corte costituzionale, i celebri tre criteri *Engel* siano in *realtà solo due*. Come noto, secondo lo schema fissato dalla celebre sentenza della Corte EDU del 1976, il criterio della gravità della sanzione rappresentava un parametro autonomo e alternativo a quello della natura o della finalità punitiva: tanto che, proprio nel caso *Engel*, la Corte aveva escluso che una misura disciplinare detentiva applicata ad un militare avesse natura punitiva e dunque fosse da considerare penale ai sensi del secondo criterio, ma aveva qualificato comunque come sostanzialmente penale la sanzione alla luce del terzo criterio, in ragione della sua elevata carica afflittiva.

Ora, tale modello risulta implicitamente derogato dalla Corte nella sentenza, laddove si sostiene che l'elevata carica di afflittività della misura non depone univocamente nel senso della sua natura punitiva, né è incompatibile con una finalità preventiva. Da autonomo criterio di qualificazione della natura penale di un illecito, quale è da considerare secondo la criteriologia *Engel*, la gravità della sanzione

(*id est* la sua carica afflittiva) è “declassata” ad elemento (non decisivo) da tenere in considerazione insieme ad altri per valutare la natura punitiva dell’illecito, che diventa dunque l’*unico* criterio per valutare la natura sostanzialmente penale di una misura amministrativa.

Non si tratta certo di una novità della sentenza del 2022, che sul punto non fa che richiamarsi ai precedenti (propri e della Corte EDU) in materia di *misure di prevenzione personali*, ove è stata negata natura penale a misure fortemente afflittive, come la sorveglianza speciale, proprio in ragione della loro asserita finalità preventiva e non punitiva; ma la conferma di tale principio da parte della sentenza in esame è però interessante perché porta all’attenzione dell’interprete profili di criticità che in relazione alle decisioni sulle misure di prevenzione erano rimasti sottotraccia.

Le decisioni in cui è stata negata natura penale alle misure di prevenzione (dalla sentenza *De Tommaso* della Corte EDU alle decisioni della Corte citate nella sentenza) sono, infatti, tutte ipotesi in cui la garanzia penalistica che veniva invocata (il *principio di legalità-tassatività*) trovava riscontro anche nelle *garanzie* apprestate dalla Convenzione (o dalla nostra Costituzione) a *tutela del diritto fondamentale* (la libertà di circolazione) su cui andava ad incidere la misura di prevenzione. Alla *negazione* della *natura penale* aveva fatto quindi seguito comunque il *riscontro della violazione* (o dell’eccezione di costituzionalità), perché era stato ritenuto violato il principio per cui le misure incidenti sulla libertà di circolazione devono essere descritte in modo tassativo dalla legge: il rilievo dell’affermazione circa la natura non penale delle misure di prevenzione, anche se gravemente afflittive, era stato allora messo in ombra dall’importanza di decisioni che avevano comunque segnato una svolta in senso garantistico.

Nel caso ora allo studio, invece, la garanzia invocata dal giudice *a quo* a fondamento della questione di costituzionalità è peculiare della materia penale, e di conseguenza la negazione della natura sostanzialmente penale della misura conduce inevitabilmente

a negare anche l'estensione della garanzia in questione. Appare allora evidente come la riduzione del criterio della gravità della misura a mero indicatore della finalità punitiva porti con sé una significativa *riduzione dell'area della materia penale* in senso lato, negandone l'estensione ad ipotesi (come, quasi per paradosso, quella oggetto del *leading case* del 1976) di misure anche gravemente afflittive dei diritti fondamentali del destinatario.

Ma su quali basi si fonda questa operazione ermeneutica restrittiva della materia penale, effettuata senza che né la Corte EDU né la Corte costituzionale abbiano mai espressamente dichiarato il superamento dell'originaria criteriologia? E se davvero l'afflittività della misura non ne comporta di per sé la natura penale, anche misure preventive che incidano sulla *libertà personale* giacerebbero al di fuori della materia penale, e il loro corredo di garanzie sarebbe allora solo quello previsto dalle norme poste a presidio di tale diritto (l'art. 13 Cost. e l'art. 5 CEDU)? O invece quando è in gioco la libertà personale, le garanzie della materia penale dovrebbero comunque ritenersi applicabili, anche al di là della finalità perseguita dal legislatore nel disporre la misura? Si tratta di quesiti tutt'altro che banali, e che non trovano adeguata risposta né nella giurisprudenza convenzionale, né (per quanto qui più interessa) nella nostra giurisprudenza costituzionale.

5 CONCLUSIONI: I PUNTI CHE NECESSITANO UNA PRECISAZIONE DA PARTE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Abbiamo soffermato a lungo l'attenzione su due specifiche sentenze della Corte costituzionale, tra le molte che negli ultimi anni si sono occupate del problema qui allo studio della definizione del perimetro della *matière pénale costituzionale*, perché ci paiono esemplari dei rischi cui si può andare incontro in mancanza della necessaria precisazione concettuale della nozione in questione.

In entrambi i casi, abbiamo visto come l'argomento della finalità punitiva della misura o sia stato escluso con argomenti poco convincenti (nella sentenza del 2022) o addirittura sia stato completamente eluso (nella decisione del 2023), quando nella criteriologia *Engel*, cui entrambe le sentenze si richiamano, proprio la finalità punitiva è il fulcro dell'operazione di estensione delle garanzie oltre il perimetro del formalmente penale.

In entrambe le sentenze, poi, appaiono molto chiare le ragioni di *politica criminale* che inducono la Corte a ritenere insussistenti le violazioni invocate. *Stupefacenti e criminalità organizzata* sono tra le materie più sensibili per l'opinione pubblica, ed ogni intervento in questa materia della Corte costituzionale, che produca un indebolimento dell'apparato di contrasto ai fenomeni criminali in questione, risulta sempre particolarmente delicato.

Nel caso in tema di diritto al silenzio del consumatore di stupefacenti, erano chiare le importanti conseguenze pratiche che avrebbe comportato per il sistema di *law enforcement* una pronuncia di accoglimento della questione prospettata. Mentre oggi, al consumatore che si rifiuti di fornire informazioni circa il soggetto responsabile della cessione, l'ufficiale di polizia giudiziaria può prospettare l'addebito del delitto di favoreggiamento personale, qualora l'eccezione fosse stata accolta non solo il consumatore non si sarebbe reso responsabile di alcun reato in caso di reticenza, ma avrebbe dovuto essere sentito con le garanzie previste dall'art. 64 c.p.p. Un mutamento di non poco conto, che sarebbe andato ad impattare proprio sull'attività di contrasto allo spaccio al minuto (dove è decisivo il contributo in sede di identificazione da parte dei cessionari della sostanza), che più di ogni altra incide su quella "sicurezza percepita" che da decenni orienta la politica criminale del nostro legislatore. Un conto allora è riconoscere il diritto al silenzio nei locali ovattati dove la CONSOB svolge la propria attività sanzionatoria, un conto è riconoscerlo ad un consumatore di stupefacenti fermato mentre acquista la sostanza vietata. Per evitare di mettere in discussione i principi affermati nelle decisioni precedenti,

ed al contempo evitare una pronuncia di incostituzionalità dagli effetti probabilmente dirompenti in un settore così delicato come quello del contrasto al traffico di stupefacenti, alla Corte si apriva solo la strada tutta in salita del negare natura sostanzialmente penale alle misure dell'art. TUS, e tale strada è stata imboccata.

Anche nel caso della revoca dei benefici assistenziali, accogliere l'eccezione di incostituzionalità avrebbe comportato un significativo depotenziamento dell'apparato di contrasto predisposto dalla novella del 2012, questa volta in materia di criminalità organizzata. Se intesa (a nostro avviso doverosamente) come misura punitiva, la revoca dei benefici assistenziali avrebbe potuto essere applicata solo nei futuri procedimenti per fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge, e dunque la disposizione sottoposta a scrutinio (che prevede, lo ricordiamo, la disciplina della revoca dei benefici per soggetti già condannati in via definitiva) sarebbe stata in sostanza privata di alcun margine applicativo: un risultato cui, evidentemente, la Corte costituzionale riteneva opportuno non pervenire.

Per evitare, allora, che vengano pronunciate ancora in futuro sentenze relative alla nozione di *matière pénale* in cui non risulta del tutto chiaro il contenuto di tale nozione, e ove si avverte il rischio di decisioni assunte più per ragioni di politica criminale, che di effettiva applicazione dei criteri che pur si dichiara di adottare, ci pare possibile individuare alcuni punti su cui sarebbe interessante se la Corte trovasse l'occasione di prendere posizione. I criteri *Engel* nascono per impedire al legislatore una “truffa delle etichette” fondata sul dato formale della natura non penale della misura, quando in realtà la stessa ha contenuto punitivo; ora la categoria della finalità punitiva non deve diventare a sua volta “un’etichetta”, da attribuire discrezionalmente sulla base di criteri vaghi e poco precisi.

5.A

Il primo punto concerne l'esatta portata del richiamo normalmente operato dalla Corte costituzionale ai *criteri Engel*: il

richiamo è ai tre criteri generali formulati nel 1976 dalla Corte EDU, o anche a tutta la (imponente) giurisprudenza che a partire da quella data si è sviluppata a livello convenzionale?

Si tratta di una questione che trova pacifica risposta quando si tratti di applicare in qualità di parametro interposto di costituzionalità *ex art. 117 CEDU* le garanzie riconosciute in sede convenzionale, che ovviamente vanno interpretate (anche per quanto riguarda il loro ambito applicativo) alla luce dei più recenti orientamenti della pertinente giurisprudenza di Strasburgo.

Ma abbiamo visto che la Corte costituzionale si richiama ai criteri Engel anche in relazione alla nozione di materia penale rilevante ai fini dell'applicazione delle garanzie costituzionali, che non necessariamente trovano riscontro in sede convenzionale. In queste situazioni (quando cioè si tratta di applicare una garanzia riconosciuta solo a livello costituzionale) non vi è alcun vincolo istituzionale a tenere conto dell'evoluzione della giurisprudenza europea, trattandosi di questione di pura rilevanza interna: il richiamo ad *Engel* può allora essere inteso come un'espressione di sintesi, idonea a veicolare nel linguaggio ormai corrente la centralità dei criteri della finalità della misura e della gravità dell'offesa, o va invece inteso in senso più rigoroso, come riferito a tutta l'evoluzione del concetto cui si è assistito negli ultimi decenni nella giurisprudenza europea?

Non ci pare che la Corte costituzionale abbia mai fornito una risposta esplicita a tale problema, cui vogliamo dedicare ora qualche brevissima riflessione.

Se la garanzia di cui si discute l'estensione ha natura solo costituzionale, e non convenzionale, il rinvio agli *Engel criteria* rileva solo in quanto si ritenga che tali criteri forniscano dal punto di vista della loro *persuasività* la migliore definizione di cosa si debba intendere per materia penale in senso ampio, ma non ha alcun carattere vincolante per la Corte costituzionale. Quando si tratta di una garanzia costituzionale, la nozione di materia penale costituzionale

è autonoma da quella di *matière pénale* convenzionale, che può ben essere presa a riferimento in chiave di comparazione (come possono esserlo le nozioni di materia penale in senso lato adottate da altre Corti supreme¹³), ma senza privare la Corte costituzionale di un margine di manovra (anche ampio) nel rideterminare in modo autonomo i suoi confini.

Insomma, è ovvio che i nostri giudici delle leggi, se intenderanno fornire *ex professo* una autonoma nozione di materia penale costituzionale, dovranno confrontarsi non solo con i criteri *Engel* come formulati nel 1976, ma con tutta la copiosa giurisprudenza successiva; ma si tratterà di un confronto rilevante in quanto scientificamente proficuo al fine di addivenire ad una nozione quanto più possibile convincente di materia penale costituzionale, senza alcun vincolo ai risultati cui è pervenuta la Corte di Strasburgo. Sappiamo bene come la giurisprudenza europea in argomento sia complessa e a volte non priva di aspetti poco chiari o di soluzioni contraddittorie: nulla vieta alla Corte costituzionale, una volta preso spunto dallo “spirito” più che dalla lettera degli *Engel criteria*, di formulare una nozione di materia penale non esattamente coincidente con quella europea, che pure non può che rimanere l’imprescindibile pietra di paragone della plausibilità della soluzione che si intenderà adottare.

5.B

Una volta intrapresa la strada di una definizione della nozione costituzionale di materia penale, che prenda spunto dalla criteriologia di *Engel* ma non si identifichi con essa, l’aspetto certamente più delicato riguarda la definizione di quali siano gli elementi per determinare la *natura* sostanzialmente penale di una misura afflittiva. Un dato è fuori discussione: l’elemento centrale nel definire l’area della *matière pénale* è rappresentato dalla *finalità* che persegue il legislatore nel disporre la misura afflittiva (nel senso di

¹³ Per una ricostruzione di tale nozione nella giurisprudenza delle Corti supreme tedesca, americana e spagnola, cfr. ad esempio Masera (2018, p. 111 ss.).

misura incidente su un diritto fondamentale). Quando la misura ha finalità *punitiva*, le devono in linea di massima venire riconosciute le garanzie della materia penale, da intendere in senso lato come *materia punitiva*; quando invece la misura, nonostante la sua natura afflittiva, persegua finalità *preventive* o *risarcitorie-ripristinatorie*, le sono da riconoscere le garanzie costituzionali e convenzionali proprie del diritto su cui va ad incidere (le garanzie, ad esempio, del diritto alla libertà personale, alla libertà di movimento, alla proprietà o alla vita familiare), ma non le garanzie peculiari della materia punitiva in senso ampio.

All'interno di questa cornice concettuale, si pone anzitutto l'esigenza, evidenziata dall'analisi delle sentenze prese in esame, di una *motivazione esplicita* circa l'*effettiva finalità* della misura in questione: l'individuazione della teleologia dell'intervento legislativo sui diritti fondamentali è lo snodo principale della definizione di materia penale, e deve essere oggetto di attenta e specifica considerazione, specie riguardo alle finalità alternative a quella punitiva che sarebbero veicolate dalla misura afflittiva. Si tratta, è inutile negarlo, di un giudizio altamente discrezionale, cui è difficile rimangano estranee anche considerazioni di politica criminale in ordine alle conseguenze dell'attrazione della misura nell'ambito della materia penale; tuttavia, almeno qualche direttiva generale, sulle cadenze e sui parametri cui improntare tale giudizio, ci pare potrebbe essere fornita dalla Corte.

La prima questione di portata generale riguarda l'esito del giudizio nell'ipotesi (tutt'altro che infrequente) in cui risulti la *compresenza di diverse finalità* cui è ispirata la misura. L'orientamento della giurisprudenza di Strasburgo è nel senso che, per negare natura penale ad una misura che ha *anche* una finalità punitiva, non sia sufficiente riscontrare un'altra finalità, ma sia necessario accertare che questa sia *prevalente* sulla finalità punitiva: è questa anche la struttura del giudizio in ordine alla materia penale costituzionale? E' evidente che, anche con questa precisazione, rimarrebbe un giudizio ad altissimo tasso di discrezionalità, ma chiarirne la struttura serve

almeno ad imporre decisioni che si confrontino *ex professo* con la questione della prevalenza, senza eluderla.

La seconda tematica meritevole di chiarimento riguarda il ruolo che, nel determinare la natura penale di una misura, rivestono *gli altri criteri* “di contesto” elaborati negli anni dalla Corte EDU (su tali criteri, cfr. ancora Masera, 2018, p. 74 ss.). Il collegamento della misura con un procedimento penale; l’autorità (penale o amministrativa) deputata ad applicarla; i criteri di determinazione più o meno legati alla gravità oggettive e soggettiva del fatto; l’applicabilità della norma alla generalità dei consociati o solo ad una categoria di soggetti: questi ed altri elementi, legati alla disciplina peculiare alla singola misura, sono in grado di determinarne la riconducibilità all’area della materia penale (in positivo od in negativo, cioè nel senso di fondarla o escluderla in presenza piuttosto che in mancanza di uno di tali requisiti), o sono invece elementi da considerare *sussidiari* rispetto al criterio della finalità punitiva, nel senso che servono ad orientare il giudizio solo quando vi è un dubbio circa la teleologia punitiva della misura? Una risposta a tale interrogativo, che conduca la Corte a chiarire i rapporti tra il criterio teleologico ed i criteri di contesto, sarebbe quanto mai preziosa, per evitare motivazioni in cui alcuni di tali elementi vengono addotti a sostegno della conclusione assunta, senza che sia chiara la loro valenza alternativa o meramente sussidiaria al criterio finalistico, e quindi senza che sia chiaro il loro reale ruolo nel processo di qualificazione.

5.C

Un’ultima questione che meriterebbe di essere chiarita è quella relativa al peso da attribuire al criterio della *gravità* della misura. Abbiamo già chiarito sopra i termini della questione, e non possiamo ora che rinviare alle considerazioni già svolte. Dalla giurisprudenza sia convenzionale che costituzionale, pare desumersi che tale criterio non abbia realmente natura alternativa a quello della finalità punitiva, in quanto anche misure incidenti sulla libertà personale sono

considerate estranee alla materia penale, se prive di finalità punitiva: se questo è davvero l'orientamento della Corte costituzionale, il superamento della tradizionale criteriologia di *Engel*, che è invece esplicitamente orientata nel senso dell'alternatività, merita di essere argomentato e di non rimanere più sotto traccia.

REFIRIMENTI

BASILE, Enrico. La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi". In: **Sistema Penale**, Milano, Ed. Associazione "Progetto Giustizia Penale", 3-2-2021.

CODUTI, Daniele. Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB. In: **Federalismi.it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato**, Roma, Ed. Federalismi, n. 22, p. 121 ss., 2021.

FARES, Guerino Massimo Oscar. Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia. In: **Dirittifondamentali.it**, Roma, Ed. Associazione Diritti Fondamentali, n. 1, p. 57 ss., 2020.

MANES, Vittorio. Profili e confini dell'illecito para-penale. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 60, n. 3, p. 988-1.007, 2017.

MARCHESELLI, Alberto. Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria (spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021). In: **Consulta Online: Rivista Giuridica Scientifica di Fascia A**, Firenze, Ed. Giurcost.org, v. II, p. 530 ss., 2021.

MARRA, Giuditta; VIOLA, Massimiliano. La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali: riflessioni in merito all'ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117. In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed.

Associazione “Progetto Giustizia Penale”, n. 7-8, p. 143 ss., 2019.

MASERA, Luca. Ancora la Corte costituzionale sulla nozione di *matière pénale*, rispetto ad un’ipotesi di revoca delle prestazioni sociali. In: **Giurisprudenza Costituzionale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 68, n. 6, p. 2.709-2.731, 2023.

MASERA, Luca. La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventive e non punitiva. In: **Sistema Penale**, Milano, Ed. Associazione “Progetto Giustizia Penale”, 14-7-2022.

MASERA, Luca. **La nozione costituzionale di materia penale**. Torino: Giappichelli, 2018.

MAZZACUVA, Francesco. **Le pene nascoste**: topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico. Torino: Giappichelli, 2017.

RUGGERI, Antonio. Ancora un passo avanti della consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019). In: **Consulta Online: Rivista Giuridica Scientifica di Fascia A**, Firenze, Ed. Giurcost.org, v. II, p. 242 ss., 2019.

VIGANÒ, Francesco. Il *nullum crimen* conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’? In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed. Associazione “Progetto Giustizia Penale”, 5-4-2017.

Recebido em: 6-8-2025

Aprovado em: 30-10-2025

LA SUPRESIÓN DE LA FIGURA DEL PRONTO DESPACHO EN LA RECONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO¹

Marcos Grandal²
Camila Kusnier

SUMÁRIO. I Introducción. II La figura del pronto despacho y el instituto del silencio negativo previo a su modificación por la Ley 27.742. III Las modificaciones introducidas a la figura del pronto despacho y el instituto del silencio negativo por la Ley 27.742. Incorporación del silencio positivo. III.a La Incorporación del Silencio Administrativo Positivo. III.b La Supresión del Pronto Despacho como Condición para la Configuración del silencio Denegatorio Previsto en el Artículo 10 de la LNPA. III.c La supresión del pronto despacho para la configuración del silencio en el reclamo administrativo previo. IV Consideraciones sobre el nuevo paradigma del instituto del pronto despacho en el reclamo administrativo previo. V Reflexiones finales. Referencias.

¹ **Como citar este artículo científico.** GRANDAL, Marcos; KUSNIER, Camila. La supresión de la figura del pronto despacho en la reconfiguración del silencio administrativo en la ley nacional de procedimiento administrativo. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 227-245, set.-dez. 2025.

² Profesor (UBA - UADE - ISSP). Maestrando en Derecho LL.M (UA) y en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Abogado. Correo electrónico: grandalmarcos@hotmail.com

I INTRODUCCIÓN

No admite controversia, en el estadio actual del Derecho Administrativo, que todo ciudadano, al promover el inicio de un procedimiento administrativo, ostenta—por imperio del ordenamiento legal, constitucional y convencional— el derecho a obtener por parte del órgano u ente administrativo un pronunciamiento expreso, motivado y emitido en plazo razonable. En efecto, el cumplimiento de esta innegable obligación de la Administración emana, en el orden interno, de lo consagrado en los artículos 14 de la Constitución Nacional y, en lo que a nuestra materia respecta, de lo normado en el artículo 3 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (en adelante, LNPA) el cual consagra el principio de competencia que constituye el deber legal de obrar; mandato que se ve, a su vez, robustecido por las modificaciones introducidas en el art. 1º *bis* del mismo cuerpo legal³

En rigor de verdad, esta obligación estatal de resolver no solo encuentra basamento en el propio texto de la Constitución, sino también en diversos instrumentos internacionales con igual jerarquía normativa⁴, en virtud de lo establecido en el artículo 75, inciso 22 de nuestra Ley Fundamental.

En palabras de Cassagne (2009, p. 267), el deber de resolver es un verdadero principio general del derecho que no se circunscribe a los jueces, sino que se extiende a toda la Administración frente a las peticiones de los ciudadanos.

³ Cabe remitirse, en este sentido, al inciso a) del artículo 1º *bis* de la LNPA, que consagra el principio de *tutela administrativa efectiva*, el cual comprende, entre otros extremos, en su apartado (iii), el derecho del administrado a obtener una decisión fundada; en el apartado (iv), el derecho a que los procedimientos administrativos se desarrollen y concluyan en un plazo razonable; y, asimismo, al inciso g), apartado (i), que impone carácter obligatorio a los plazos del procedimiento administrativo, tanto para los particulares como para la propia Administración.

⁴ v. Artículo 8 inciso 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 2º, inciso 3º, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

No obstante tales mandatos, si nos proponemos a observar el funcionamiento de la Administración Pública, la realidad nos revela que su obrar administrativo se caracteriza, en no pocas ocasiones, por una morosidad burocrática que desnaturaliza los fines propios de la función administrativa, colocando al administrado en una situación de clara y palmaria indefensión.

Fue así como, con el propósito de evitar el menoscabo de los derechos de los administrados, el legislador ha consagrado la figura del silencio administrativo. Este instituto se erige con el propósito de garantizar una solución frente a la ambigüedad o inactividad de la autoridad administrativa para emitir una respuesta o realizar un acto que la ley exige. En esencia, el silencio administrativo es, por lo tanto, el instrumento jurídico cuyo objeto consiste en salvaguardar y paliar la situación de indefensión que deriva de la pasividad o ambigüedad de la Administración Pública.

En este contexto –y en lo que aquí particularmente interesa–, la reforma introducida a la LNPA por conducto de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos – Ley 27.742 – y por el Decreto Reglamentario N.º 695/2024 al Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Decreto N.º 1.759/72, en adelante, RLNPA) ha incidido de forma directa en la regulación del instituto del silencio administrativo, modificando los requisitos necesarios para su configuración.

Es por ello que el presente trabajo tendrá como objetivo abocarse al examen de las modificaciones introducidas en los artículos 10 y 31 de la LNPA, con particular detenimiento y atención en la supresión y/o declaración de su carácter facultativo –según sea el caso– de la exigencia de interposición del pronto despacho como presupuesto *sine qua non* para la configuración del denominado silencio negativo.

II LA FIGURA DEL PRONTO DESPACHO Y EL INSTITUTO DEL SILENCIO NEGATIVO PREVIO A SU MODIFICACIÓN POR LA LEY 27.742

Previo a la reforma introducida a la LNPA, la normativa federal consagraba como regla general –la cual hoy fecha se mantiene– que el silencio o ambigüedad de la Administración, frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretará como denegatorio y, solo excepcionalmente, mediando disposición expresa, podrá acordarse al silencio un sentido positivo.

En ese sentido, el artículo 10 de la LNPA establecía con suma claridad que

el silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración (se eliminaron las mayúsculas para una mejor lectura).

Del articulado de referencia podemos extraer, asimismo, la exigencia normativa conforme a la cual para que se tenga por configurado el silencio establecido en el artículo 10 de la LNPA era necesaria la participación activa del ciudadano, quien debía interponer, luego de transcurridos sesenta (60) días –o el plazo especial aplicable– un pronto despacho y sólo en caso de que transcurrieran otros treinta (30) días sin que mediara pronunciamiento expreso, se consideraba configurado el silencio denegatorio de la Administración.

De lo anterior se desprende que la interposición del pronto despacho se trata de una facultad del ciudadano –y no una carga en sentido estricto–, por cuanto no podía derivarse perjuicio

alguno si optaba por no interponerlo y decidía, en cambio, esperar el pronunciamiento de la Administración, sin perjuicio de que, en tal hipótesis, no se configuraría el silencio y quedaría sometido a la incertidumbre, el arbitrio y la discrecionalidad del tiempo administrativo (Muñoz, 1982, p. 77).

Sobre este punto, parte de la doctrina ha sido particularmente crítica respecto de la obligatoriedad de la interposición del pronto despacho como requisito configurativo del silencio, en tanto ha sostenido que dicho procedimiento resulta excesivamente dilatorio y complejo, y que en modo alguno contribuye a la vigencia efectiva del principio de legalidad ni a la adecuada tutela de los derechos de los administrados (Cassagne, 2021, p. 647-649).

Por otro lado, en lo que respecta a la *vía recursiva* regulada en los artículos 23 y 24 de la LNPA, la regla general –que, vale adelantar, tras la reforma se mantiene vigente– dispone que el silencio negativo se configura de manera automática luego de transcurrido el plazo de treinta (30) días establecido, según corresponda, en los artículos 87, 91, 94 y 98 del RLNPA, sin la necesidad de la interposición de pronto despacho.⁵

Sin perjuicio de ello, y aun cuando la normativa federal no lo contemplaba de modo expreso, lo cierto es que, vencido dicho plazo, si el ciudadano optaba por intentar resolver la controversia en sede administrativa, podía igualmente interponer el pronto despacho, o bien, alternativamente, promover directamente la acción judicial correspondiente, sin que en tal hipótesis resultara exigible la aplicación del –entonces– plazo de caducidad de noventa (90) días hábiles judiciales previsto en el artículo 25 de la LNPA, toda vez que dicho plazo –que constituye una verdadera carga procesal en cabeza del administrado– se encuentra, en principio, reservado para los supuestos en que medie una resolución expresa dictada por la Administración (Cassagne, 2010, p. 4).

⁵ En relación con ello, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que, en la vía recursiva, el silencio administrativo, se configura automáticamente (v. dictamen PTN 306:194 *bis*).

Vale recordar, en este punto que sin perjuicio se haya configurado el silencio negativo, ello no obsta a que, en caso de que el administrado considere necesaria la emisión de un pronunciamiento expreso por parte de la Administración, puede acudir a la vía judicial mediante la acción de amparo por mora –prevista en el artículo 28 de la LNPA– a fin de solicitar al juez que compela a la autoridad administrativa competente a dictar el acto que corresponda.

Por último, en lo que respecta a la *vía reclamatoria* contemplada en los artículos 30 y ss. de la LNPA, menester es advertir –como punto de partida necesario– que el régimen vigente con anterioridad a la reforma operada por la denominada “Ley Bases” se encontraba delineado por la –tan controvertida y resistida– Ley 25.344.

En efecto, dicha modificación incorporó una alteración sustancial al régimen originario de la LNPA, al establecer –en una clara orientación restrictiva del acceso jurisdiccional del administrado– que el silencio negativo debía sujetarse, no ya al plazo de prescripción, sino a los términos perentorios previstos en el artículo 25 de la referida ley.

Así lo disponía el artículo 31, en su redacción reformada, al prescribir que, “vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción”.

En rigor de verdad, esta modificación importaba una severa restricción al derecho de acción, en tanto el instituto del silencio –originariamente concebido como una garantía sustitutiva frente a la inacción estatal– pasaba a operar, de modo paradójico, en perjuicio del particular, al imponer un plazo de caducidad para la promoción de la demanda, aún cuando la Administración no se hubiera pronunciado en el plazo legal establecido.

No obstante ello, la controvertida previsión encontró solución en el célebre fallo “*Biosystems*”⁶ en donde la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró su inconstitucionalidad y, *a posteriori*, fue objeto de una interpretación singular por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con remisión al dictamen de la Procuración Fiscal de la Nación –Dra. Laura Monti–, sin acudir a la declaración de inconstitucionalidad, ya que consideró que la instancia judicial debía ser habilitada⁷

Tal como lo ha señalado autorizada doctrina, la aplicación del plazo de caducidad ante la omisión de la Administración de resolver el reclamo desnaturaliza la finalidad de la figura del silencio, cuya finalidad no es otra que la de permitir al administrado la iniciación del proceso judicial sobre la base de una ficción de rechazo establecida por el legislador, liberándolo, de ese modo, de tener que seguir esperando un pronunciamiento expreso que demora más de lo debido (De la Riva; Perrino, 2014, p. 2).

A nuestro juicio, resulta jurídicamente insostenible que la inacción de la Administración –ya violatoria del deber de emitir un pronunciamiento expreso y fundado en plazo razonable– pueda operar como presupuesto para cercenar el derecho del administrado a la revisión judicial.

Conforme lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que, bajo el régimen precedente de la LNPA, la configuración del silencio negativo en los términos del artículo 10 como en el marco del reclamo administrativo previo regulado en los artículos 30 y ss. de

⁶ CSJN Fallos: 346:921, “*Biosystems S.A. c/ EN - M.º Salud - Hospital Posadas s/ contrato administrativo*”, sentencia del 11/02/2014.

⁷ En este punto, compartimos las tan acertadas reflexiones del Dr. Julio C. Durand, quien disiente con la solución adoptada por la CSJN, no porque sus efectos sean negativos sino por la imposibilidad de interpretar la norma en el sentido propuesto frente a la claridad de su texto (que, a su juicio, debió conducir a la declaración de su inconstitucionalidad). En este sentido el Dr. Durand explica que el art. 31 de la LNPA es suficientemente explícito al disponer la aplicación del plazo de caducidad del art. 25, LNPA al caso del silencio denegatorio del reclamo administrativo previo, y que tal solución resulta inconstitucional, tal como había sido declarada por la Sala III de la Cámara Contencioso Administrativo Federal (ampliar en DURAND, 2014, p. 400).

la LNPA, el legislador requería, como requisito *sine qua non*, la interposición del pronto despacho por parte del ciudadano, una vez vencido el plazo previsto para que la Administración se expidiera (sesenta (60) días en el primer caso, noventa en el segundo), seguido de un nuevo término de treinta (30) o cuarenta y cinco (45) días, respectivamente, tras el cual se configuraba el silencio. En cambio, en lo que respecta al régimen recursivo previsto en los artículos 23 y 24 de la LNPA –complementado por lo dispuesto en los artículos 87, 91, 94 y 98 del RLNPA–, la solución era diferente toda vez que el pronto despacho no se requería como condición necesaria para la configuración del silencio negativo, el cual operaba de pleno derecho vencido el término de treinta (30) días fijado reglamentariamente.

Sobre dicha base, en los apartados siguientes intentaremos brindarles un análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 27.742 en los artículos 10 y 31 de la LNPA.

III LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A LA FIGURA DEL PRONTO DESPACHO Y EL INSTITUTO DEL SILENCIO NEGATIVO POR LA LEY 27.742. INCORPORACIÓN DEL SILENCIO POSITIVO

Como es sabido, el impulso reformador de la Ley 27.742 no ha dejado exento de cambios a la figura del pronto despacho y el instituto del silencio administrativo. En rigor, la reforma introducida a la LNPA –inscripta en una lógica de transformación y desburocratización del procedimiento administrativo federal– ha operado relevantes modificaciones sobre los postulados de los artículos 10 y 31 de la LNPA, alterando sustancialmente los presupuestos que regían hasta entonces para tener por configurado el silencio administrativo y, en consecuencia, considerar agotada la vía administrativa.

En este acápite, habremos de delimitar nuestro análisis a tres modificaciones que, a nuestro juicio, revisten de singular relevancia:

- a) la incorporación del silencio administrativo positivo;
- b) la supresión del requisito de interposición del pronto despacho como condición *sine qua non* para la configuración del silencio denegatorio previsto en el artículo 10 de la LNPA; y
- c) la eliminación de pronto despacho en el marco del reclamo administrativo previo regulado por el artículo 30 y siguientes de la misma ley.

III.a LA INCORPORACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Si bien excede el objeto del presente trabajo, es menester aclarar que, en el marco del rediseño del instituto del silencio administrativo, una de las innovaciones más relevantes introducidas por la Ley 27.742 es la atribución de efecto positivo o estimatorio a la inactividad formal de la Administración ante pedidos de autorizaciones administrativas para llevar a cabo alguna “conducta o acto” en ejercicio de facultades regladas presentadas por ciudadanos y no excluida del ámbito del silencio positivo por el mismo art. 10 de la LNPA o su reglamentación.

En ese sentido, en lo atinente al instituto del silencio administrativo, el plexo normativo vigente ha quedado estructurado bajo dos grandes vertientes. Por un lado, subsiste—aún como principio rector y de aplicación ordinaria— la configuración del silencio en su modalidad negativa, en virtud de la cual, una vez fenecidos los plazos establecidos sin que la Administración se interpreta dicha omisión como una denegatoria tácita de la solicitud.

Tal solución se desprende con claridad del inciso a) del art. 10 de la LNPA el cual establece que el silencio “cuando se tratare de pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa” y que “solo mediando disposición expresa podrá conferirse al silencio sentido positivo”.

Por otro lado –y como novedad introducida por la reforma– se ha incorporado el silencio administrativo positivo en aquellos casos en los que los administrados han solicitado realizar una determinada conducta o acto en el marco del ejercicio de una facultad reglada de la administración. Ergo, al vencerse el plazo para la resolución y sin que la administración haya emitido pronunciamiento alguno, el silencio se interpretará de manera positiva, exceptuando los supuestos expresamente establecidos por ley.

De lo expuesto se colige que, a diferencia del silencio con sentido denegatorio –cuya principal función es habilitar el acceso a la instancia judicial–, el silencio positivo tiene como finalidad habilitar al particular a realizar aquello que fuera solicitado ante la administración y no fuere resuelto.

En palabras de García-Trevijano Garnica (1994, p. 23) “[...] el silencio positivo responde a la necesidad de dar agilidad administrativa a determinados sectores, evitando los perniciosos efectos que la desidia de la Administración puede tener sobre la operatividad de dicho sectores o ámbitos.”.

III.b LA SUPRESIÓN DEL PRONTO DESPACHO COMO CONDICIÓN PARA LA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO DENEGATORIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LNPA

Por imperio de la reforma operada por la Ley de Bases, ha sido suprimida del artículo 10 de la LNPA, la exigencia de interposición del pedido de pronto despacho como condición necesaria para la configuración del silencio administrativo con efectos denegatorios. En efecto, basta el mero transcurso del plazo conferido a la Administración para expedirse –que, en defecto de previsión expresa, se establece en sesenta (60) días– para que el interesado pueda tener por configurado el silencio negativo y, en consecuencia, considerar agotada la instancia administrativa.

Lo expuesto se colige, expresamente del texto del artículo 10, inciso a), segundo párrafo, que dispone: “si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, este no podrá exceder de sesenta [60] días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado podrá dar por configurado el silencio de la Administración”.

Como consecuencia de esta modificación, el silencio negativo previsto en la primera parte del artículo 10 de la LNPA se configura de pleno derecho, sin requerir que el administrado denuncie la mora de la Administración mediante la interposición de un pedido de pronto despacho, ni que transcurra, ulteriormente, un segundo período de inactividad.

Conforme a lo hasta aquí desarrollado, entendemos que la supresión del requisito de interposición del pronto despacho comporta una reafirmación del principio de tutela administrativa efectiva precedentemente desarrollado, en tanto impone a la Administración una carga más rigurosa de resolver dentro del plazo legalmente establecido, sin condicionarla ya a la actuación impulsora del administrado.

Sin perjuicio de ello, si bien continúa vigente la facultad del administrado de acudir a la instancia judicial a través del amparo por mora –previsto en el artículo 28 de la Ley 19.549–, lo cierto es que la reforma opera como una disposición normativa que refuerza el deber de pronunciamiento expreso, motivado y en plazo, restringiendo así los márgenes de inactividad estatal. Es por ello que, a nuestro criterio, la eliminación del requisito de pronto despacho se traduce en un beneficio para el ciudadano, en la medida en que permite tener por agotada la vía administrativa en un lapso de tiempo más expedito y célere, ello al prescindir de una exigencia formal que, bajo el régimen anterior, dilataba el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa.

III.c LA SUPRESIÓN DEL PRONTO DESPACHO PARA LA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO EN EL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO

Analizada la supresión del requisito de interposición de pronto despacho en el marco del silencio del artículo 10 de la LNPA, corresponde ahora dirigir nuestra atención a las modificaciones introducidas al régimen aplicable al reclamo administrativo previo tras la sanción de la Ley 27.742.

Previo a ello, a efectos de un correcto entendimiento, resulta oportuno destacar que en lo respecta a la *vía recursiva* –como hemos oportunamente señalado– la regla general se mantuvo sin modificaciones. En efecto, subsiste el principio de configuración automática del silencio administrativo una vez transcurrido el plazo reglamentario de treinta (30) días, conforme lo establecido en los artículos 87, 91, 94 y 98 del RLNPA, sin la necesidad de la interposición de pronto despacho.

Ahora bien, distinta ha sido la suerte de la *vía reclamatoria*, que sí ha sido objeto de sustanciales reformas. En tal sentido, si bien se ha mantenido incólume el plazo de noventa (90) días hábiles administrativos conferido a la autoridad competente para expedirse respecto del reclamo, el legislador ha adoptado una solución normativa diferenciada y sustancial en lo que concierne tanto al instituto del pronto despacho cuanto a los presupuestos necesarios para la configuración del silencio administrativo con efectos denegatorios.

En lo que aquí concierne, corresponde señalar que, vencido el plazo legal de noventa (90) días hábiles administrativos –plazo que, por disposición del nuevo artículo 31 de la LNPA, puede ser ampliado fundadamente por el Poder Ejecutivo Nacional, a requerimiento del organismo interviniente, hasta un máximo de ciento veinte (120) días, cuando medien razones de complejidad o de emergencia pública–, el administrado se encuentra facultado para requerir –si es que así lo desea– pronto despacho.

A partir de allí, si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días –plazo también susceptible de ser extendido hasta sesenta

(60) días bajo las mismas condiciones antes referidas— sin que la autoridad administrativa se haya pronunciado, el interesado quedará habilitado para promover la acción contenciosa administrativa, la cual se establece —muy acertadamente— que podrá ser interpuesta en cualquier momento, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. En este aspecto, resulta manifiesto el apartamiento del régimen anterior, introduciendo una modificación de entidad que permite superar los inconvenientes derivados de la aplicación del sistema instaurado por la Ley 25.344, cuya implementación fue objeto de cuestionamiento en el precedente “Biosystems”.

En este nuevo esquema normativo, se consagra que, configurado el silencio por el mero vencimiento del término legal —o su prórroga— sin pronunciamiento, el interesado podrá promover la acción judicial correspondiente en cualquier momento, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. Se suprime, entonces, cualquier plazo perentorio o de caducidad y sólo habrá que observar el de prescripción.

En rigor de verdad, bajo el prisma de estas reformas, instar el pronto despacho en esta etapa no reviste ya de carácter obligatorio e ineludible sino, antes bien, de una facultad concedida en resguardo del administrado, a quien le asiste el derecho —y no la carga— de mantener viva la instancia administrativa.

Como bien analizaremos precedentemente, entendemos que, una vez vencido el término de noventa (90) días hábiles —o el plazo ampliado conforme la nueva redacción del artículo 31 de la LNPA— sin que se haya expedido resolución alguna, ha de reputarse configurado de pleno derecho el silencio administrativo con efectos denegatorios, encontrándose por ello agotada la vía administrativa. En otras palabras, el instituto del pronto despacho ya no es de carácter obligatorio para el administrativo, sino meramente facultativo y opcional, encontrándose el mismo disponible mas no impuesto como requisito *sine qua non* para la habilitación de la vía instancia contencioso administrativa.

IV CONSIDERACIONES SOBRE EL NUEVO PARADIGMA DEL INSTITUTO DEL PRONTO DESPACHO EN EL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO

A la luz de una interpretación literal del artículo 31 de la LNPA, cabe señalar que, con la incorporación del verbo “*podrá*” – introducido por la reforma de la Ley de Bases–, la interposición del pronto despacho, a los efectos de dar por agotada la vía administrativa, ha dejado de ostentar carácter de obligatorio para devenir en una facultad meramente facultativa del ciudadano.

Con los alcances de lo analizado precedentemente, entendemos que, la reconfiguración del instituto del pronto despacho como una facultad meramente facultativa del administrado habilita a este a optar entre dos vías o alternativas procedimentales distintas: por un lado, instar su interposición a efectos de exigir a la Administración un pronunciamiento expreso; o bien, prescindir de dicha interposición en virtud de que –según nuestro criterio y entendimiento– el silencio administrativo ya se encuentra configurado, lo que conlleva, sin más, al agotamiento de la vía administrativa y la consecuente habilitación de la instancia contencioso administrativa.

Cabe aquí remitirnos al texto de la norma, que reza: “[...] Vencido ese plazo, el interesado podrá requerir pronto despacho y, si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda [...]”.

Al respecto, como bien nos enseña Vincenti, hay que recordar que la inconsecuencia o la falta de previsión nunca se supone en el legislador y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras; y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (doctrina de Fallos: 319:3241; 321:2021 y 2453; 324:667; 329:21; 346:25; 347:1313, entre otros) (Vincenti, 2024, p. 399).

En consecuencia, bajo el prisma de dicho principio, entendemos que si el legislador sustituyó la previsión normativa de tipo imperativa por un verbo de carácter facultativo, lo hizo con plena conciencia de sus efectos. Consideramos que la mutación normativa no puede tildarse de inocua ni accidental; antes bien, debe reputarse expresión inequívoca de la voluntad de suprimir el carácter obligatorio del pronto despacho.

La modificación literal del texto demuestra una verdadera voluntad que en modo alguno puede reputarse fruto del descuido o de la inadvertencia. Antes bien, constituye una manifestación deliberada por flexibilizar los requisitos de acceso a la instancia jurisdiccional.

En esta inteligencia, entendemos que la norma –aunque ha conferido al pronto despacho carácter meramente facultativo–, en caso de interponerlo, obliga al particular a soportar la transcurencia de un nuevo plazo de cuarenta y cinco (45) días en espera de una respuesta de la Administración para dar por configurado el silencio negativo y el consecuente agotamiento de la vía administrativa.

Ello es así, en tanto la norma expresa “[...] y, si transcurrieren otros cuarenta y cinco días podrá aquél iniciar la demanda”. De esta cita literal se desprende que el legislador optó por una redacción que, de tal manera, los cuarenta y cinco días posteriores al pronto despacho sean una condición para que el particular pueda iniciar la demanda.

Desde nuestra modesta postura, no exenta de reparos, disentimos con el alcance conferido por el legislador al instituto del pronto despacho, en tanto su interposición –lejos de constituir un instituto eficaz para el administrado– deviene en una desventaja para quien opta por ejercerlo. Ello así, pues si el particular prescinde de dicha presentación, acaecidos los plazos establecidos por la normativa para la configuración del silencio negativo, se encuentra habilitado para promover la acción contencioso administrativo sin la obligatoriedad de someterse a la espera de un nuevo plazo de cuarenta y cinco (45) días.

En efecto, sostenemos que el silencio administrativo se configura con el mero vencimiento del plazo de noventa (90) días hábiles fijado por la norma –o el plazo ampliado–, sin que resulte menester la interposición del pronto despacho para su configuración. La presentación del pronto despacho, en caso de efectuarse, dará lugar a un nuevo cómputo del plazo de cuarenta y cinco (45) días –o el plazo ampliado–, vencido el cual y ante la falta de resolución por parte de la Administración se configurará nuevamente el silencio negativo. En otras palabras, el silencio se configura una primera vez, por el mero transcurso del plazo legal, y eventualmente una segunda vez si el administrado optara por requerir pronto despacho.⁸

Por otro lado, sostenemos que el pronto despacho debe y puede ser desistible por el particular, quien en caso de que desee desistir de la vía administrativa y presentar la demanda judicial, dado que su interposición, al ser facultativa, no elimina la configuración del silencio negativo transcurridos los noventa (90) días que establece el artículo 31 de la LNPA en su primera parte.

Esta lógica encuentra sólido respaldo en el criterio consagrado en el Decreto Reglamentario N.º 1.759/72 en lo que respecta al recurso de alzada interpuesto contra actos definitivos emanados de entes autárquicos. En efecto, dicho reglamento reconoce expresamente la facultad de desistimiento del administrado al establecer que “La elección de la vía judicial hará perder la administrativa; pero la interposición del recurso de alzada no impedirá desistirlo en cualquier estado a fin de promover la acción judicial, ni obstará a que se articule ésta una vez resuelto el recurso administrativo.” (v. artículo 95 del referido Decreto).

En esta línea, corresponde rememorar el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual ha señalado con

⁸ Criterio distinto puede verse en Cassagne y Perrino (2024, p. 171); Balbín (2025, p. 629); Perrino (2024, p. 171), quienes sostienen que la reforma no ha suprimido la obligatoriedad del pronto despacho y que este continúa erigiéndose como un requisito para la configuración del silencio negativo, posición que –a nuestro juicio– desconoce el alcance gramatical que el legislador ha querido imprimirle a la reforma con la inclusión del término “podrá”.

claridad que el silencio debe favorecer al particular, y no es razonable que se premie la actitud negligente de la Administración haciendo jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo (Fallos 316:2477).

En síntesis, por los motivos expuestos, celebramos que el nuevo régimen establecido por la reforma introducida por la Ley de Bases a LNPA ha suprimido la obligatoriedad del pronto despacho para la configuración del silencio negativo frente al reclamo administrativo previo, lo cual permite al particular la posibilidad de acudir de forma más expedita a los estrados judiciales, en estricta consonancia con los principios de celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia que rigen la actividad administrativa⁹.

Por último, y no por ello menos relevante, sostenemos que dicho instituto puede ser desistido por el administrado, en caso de que hubiera optado por su interposición.

V REFLEXIONES FINALES

Al abordar el presente estudio, nuestro propósito no ha sido otro que intentar proporcionarles un entendimiento más claro acerca de la supresión que el legislador ha querido y concebido en torno al instituto del pronto despacho en el marco de la LNPA, albergando la sincera esperanza de haberlo logrado.

En esa tesitura, no cabe sino reconocer que la reforma en cuestión, aunque no exenta de luces y sombras, se erigía como una necesidad impostergable. Ciertamente, el texto preexistente, con el devenir de los años, había quedado irremediabilmente desactualizado y obsoleto frente a la evolución de las legislaciones administrativas en otros ordenamientos jurídicos. Es por ello que celebramos la inequívoca y resoluta voluntad del legislador por actualizar la normativa, reafirmando así el compromiso con el imperio de la juridicidad y la tutela de quienes buscan amparo frente a la morosidad del obrar administrativo.

⁹ Cabe remitirse, en este punto, al inciso c) del artículo 1.º *bis* de la LNPA, que consagra los principios de celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia en los trámites.

Así, desde nuestra modesta posición, hemos intentado ofrecerles una postura diferente –aunque no por ello desprovista de la humildad y del respeto que la materia exige– en torno a algunos de los aspectos que esta reconfiguración normativa plantea, con la aspiración de contribuir, siquiera mínimamente, al debate de la academia.

Concluimos señalando que el esfuerzo vertido en este artículo está dedicado, con inmensa gratitud y profunda admiración al Dr. Fabián Canda, cuya generosa y desinteresada vocación por el derecho administrativo nos inspira a honrar esta disciplina. A él –y a todos los que mantienen viva la fe en que este derecho puede ser repensado, reformulado e incluso soñado– les dedicamos estas líneas, escritas al amparo de la convicción de que, sólo sobre los hombros de quienes nos precedieron, podemos intentar construir algo mejor.

REFERENCIAS

BALBÍN, Carlos. **Manual de derecho administrativo**. 6. ed., actual. y ampl. Buenos Aires: La Ley, 2025.

CASSAGNE, Ezequiel. **El control de la inactividad formal de la Administración**. Buenos Aires: La Ley, 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de derecho administrativo**. t. II. 13. edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley, 2021.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Ley nacional de procedimientos administrativos**. Buenos Aires: La Ley, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos; PERRINO, Pablo Esteban. El acto administrativo en la ley de bases. En: **Revista Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Ed. La Ley, Edición Especial Ley Bases, 2024.

DE LA RIVA, Ignacio; PERRINO, Pablo Esteban. La Corte

Suprema ratifica la inoperancia del plazo de caducidad ante el silencio administrativo frente al reclamo previo. En: **El Derecho - Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Ed. El Derecho, n. 550, 2014.

DURAND, Julio C. **La Corte Suprema y el plazo para promover demanda contra el Estado en la llamada “vía reclamatoria”**. Buenos Aires: La Ley, 2014.

GARCÍA-TREJEVIANO GARNICA, Ernesto. **El silencio administrativo en la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común**. Madrid: Civitas, 1994.

MUÑOZ, Guillermo. **Silencio de la administración y plazos de caducidad**. Buenos Aires: Astrea, 1982.

PERRINO, Pablo Esteban. Principales reformas introducidas por la ley de bases al instituto del silencio administrativo. En: **Revista Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Ed. La Ley, Edición Especial Ley Bases, 2024.

VINCENTI, Rogelio W. Reformas de la ley bases en materia de reclamo administrativo previo. En: Alonso Regueira, Enrique (Ed.). **Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino**: tomo celeste. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2024.

Recebido em: 30-9-2025

Aprovado em: 12-11-2025

VÍDEOS INFORMATIVOS SOBRE CIÊNCIAS FORENSES: UM INSTRUMENTO PARA MELHORAR A COMPREENSÃO JUDICIAL DA PROVA PERICIAL^{1e2}

Maria João Lourenço³

RESUMO

A crescente dependência da prova pericial nos processos penais tem evidenciado uma tensão entre a sofisticação técnica das ciências forenses e a limitada literacia científica dos julgadores. No entanto, a sofisticação técnica das ciências forenses nem sempre é acompanhada por uma capacidade equivalente dos julgadores para compreenderem e avaliarem criticamente os métodos e inferências que suportam aquele tipo de prova. Estudos empíricos têm revelado que juízes e jurados atribuem frequentemente valor probatório elevado à prova pericial com base em sinais extrínsecos de autoridade – como a experiência declarada do perito, o seu estatuto institucional ou a confiança com que comunica – em vez de critérios técnicos de validade e confiabilidade. Este artigo analisa os limites de validade

¹ **Como citar este artigo científico.** LOURENÇO, Maria João. Vídeos informativos sobre ciências forenses: um instrumento para melhorar a compreensão judicial da prova pericial. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 247-270, set.-dez. 2025.

² Este artigo foi publicado na Revista Scientia Iuridica, n.º 368, p. 635-653, 2025. Disponível em: <<https://revistas.uminho.pt/index.php/scientiaivridica/article/view/6678/7638>>.

³ Professora Convidada equiparada a Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho. Advogada. Endereço eletrónico: mjlourenco@direito.uminho.pt

e confiabilidade de várias técnicas forenses atualmente utilizadas, destacando os riscos decorrentes da sua aplicação acrítica no foro penal. Partindo desta constatação, este artigo propõe uma solução comunicacional inovadora: a utilização de vídeos informativos padronizados, apresentados previamente à produção da prova pericial, com o objetivo de promover uma compreensão mínima, mas crítica, por parte dos julgadores. Com base em estudos experimentais recentes demonstra-se que esta intervenção melhora a sensibilidade dos julgadores à robustez metodológica da prova forense, sem induzir ceticismo generalizado. A proposta revela-se especialmente pertinente no contexto português, em que persiste uma cultura de deferência acrítica ao discurso técnico dos peritos. Neste cenário, os vídeos informativos surgem como um instrumento pedagógico de baixo custo e elevado potencial epistémico, apto a reforçar a fundamentação racional das decisões judiciais e a promover uma justiça penal mais consciente e metodologicamente exigente.

Palavras-chave: Prova pericial / Validade das ciências forenses / Valoração da prova / Comunicação da ciência forense

ABSTRACT

The increasing reliance on expert evidence in criminal proceedings has highlighted a growing tension between the technical sophistication of forensic sciences and the limited scientific literacy of legal decision-makers. However, the technical complexity of forensic methods is not always matched by a corresponding ability of judges to understand and critically assess the methods and inferences that underpin this type of evidence. Empirical studies have shown that judges and jurors frequently assign high probative value to expert testimony based on extrinsic markers of authority – such as the expert’s declared experience, institutional status, or confident demeanor – rather than on scientific criteria of validity and reliability. This article examines the limitations in the validity and reliability of various commonly used forensic techniques, drawing attention to the risks associated with their uncritical use in criminal trials. Building on this diagnosis, the article proposes an innovative communicational solution: the use of standardized informational videos, shown prior to the presentation of forensic expert evidence, aimed at promoting a minimal but critical understanding among decision-makers. Drawing on recent experimental studies, it is shown that this intervention improves judges’ sensitivity to the methodological soundness of forensic evidence, without generating

undue skepticism. The proposal is particularly relevant in the Portuguese legal context, where a culture of uncritical deference to technical expert discourse still prevails. In this setting, informational videos emerge as a low-cost pedagogical tool with high epistemic potential, capable of strengthening the rational basis of judicial decisions and fostering a more informed and methodologically aware criminal justice system.

Keywords: Expert evidence / Forensic science validity / Evidence assessment / Forensic science communication

SUMÁRIO: 1 Os limites da prova pericial e a urgência de novas estratégias de comunicação. 2 Limites epistêmicos das ciências forenses: validade, confiabilidade e risco de erro. 3 Fundamentos da proposta: entre a pedagogia e a epistemologia. 3.1 Evidência empírica: resultados promissores. 3.2 Potencial de aplicação no contexto português. 3.3 Outras áreas forenses e perspectivas de expansão da proposta. 4 Efetividade comparada das intervenções educativas. 5 Considerações finais: por uma justiça mais epistemicamente consciente. Referências.

1 OS LIMITES DA PROVA PERICIAL E A URGÊNCIA DE NOVAS ESTRATÉGIAS DE COMUNICAÇÃO

A prova pericial desempenha atualmente um papel central nos processos judiciais, mormente nos casos em que a decisão judicial depende da interpretação de vestígios materiais cuja análise requer conhecimentos técnico-científicos especializados. Este papel foi sobretudo consolidado com o crescimento e a diversificação das ciências forenses ao longo do século XX, altura em que os Tribunais passaram a lidar com um volume cada vez maior de provas produzidas por peritos, nomeadamente em domínios como a balística, a lofoscopia e a genética forense. A complexidade destas provas e a sua aparente neutralidade levaram a que, durante muito tempo, fossem recebidas com deferência quase automática pelos decisores judiciais, muitas vezes sem um verdadeiro escrutínio

crítico da sua validade ou da solidez das inferências nelas fundadas⁴.

Contudo, nas últimas décadas, essa confiança tem vindo a ser abalada por dois movimentos paralelos: por um lado, a emergência de estudos científicos que colocam em causa a fiabilidade de várias técnicas tradicionalmente utilizadas por peritos forenses; por outro lado, a constatação, em múltiplos sistemas jurídicos, de que a comunicação da prova pericial em Tribunal é frequentemente marcada por erros, simplificações indevidas e interpretações abusivas. O problema não reside apenas na fragilidade de certos métodos forenses, mas também – e talvez sobretudo – na forma como os seus resultados são transmitidos em juízo e compreendidos por quem deve decidir.

Este fenómeno foi documentado em inúmeros estudos empíricos, os quais revelam que juízes e jurados tendem a sobrevalorizar o testemunho dos peritos, muitas vezes guiando-se por sinais de autoridade em vez de critérios técnicos de validação científica. Em particular, sublinharam tais estudos, os julgadores têm dificuldade em lidar com linguagem estatística, subestimam as margens de erro inerentes aos métodos utilizados e interpretam incorretamente conceitos fundamentais como a probabilidade condicional ou a verosimilhança das hipóteses. Ao mesmo tempo, os próprios peritos – quer por pressão institucional, quer por hábitos profissionais enraizados – continuam, em muitos contextos, a utilizar fórmulas de linguagem que exageram a força probatória das suas conclusões, omitindo frequentemente as limitações dos procedimentos utilizados ou os níveis de incerteza associados às mesmas⁵.

⁴ Por ser vasta a bibliografia sobre o tema e ser inviável apresentarmos, aqui, uma lista de referências que fosse representativa destas problemáticas, indicamos algumas obras que sumarizam os problemas mais relevantes a este respeito: Lourenço (2024); Vázquez Rojas (2017, p. 341-378); Gascón Abellán (2016, p. 347-365); Gascón Abellán (2013, p. 181-201); Gascón Abellán; Lucena Molina; González Rodríguez (2010, p. 1-9).

⁵ Estudos de revisão de decisões judiciais têm evidenciado que peritos forenses, em numerosos casos, apresentam as suas conclusões com um grau de certeza que excede aquilo que é cientificamente justificável. A análise conduzida por Garrett e Neufeld revelou que declarações periciais infundadas ou incorretas estiveram na origem de uma proporção significativa de condenações injustas, sendo particularmente comum a sobrevalorização do valor incriminatório da prova forense. Os autores identificaram

Em Portugal, embora o sistema judicial assente predominantemente em juízes togados e não em júris populares, os desafios não são menos relevantes. A formação científica dos operadores judiciários é limitada e a cultura jurídica dominante tende a confiar na experiência do perito como métrica suficiente – e muitas vezes única – de fiabilidade⁶. Persistem práticas comunicativas baseadas em escalas sem fundamento empírico robusto e é comum a apresentação de conclusões categóricas, mesmo em áreas em que não existe validação científica suficiente para tal grau de certeza.

Neste contexto, impõe-se explorar soluções que não passem apenas por reformas estruturais (como a reformulação dos critérios de admissibilidade da prova pericial ou de designação de peritos ou até mesmo a validação empírica rigorosa das técnicas que não se mostram ainda validadas), mas também por intervenções pedagógicas mais imediatas, que atuem a montante da valoração da prova. É neste quadro que se insere a proposta analisada neste artigo: o uso de vídeos informativos padronizados, apresentados previamente à produção da prova, com o objetivo de educar os julgadores sobre as limitações e os fundamentos das técnicas forenses em causa. Nos últimos anos, estudos empíricos realizados nos Estados Unidos da América testaram esta intervenção com resultados promissores: os vídeos demonstraram aumentar a sensibilidade dos jurados à qualidade da prova pericial, permitindo distinguir entre prova

múltiplos exemplos em que peritos afirmaram, de forma categórica, que determinados vestígios provinham do arguido, apesar de os dados não permitirem tal grau de afirmação. Assinalaram também situações em que se desvalorizaram elementos com possível valor exculpatório e se recorreu a estatísticas imprecisas ou mal fundamentadas, tanto de natureza quantitativa como qualitativa, sem base empírica que sustentasse a força probatória atribuída (cf. Garrett; Neufeld, 2009, p. 1-97). De forma semelhante, um estudo citado pelo National Research Council (2009, p. 21), concluiu que, numa análise de 460 casos, o erro mais recorrente cometido pelos peritos consistiu em sobrevalorizar o carácter incriminatório da prova ou a precisão dos resultados apresentados. Estas conclusões sintetizam os resultados apresentados em muitos outros estudos, como Koehler (2000, p. 1.275-1.305); Kaye *et al* (2007, p. 797-834); Thompson; Schumann (1987, p. 167-187); McQuiston-Surrett; Saks (2008, p. 1.159-1.189); Garrett; Neufeld (2009, p. 1-97); Koehler; Schweitzer; Saks; McQuiston (2016, p. 401-413).

⁶ A conclusão não é apenas nossa. Também Calheiros (2015, *passim*, e, em especial, p. 140); e Sousa (2011, p. 27-52).

metodologicamente sólida e prova epistemicamente frágil, sem induzir ceticismo generalizado.

O texto parte dessa constatação para propor uma via concreta de intervenção comunicacional, fundada em dados empíricos e inspirada em boas práticas internacionais, com potencial para melhorar a qualidade epistêmica da justiça penal. A proposta reveste-se de especial interesse para o sistema judicial português, no qual se verifica uma preocupante assimetria entre o discurso técnico do perito e a capacidade dos julgadores para o compreender, avaliar criticamente e integrar na fundamentação da decisão judicial.

2 LIMITES EPISTÉMICOS DAS CIÊNCIAS FORENSES: VALIDADE, CONFIABILIDADE E RISCO DE ERRO

As fragilidades metodológicas da prova pericial não são uma questão secundária, mas um dos principais obstáculos à correção das decisões judiciais em matéria penal⁷. Vários domínios das ciências forenses enfrentam hoje críticas fundamentadas quanto à sua base empírica e ao seu rigor científico. A crítica incide sobretudo sobre dois pilares fundamentais da ciência: a validade e a confiabilidade⁸.

⁷ Assim o afirmamos porque as erradas aplicação e compreensão da prova pericial são sinalizadas como alguns dos principais motivos de condenações errôneas no contexto judicial (cf. Champod; Vuille, 2011, p. 1-69; Gross, 2008, p. 173-192; Duce, 2018, p. 223-262). Podem ainda analisar-se as conclusões do Innocence Project que apontam no mesmo sentido (<https://www.dn.pt/pais/projeto-inocencia-serao-todos-os-condenados-de-facto-culpados-11747976.html>).

⁸ No caso das ciências forenses de identificação (por exemplo, a comparação de impressões digitais ou caligrafia), a validade de uma técnica significa que a mesma permite estabelecer uma comparação entre uma amostra-problema e uma amostra-referência de maneira a ser possível identificar corretamente a origem de um vestígio (por exemplo, que uma impressão digital recolhida num local de crime corresponde à impressão digital do suspeito ou que a letra de uma carta que contém ameaças corresponde à letra de um suspeito); por sua vez, a confiabilidade significa que diferentes analistas, usando o mesmo método, chegam um determinado número de vezes ao mesmo resultado (sendo que é a partir desta informação que é possível definir os graus de precisão e de erro destas técnicas). Assim, se o problema de validade (a técnica mede o que supostamente mede?) é um problema que só pode conhecer uma resposta categórica, o problema da confiabilidade (quão bem a técnica mede o que pretende medir?) é uma questão de grau, mas ambos os critérios são essenciais para que um método científico seja considerado robusto e apto para uso em contextos judiciais. Sobre estes conceitos, Vázquez Rojas (2015, p. 201); Gross; Mnookin (2003, p. 141-189).

O problema ganha contornos concretos quando se observa que muitos métodos forenses amplamente utilizados não cumprem esses requisitos mínimos. Por exemplo, a análise de marcas de mordida tem sido repetidamente desacreditada por apresentar taxas de erro elevadas e baixíssima concordância entre peritos. A análise datilográfica, frequentemente utilizada quando se discute a veracidade de assinaturas ou a autoria de documentos, carece de estudos de validação sistemática e é fortemente dependente da experiência individual do examinador, revelando-se os seus resultados sobretudo dependentes da percepção visual e do julgamento subjetivo do perito. A balística comparativa enfrenta desafios semelhantes: a identificação de projéteis com armas específicas é feita com base em juízos visuais subjetivos e não com recurso a métricas quantificáveis universalmente padronizadas. Mesmo técnicas mais consolidadas, como a lofoscopia, revelam fragilidades em situações-limite: impressões parciais, distorcidas ou de baixa qualidade são frequentemente analisadas com base em critérios pouco transparentes e estudos laboratoriais demonstraram que da mesma impressão digital podem resultar conclusões distintas, dependendo do contexto do exame e do conhecimento prévio do perito sobre determinadas informações do caso⁹.

Estas deficiências foram detalhadamente expostas em relatórios como o do National Research Council dos Estados Unidos (2009), que apelou a uma reforma profunda das ciências forenses e sublinhou a ausência de estudos sistemáticos que comprovem a eficácia da maioria das técnicas forenses, com exceção da genética,

⁹ A falta de procedimentos padronizados e metodologicamente validados constitui um dos principais fatores explicativos para as conclusões identificadas nos estudos que analisaram a prática comparativa nas ciências forenses de identificação de matriz tradicional. De facto, vários estudos demonstram que diferentes peritos podem discordar entre si quanto à correspondência entre amostras semelhantes e, mesmo quando concordam, muitas vezes não o fazem com base nos mesmos critérios; outras investigações sugerem que a atividade dos peritos forenses, mesmo experientes, é influenciada por informações contextuais e estranhas às amostras analisadas, o que reforça a crítica à subjetividade subjacente ao modelo vigente; um estudo deu a conhecer que quatro de cinco especialistas em impressões digitais que anteriormente identificaram duas impressões como uma correspondência chegaram a conclusões diferentes numa análise posterior, depois de saberem que as impressões eram de pessoas diferentes (cf. Dror *et al*, 2006, p. 74-76; Dror; Charlton, 2006, p. 600).

apontando que práticas como a análise de marcas de mordida, a comparação de impressões digitais e a balística careciam de validação científica robusta e de padronização metodológica. Mais tarde, um novo relatório do President's Council of Advisors on Science and Technology (PCAST), publicado em 2016, aprofundou esta crítica ao propor que apenas métodos validados por estudos laboratoriais controlados, com taxas de erro conhecidas e reprodutibilidade demonstrada, devam ser admitidos como prova. Sublinhou que a experiência do perito, por si só, não é critério suficiente de fiabilidade destas técnicas forenses, sendo necessário demonstrar a validade empírica da técnica utilizada em cada aplicação concreta. Os dois relatórios coincidem em afirmar que, à exceção da genética forense baseada em marcadores STR (Short Tandem Repeats), poucas disciplinas forenses dispõem de uma base empírica sólida compatível com os padrões científicos mínimos exigíveis.

Todavia, apesar da contundência dessas conclusões e do amplo impacto que tiveram na comunidade científica internacional, a sua repercussão junto da comunidade judiciária tem sido limitada. Com efeito, nos Tribunais continuam a admitir-se provas periciais baseadas em técnicas que não foram validadas segundo critérios científicos rigorosos. Na prática, exige-se pouco ou nenhum escrutínio da fundamentação empírica dos métodos aplicados e raramente se questiona a margem de confiabilidade ou a taxa de erro associada às conclusões periciais apresentadas. Esta ausência de exigência epistémica traduz-se numa aceitação acrítica de práticas periciais muitas vezes ancoradas em tradição profissional e autoridade institucional, mas desprovidas de validade empírica comprovada e robusta. As conclusões periciais tendem a ser interpretadas como provas científicas *per se*, sem que os Tribunais questionem a natureza do método utilizado, a sua aplicabilidade ao caso concreto ou as limitações inerentes ao processo de inferência. Tal postura gera um duplo risco: o risco de erro judicial e o risco de declínio da confiança pública na justiça¹⁰.

¹⁰ Para maiores desenvolvimentos e fundamentação destas afirmações, sugere-se a leitura de Lourenço (2024).

A distância entre o saber científico disponível e o uso jurídico da ciência permanece, assim, uma das falhas estruturais da justiça penal contemporânea.

Para mitigar aqueles riscos, é necessário não apenas rever os critérios de admissibilidade da prova¹¹, mas também reforçar a literacia científica dos Tribunais. A compreensão crítica das limitações da ciência forense deve deixar de ser um tema restrito à academia e passar a integrar o quotidiano da prática judiciária. Só assim será possível compatibilizar o uso de ciência no processo penal com os princípios de um Estado de Direito democrático. A identificação e a compreensão destas limitações epistemológicas não só fundamentam a necessidade de prudência na valoração da prova pericial, como também justificam o desenvolvimento de estratégias pedagógicas que auxiliem os julgadores a reconhecerem os limites daquilo que a ciência pode ou não afirmar com segurança. É precisamente neste ponto que se insere a proposta analisada no capítulo seguinte, centrada no uso de vídeos informativos padronizados como forma de contextualização crítica da prova científica em Tribunal.

3 FUNDAMENTOS DA PROPOSTA: ENTRE A PEDAGOGIA E A EPISTEMOLOGIA

A proposta parte da constatação de que muitos dos problemas relacionados com a avaliação da prova pericial decorrem não da má-fé dos intervenientes, mas de um desalinhamento cognitivo estrutural entre a linguagem especializada dos peritos e a capacidade dos julgadores para a compreenderem e aplicarem corretamente. Este desalinhamento é agravado pelo facto de, no imaginário jurídico, a ciência ser frequentemente percecionada como fonte de respostas objetivas, precisas e certas – uma expectativa que colide com a natureza probabilística, falível e contextual de grande parte das ciências forenses.

¹¹ Algumas propostas foram já avançadas em Lourenço (2024). De entre as propostas por nós sugeridas consta a necessidade de averiguar a validade da técnica a empregar pelo perito e a avaliação da sua competência à luz de outros critérios que não os que delimitam os modelos da sua nomeação.

Esta constatação torna-se ainda mais relevante quando se reconhece que as tarefas periciais não se limitam à mera observação ou descrição objetiva de factos ou dados. Como sublinharam de forma particularmente clara Samuel Gross e Jennifer Mnookin, a atividade do perito em Tribunal pode ser sistematizada em três funções principais: observar, traduzir e calcular. Cada uma destas tarefas, embora com natureza própria, assenta em raciocínios inferenciais – dedutivos (a partir de conhecimentos estabelecidos) ou indutivos (com base na observação de padrões) – e obriga a decisões metodológicas que tornam inviável qualquer pretensão de neutralidade. Assim, mesmo a *mera* observação de uma impressão digital ou de uma marca balística não é uma operação neutra, mas implica opções metodológicas, critérios de relevância e interpretações implícitas. O mesmo se aplica à tradução dos dados técnicos em linguagem acessível aos Tribunais e ao cálculo de indemnizações, danos corporais, etc.¹²

¹² Como explicam Samuel Gross e Jennifer Mnookin, mesmo uma tarefa aparentemente simples como a observação – por exemplo, quando se solicita ao perito que descreva um cadáver ou lesões corporais – exige decisões ativas de seleção, em que o perito determina o que é mais ou menos relevante. Este ato não é neutro: envolve pressupostos implícitos sobre o que merece destaque, refletindo expectativas e juízos não explicitados sobre o caso. De modo semelhante, a tarefa de tradução – entendida como a reformulação de uma mensagem transmitida num sistema técnico de comunicação para outro sistema inteligível no foro judicial – pressupõe proficiência em ambos os registos. Requer, além disso, que o perito interprete o conteúdo original para o tornar acessível, o que inevitavelmente introduz conotações próprias e escolhas de linguagem que afastam a ideia de neutralidade absoluta. Por fim, mesmo a tarefa de cálculo, muitas vezes associada a operações objetivas, raramente se limita à aplicação mecânica de fórmulas. Frequentemente exige que o perito decida, antes de mais, o que deve ser calculado. Esta etapa preliminar envolve ponderações e critérios que podem ter impacto determinante no resultado final. Tomemos como exemplo o cálculo de lucros cessantes: estimar os rendimentos que uma pessoa teria auferido se não tivesse falecido num acidente implica considerar variáveis como a esperança de vida ativa, o percurso profissional previsível, as tendências do mercado de trabalho, a evolução salarial, a produtividade e a inflação. Neste tipo de perícia, a aplicação matemática é apenas o momento final de um processo altamente interpretativo. Estes exemplos sustentam, de forma convincente, a conclusão proposta pelos autores: a distinção entre as diversas tarefas atribuídas aos peritos é, sobretudo, uma distinção de grau – e não de natureza – no que respeita ao envolvimento interpretativo e inferencial que cada uma exige. Como dizem, mais importante do que estabelecer esta distinção, será determinar que tipo de conhecimento é empregue pelo perito (cf. Gross; Mnookin, 2003, p. 154-163).

A consequência inevitável é que o trabalho pericial é sempre uma construção mediada por competências disciplinares específicas e condicionada por práticas institucionais. Por isso, em vez de se presumir a imparcialidade do perito com base no seu estatuto profissional, torna-se essencial que os Tribunais desenvolvam instrumentos de escrutínio focados na qualidade do trabalho realizado: nos métodos utilizados, na clareza com que foram comunicadas as limitações e, sobretudo, na competência com que o perito desempenhou as tarefas específicas que lhe foram atribuídas. Este é o ponto de partida para uma abordagem verdadeiramente crítica e epistémica da prova científica em juízo.

A ausência desta atitude crítica contribui para um padrão recorrente identificado na literatura empírica: a tendência dos Tribunais para interpretar de forma errónea ou acrítica os resultados periciais, mesmo quando estes são formalmente corretos do ponto de vista técnico. Uma chamada de atenção para este fenómeno foi concretizada pelas diretrizes Uniform Language for Testimony and Reports (ULTR), publicadas pelo Departamento de Justiça dos EUA (DOJ) em resposta às conclusões do relatório do National Research Council, de 2009. Estas diretrizes visam restringir o uso de linguagem excessivamente conclusiva ou sem fundamento científico rigoroso pelos peritos, proibindo, por exemplo, que se afirme que duas impressões digitais provêm da mesma pessoa com exclusão de todas as outras, que se alegue a impossibilidade de existência de erro ou que se invoque a experiência do perito como garantia de fiabilidade dos resultados do seu relatório pericial.

No entanto, estudos recentes indicam que os julgadores continuam a confiar desproporcionalmente na experiência subjetiva do perito como critério decisivo para a valoração da prova, ignorando frequentemente a necessidade de aferir a validade empírica dos métodos utilizados. Assim sucede porque, quando os julgadores não dominam os fundamentos da disciplina sobre a qual se desenrola a prova pericial, tendem a recorrer a heurísticas cognitivas – como o prestígio ou o estilo comunicativo do perito – como critério

substitutivo da qualidade do seu labor¹³. Mas estes critérios pouco ou nada dizem sobre a qualidade da prova produzida. Esta situação revela uma fragilidade estrutural preocupante: a substituição da avaliação crítica dos procedimentos e fundamentos técnicos pela confiança na autoridade pessoal de quem os apresenta. Não se pretende aqui negar a importância epistêmica da autoridade do perito enquanto tal. De facto, as razões positivas que justificam confiar na competência do especialista – como a sua formação e experiência – têm um papel relevante na estrutura racional da decisão. No entanto, como já fomos evidenciando, tais razões são insuficientes para gerar justificação epistêmica, sobretudo no contexto do processo penal em que se exige mais do que uma crença razoável. A justificação do testemunho pericial não se pode esgotar na credibilidade do perito, mas deve assentar na confiabilidade das técnicas, métodos e inferências empregues. A autoridade do perito não substitui, nem pode substituir, a demonstração de que os métodos utilizados são, eles próprios, fiáveis – ou seja, capazes de gerar resultados consistentes e relevantes para a questão forense em causa. É aqui que se manifesta o deslocamento de foco e os principais problemas que fomos identificando nas nossas investigações: da credibilidade pessoal para a validade epistêmica dos resultados apresentados pelo perito¹⁴.

Exigir que o perito explicita a base factual que sustenta as suas conclusões e descreva, de forma clara e compreensível, os procedimentos técnicos adotados é apenas o primeiro passo. A exigência crítica reside em que essas explicações sejam acompanhadas de evidência empírica sobre a fiabilidade dos métodos aplicados, tal como enfatizado pelos relatórios do National Research

¹³ Assim se concluiu num estudo em que as provas relativas a marcas de mordida e impressões digitais, quando apresentadas por um perito com elevada experiência profissional, foram percecionadas pelos jurados simulados como significativamente mais convincentes, conduzindo a avaliações mais elevadas da probabilidade de culpa do arguido, em comparação com provas idênticas apresentadas por um perito menos experiente (cf. Koehler; Schweitzer; Saks; McQuiston, 2016). Com base nesses resultados, os autores concluíram que os jurados tendem a utilizar o histórico e a experiência do perito como um substituto para avaliar o valor probatório das evidências que este apresenta (*ibidem*, p. 410).

¹⁴ Mais uma vez, sugerimos a leitura de Lourenço (2024).

Council (2009) e do President's Council of Advisors on Science and Technology (PCAST, 2016). O simples uso reiterado de um método não constitui prova da sua confiabilidade científica: esta só se estabelece através de testes sistemáticos, reproduzíveis, realizados em condições variadas e com mensuração rigorosa dos fatores que afetam os resultados. Neste quadro, o papel do Tribunal não pode ser apenas o de confiar: deve ser o de escrutinar, avaliar e justificar a aceitação da prova pericial com base em critérios científicos. Isto exige uma mudança na cultura judicial – da deferência à vigilância epistêmica – e torna ainda mais pertinente a adoção de mecanismos pedagógicos que auxiliem os julgadores a compreenderem o que está verdadeiramente em causa na prova pericial: não a autoridade do emissor, mas a confiabilidade dos métodos e a justificação racional das conclusões.

É precisamente neste cenário que a utilização de vídeos informativos padronizados assume uma função corretiva essencial. Estes materiais, concebidos para explicar em linguagem acessível os limites e pressupostos das técnicas forenses, atuam como uma ferramenta de contextualização cognitiva, oferecendo ao julgador um quadro de referência mínimo para interpretar corretamente a informação que irá receber. Não se trata de formar juizes-peritos, mas de proporcionar aos decisores um quadro mínimo de referência que lhes permita reconhecer sinais de robustez ou fragilidade nas conclusões apresentadas ou, pelo menos, reconhecer que nem toda a atuação técnica implica rigor ou validade.

Importa sublinhar que esta intervenção pedagógica não visa reduzir o valor da prova científica no processo penal, mas sim restituí-lhe o seu justo peso: nem subvalorização cética, nem deferência acrítica, mas uma postura de vigilância epistêmica informada.

3.1 EVIDÊNCIA EMPÍRICA: RESULTADOS PROMISSORES

A validade da proposta dos vídeos informativos padronizados foi testada recentemente num estudo experimental que avaliou o impacto de um vídeo educativo sobre ciências forenses na percepção

e avaliação de prova pericial por parte de jurados simulados. O vídeo – com cerca de quatro minutos e meio – foi concebido com base nas diretrizes ULTR já referidas com o objetivo de promover uma linguagem mais rigorosa e prudente no discurso forense¹⁵. O conteúdo audiovisual abordava conceitos-chave sobre limitações metodológicas, margens de erro, falhas comuns na comunicação técnica e exemplos ilustrativos de boas e más práticas nos depoimentos dos peritos. A intenção era oferecer aos julgadores um referencial cognitivo mínimo para a avaliação crítica da prova que lhes seria apresentada.

Para isso, os investigadores dividiram os participantes no estudo em dois grupos, sendo um sem acesso ao vídeo (grupo de controlo) e outro que o visionou previamente (grupo experimental), e expuseram os participantes a cinco declarações simuladas que representavam diferentes tipos de violações das diretrizes:

- 1) afirmações de individualização absoluta;
- 2) alegações de taxas de 0% de erro nos resultados apresentados;
- 3) atribuição de probabilidades específicas sem validação;
- 4) invocação da experiência do perito como substituto de rigor científico; e
- 5) uso de expressões como “grau razoável de certeza científica”.

Cada participante leu essas cinco declarações e avaliou-as com base em critérios padronizados, permitindo aos investigadores testar se a intervenção audiovisual promovia maior alinhamento das avaliações dos jurados com os padrões definidos pelo DOJ.

As conclusões do estudo foram inequívocas.

¹⁵ Cf. LaBat *et al* (2023, p. 566-578). A relevância desta abordagem pedagógica é reforçada pelo contexto mais amplo de uso crescente de vídeos em Tribunais norte-americanos como ferramenta de introdução a conceitos complexos. O vídeo em causa foi inspirado no modelo adotado pelo Distrito Ocidental de Washington, que desde 2017 exibe um vídeo sobre vieses inconscientes antes dos julgamentos.

Os participantes que assistiram ao vídeo demonstraram uma capacidade significativamente maior de identificar declarações problemáticas na prova produzida – como afirmações de certeza absoluta ou de infalibilidade –, avaliaram essas situações como menos fiáveis e mostraram-se mais críticos face ao desempenho dos peritos que recorreram àquele tipo de linguagem.

Adicionalmente, os participantes que viram o vídeo foram mais consistentes na diferenciação entre conclusões periciais tecnicamente sólidas e deficientes. Demonstraram ainda maior sensibilidade à qualidade do raciocínio pericial apresentado, penalizando as ocorrências que violavam as diretrizes da ULTR e reconhecendo as boas práticas comunicacionais quando estas estavam presentes.

Importa sublinhar que essa maior vigilância crítica não se traduziu num ceticismo generalizado em relação à ciência forense. Pelo contrário: os participantes mantiveram avaliações positivas face a prova pericial válida, o que indica que o vídeo teve um efeito de refinamento cognitivo e não de descrédito global da prova científica.

Estes resultados apontam para uma maior eficácia dos vídeos enquanto ferramenta pedagógica preventiva e acessível no contexto judicial.

3.2 POTENCIAL DE APLICAÇÃO NO CONTEXTO PORTUGUÊS

Embora os estudos que validam os vídeos informativos padronizados tenham sido conduzidos maioritariamente no contexto do júri norte-americano, os fundamentos da proposta não dependem da configuração institucional específica do julgamento. De facto, o problema que estes vídeos procuram resolver – a dificuldade dos julgadores em compreender e avaliar criticamente a prova pericial – manifesta-se também em sistemas judiciais de matriz continental, como o português, onde a valoração da prova está a cargo de magistrados togados. A diferença de formação entre

peritos e juízes, bem como a complexidade crescente da linguagem técnico-científica utilizada em Tribunal, são fatores universais que sustentam a pertinência desta intervenção.

Antes de prosseguirmos com a análise, importa tecer uma breve consideração metodológica sobre a aplicabilidade dos estudos empíricos anteriormente referidos ao contexto judicial português. Com efeito, a maioria das investigações aqui citadas foi realizada com jurados simulados, não com juízes profissionais. Esta circunstância poderá, à partida, suscitar dúvidas quanto à relevância dos resultados para sistemas judiciais (como o português) em que a apreciação da prova, incluindo a prova pericial forense, é primordialmente efetuada por magistrados de carreira. No entanto, esta objeção não invalida, por si só, a pertinência dos dados. Diversos estudos comparativos sobre processos de tomada de decisão demonstraram que não existem diferenças substanciais entre o modo como jurados e juízes raciocinam e decidem perante a prova. Em investigações que analisaram a capacidade para desconsiderar provas inadmissíveis – evitar heurísticas cognitivas geradoras de erro, interpretar corretamente provas probabilísticas, avaliar a substância da prova científica em vez de focar em atributos do perito, ou distinguir entre estudos bem e mal conduzidos – concluiu-se que os juízes atuam, na maioria dos casos, de forma muito semelhante aos jurados. Não há, por isso, motivo para desconsiderar o conhecimento adquirido no nosso contexto judicial (cf., Saks; McQuiston, 2009, p. 440).

Lembramos ainda a respeito que, quer a decisão seja tomada por jurados ou por juízes togados, a estratégia para uma boa decisão judicial não pode assentar numa confiança generalizada na imparcialidade e na competência do perito, mas deve antes basear-se num escrutínio ativo da qualidade do seu trabalho e na avaliação crítica da validade e da confiabilidade das técnicas que sustenta. A experiência prática ou a reputação institucional não substituem a necessidade de demonstrar a validade empírica do método utilizado nem de comunicar com rigor os seus limites e margens de erro. Neste

contexto, a disponibilização de vídeos informativos padronizados – curtos, claros e aprovados – pode constituir um instrumento eficaz de literacia epistémica, promovendo uma abordagem mais consciente, prudente e informada da prova pericial, sem necessidade de alterar a estrutura do processo nem o estatuto dos seus intervenientes.

No contexto português, a aplicação de vídeos informativos padronizados seria não apenas possível, mas também desejável para minimizar os problemas identificados. A sua introdução no início da audiência imediatamente antes da produção da prova pericial, ou disponibilização permanente aos juízes, poderia funcionar como mecanismo de nivelamento cognitivo entre o discurso do perito e a capacidade de receção crítica por parte do julgador. Estes vídeos poderiam ser concebidos por equipas multidisciplinares que incluíssem peritos forenses, juristas, comunicadores científicos e psicólogos cognitivos, garantindo a fiabilidade técnica e a clareza comunicativa do conteúdo.

Importa ainda salientar que a sua utilização não exigiria reformas legislativas profundas. A gestão da audiência pelo juiz permitiria a introdução de materiais auxiliares de esclarecimento sempre que tal se justificasse para a boa compreensão da prova. Desde que previamente validados por entidades independentes (como o Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, o Conselho Superior da Magistratura ou o Centro de Estudos Judiciários), os vídeos poderiam ser utilizados de forma padronizada em processos onde se recorra a técnicas forenses cuja linguagem, limitações ou margem de erro justifiquem essa intervenção prévia.

Por fim, esta estratégia poderia também ser integrada nos programas de formação inicial e contínua de magistrados e advogados, promovendo uma cultura judicial mais sensível às exigências epistémicas do julgamento de prova científica. Tal investimento contribuiria não apenas para decisões mais justas, mas também para um sistema de justiça criminal mais transparente, fundamentado e confiável.

3.3 OUTRAS ÁREAS FORENSES E PERSPETIVAS DE EXPANSÃO DA PROPOSTA

Embora a proposta de vídeos informativos padronizados tenha sido inicialmente testada na área das impressões digitais, o seu potencial de aplicação estende-se a outras disciplinas forenses que apresentam desafios semelhantes de comunicação e compreensão. Entre estas destacam-se a genética forense, a balística, a análise de fibras, marcas de ferramentas e até mesmo áreas emergentes como a fonética forense e a antropologia forense.

Organismos como o National Institute of Standards and Technology (NIST) e o Organization of Scientific Area Committees for Forensic Science (OSAC) têm vindo a desenvolver padrões de boas práticas que poderiam servir de base para a produção de vídeos em diferentes domínios forenses. Tal abordagem permitiria criar uma biblioteca de materiais pedagógicos adaptáveis a cada tipo de prova pericial, sempre com o objetivo de promover uma literacia crítica e tecnicamente informada.

Este cenário revela um vasto campo de desenvolvimento para futuras investigações e aplicações práticas. A criação de vídeos informativos padronizados temáticos, específicos para diferentes áreas da ciência forense, poderá tornar-se uma das mais eficazes estratégias de apoio à justiça penal do século XXI.

4 EFETIVIDADE COMPARADA DAS INTERVENÇÕES EDUCATIVAS

Apesar da diversidade de propostas dirigidas a melhorar a compreensão judicial da prova pericial, os vídeos informativos padronizados destacam-se por conjugarem simplicidade operacional com impacto mensurável.

Além disso, segundo os autores do estudo, a sua eficácia na formação do juízo dos decisores supera largamente a de outras

intervenções mais tradicionais, como as instruções do juiz ao júri (no caso de julgamentos por Tribunal de júri) ou a apresentação de peritos de parte para contrapor o perito designado pelo Tribunal ou por outra parte.

Os autores demonstraram ainda que os vídeos informativos padronizados aumentam a sensibilidade dos jurados à qualidade da prova forense, promovendo avaliações mais críticas face a declarações exageradas e maior reconhecimento de boas práticas comunicativas. Além disso, os vídeos não produziram ceticismo generalizado, sugerindo um impacto seletivo e desejável: maior cuidado na crítica sem desvalorização injustificada da ciência.

Resultados semelhantes foram apurados por Eastwood e Schmitt, que compararam três condições experimentais:

- i. participação do perito apenas;
- ii. participação do perito com instruções escritas do juiz; e
- iii. participação do perito precedido de um vídeo explicativo.

Os participantes que assistiram ao vídeo foram mais rigorosos na avaliação da fiabilidade da prova e menos propensos a inferir culpa com base apenas na presença de vestígios. O estudo concluiu que a visualização prévia de um vídeo educativo teve um efeito mais duradouro e profundo na literacia probatória do que qualquer outra forma de intervenção (Cf. Eastwood; Caldwell, 2015, p. 1.523-1.528).

Mais recentemente, Garrett, Scurich e Crozier (2020, p. 1.199-1.209) testaram a introdução de um vídeo educativo sobre a disciplina de balística comparativa. Os resultados mostraram que os jurados que assistiram ao vídeo foram significativamente menos propensos a interpretar as afirmações do perito como provas absolutas de correspondência, demonstrando maior capacidade para distinguir entre diferentes graus de suporte probatório. O vídeo ajudou os jurados a perceberem as margens de erro, a ausência de taxas de

fiabilidade padronizadas e a importância da linguagem prudente na formulação das conclusões.

Estes dados são consistentes com a literatura da psicologia cognitiva, que mostra que materiais visuais bem estruturados – curtos, focados e baseados em exemplos – têm maior potencial de retenção e de ativação cognitiva do que instruções orais genéricas (LaBat *et al*, 2023). No contexto judicial, esta vantagem é ampliada pelo facto de o julgamento se desenrolar num ambiente altamente carregado de estímulos e responsabilidades, o que limita a atenção dos julgadores a materiais que não sejam diretamente mobilizados durante a audiência.

Assim, os vídeos não devem ser encarados como solução única ou mágica, mas como uma ferramenta com eficácia empírica superior a outras estratégias frequentemente promovidas sem base experimental robusta. A sua aplicabilidade generalizada, baixo custo de produção e versatilidade tornam-nos especialmente indicados para contextos judiciais que pretendam reforçar a integridade epistémica da prova sem alterar os princípios estruturantes do processo penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: POR UMA JUSTIÇA MAIS EPISTEMICAMENTE CONSCIENTE

Os dados aqui analisados apontam para um desafio cada vez mais premente no direito probatório contemporâneo: a dissociação entre o conteúdo científico da prova pericial e a capacidade dos julgadores para a compreender, contextualizar e valorar de forma crítica. Num sistema penal que se pretende fundado na prova e no contraditório, a assimetria comunicacional entre peritos e decisores não pode ser vista como um mero problema de linguagem técnica, mas como uma fragilidade estrutural com impacto direto na fiabilidade da decisão judicial.

Neste contexto, os vídeos informativos padronizados apresentam-se como uma intervenção simples, eficaz e sustentada

por evidência empírica. Longe de substituírem reformas estruturais mais profundas (como a validação sistemática de métodos forenses ou a revisão dos critérios de admissibilidade), estas ferramentas têm o mérito de oferecer uma resposta imediata a um problema real: a dificuldade dos Tribunais em lidar com a ciência.

Investir em instrumentos que melhorem a compreensão judicial da prova científica não é apenas uma medida técnica, é um imperativo democrático. Uma justiça que compreende mal é uma justiça que decide mal. Neste sentido, os vídeos informativos padronizados são um primeiro passo para um Tribunal mais esclarecido, mais exigente e, por isso, mais capaz de proferir decisões mais justas.

REFERÊNCIAS

CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova**. Coimbra: Coimbra Ed., 2015.

CHAMPOD, Christophe; VUILLE, Joëlle. Scientific evidence in Europe: admissibility, evaluation and equality of arms. In: **International Commentary on Evidence**, Oxford, Ed. De Gruyter, vol. 9, n.º 1, p. 1-69, 2011.

DROR, Itiel E.; CHARLTON, David. Why experts make errors. In: **Journal of Forensic Identification**, Temecula (CA), Ed. Wiley-Blackwell, v. 56, n.º 4, p. 600-616, 2006.

DROR, Itiel E. *et al.* Contextual information renders experts vulnerable to making erroneous identifications. In: **Forensic Science International**, Santiago de Compostela, Ed. Elsevier, v. 156, p. 74-76, 2006.

DUCE, Mauricio J. Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. In: **Ius et Praxis**, Talca (Chile), Ed. Universidad de Talca, v. 24, n.º 2, p. 223-262, 2018.

EASTWOOD, Joanne; CALDWELL, Jeane. Educating jurors about forensic evidence: using an expert witness and judicial instructions to mitigate the impact of invalid forensic science testimony. In: **Journal of Forensic Sciences**, Colorado Springs (CO), Ed. Wiley-Blackwell, v. 60, n.º 6, p. 1.523-1.528, 2015.

GARRETT, Brandon L.; CROZIER, William E.; GRADY, Rebecca. Error rates, likelihood ratios, and jury evaluation of forensic evidence. In: **Journal of Forensic Sciences**, Colorado Springs (Colorado), Ed. Wiley-Blackwell, v. 65, n.º 4, p. 1.199-1.209, 2020.

GARRETT, Brandon L.; NEUFELD, Peter J. Invalid forensic science testimony and wrongful convictions. In: **Virginia Law Review**, Charlottesville (Virginia), Ed. University of Virginia School of Law, v. 95, n.º 1, p. 1-97, 2009.

GASCÓN ABELLÁN, Marina Felícia. Conocimientos expertos y deferencia del juez (apunte para la superación de un problema). In: **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, Ed. Universidad de Alicante, n.º 39, p. 347-365, 2016.

GASCÓN ABELLÁN, Marina Felícia. Prueba científica: un mapa de retos. In: VÁZQUEZ ROJAS, María del Carmen (Org.). **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 181-201.

GASCÓN ABELLÁN, Marina Felícia; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar. In: *Diario La Ley*, Ed. La Ley, n.º 7481, p. 1-9, 2010. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3291545>>. Acesso em: 23 fev. 2025.

GROSS, Samuel R. Convicting the innocent. In: **Annual Review of Law and Social Science**, San Mateo (California), Ed. Annual Reviews, v. 4, p. 173-192, 2008.

GROSS, Samuel R.; MNOOKIN, Jennifer L. Expert information and expert evidence: a preliminary taxonomy. In: **Seton Hall Law**

Review, Newark (NJ), Ed. Seton Hall Law School, v. 34, n.º 1, p. 141-189, 2003.

KAYE, David H. *et al.* Statistics in the jury box: how jurors respond to mitochondrial DNA match probabilities. In: **Journal of Empirical Legal Studies**, Ithaca (New York), Ed. Wiley-Blackwell / Cornell Law School, v. 4, n.º 4, p. 797-834, 2007.

KOEHLER, Jonathan J. The psychology of numbers in the courtroom: how to make DNA-match statistics seem impressive or insufficient. In: **Southern California Law Review**, Los Angeles, Ed. USC Gould School of Law, vol. 74, p. 1.275-1.305, 2000.

KOEHLER, Jonathan J.; SCHWEITZER, Nancy J.; SAKS, Michael J.; McQUISTON, Dawn E. Science, technology, or the expert witness: what influences jurors' judgments about forensic science testimony? In: **Psychology, Public Policy, and Law**, Washington, Ed. American Psychological Association, v. 22, n.º 4, p. 401-413, 2016.

LaBAT, Devon E. *et al.* Improving juror assessments of forensic testimony and its effects on decision-making and evidence evaluation. In: **Law and Human Behavior**, Washington, Ed. American Psychological Association, v. 47, n.º 5, p. 566-578, 2023.

LOURENÇO, Maria João. **Regime da prova pericial no ordenamento jurídico português: contributos para o seu aperfeiçoamento**. Coimbra: Almedina, 2024.

McQUISTON-SURRETT, Dawn; SAKS, Michael J. Communicating opinion evidence in the forensic identification sciences: accuracy and impact. In: **The Hastings Law Journal**, San Francisco, Ed. University of California, v. 59, n.º 5, p. 1.159-1.189, 2008.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. Strengthening forensic science in the United States: a path forward. Washington, Ed. The National Academies Press, 2009. Disponível em: <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Acesso em: 21-6-2021.

PCAST - PRESIDENT'S COUNCIL OF ADVISORS IN SCIENCE AND TECHNOLOGY. Forensic Science in Criminal Courts: ensuring scientific validity of feature-comparison method. Washington, D.C., Ed. Executive Office of the President, 2016. Disponível em: <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_forensic_science_report_final.pdf>. Acesso em: 10-5-2025.

SAKS, Michael J.; McQuiston, Dawn. The testimony of forensic identification science: what expert witnesses say and what factfinders hear. In: **Law and Human Behavior**, Washington, Ed. American Psychological Association, v. 33, n.º 5, p. 436-453, 2009.

SOUSA, João Henrique Gomes de. A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Ed. Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.º 15, p. 27-52, 2011.

THOMPSON, William C.; SCHUMANN, Edward. Interpretation of statistical evidence in criminal trials: the prosecutor's fallacy and the defense attorney's fallacy. In: **Law and Human Behavior**, Washington, Ed. American Psychological Association, v. 11, p. 167-187, 1987.

VÁZQUEZ ROJAS, María del Carmen. Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo código nacional de procedimientos penales: apuntes desde la epistemología jurídica. In: **Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, Ciudad de México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, n.º 11, 2017.

VÁZQUEZ ROJAS, María del Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**. Madrid: Marcial Pons, 2015

Recebido em: 5-10-2025

Aprovado em: 18-11-2025

RILEVANZA GIURIDICA DELLE SCUSE COME ATTO RIPARATORIO E RISARCIMENTO IN FORMA SPECIFICA¹

Nicola Brutti²

SOMMARIO: 1 Introduzione. 2 Cenni al danno non patrimoniale. 3 Il problema del risarcimento in forma specifica. 4 Il giudice può ordinare le scuse come risarcimento? 5 Ipotesi rimediali: condanna condizionale ed esperimento di law and economics. Riferimenti.

1 INTRODUZIONE

Nel presente scritto vorrei affrontare il tema della rilevanza giuridica delle scuse riparatorie, con specifico riferimento al contesto italiano. L'argomento si presta all'indagine di diritto comparato, in quanto molti ordinamenti sottovalutano od escludono qualsiasi valore legale delle scuse, mentre altri ne riconoscono una vasta gamma di implicazioni, sotto i profili legislativi, dottrinali e giurisprudenziali. In ambito internazionale, anche su un piano filosofico, si è molto discusso del potere terapeutico delle *apologies*, come mezzo di compensazione morale, di ricomposizione di traumi.

¹ **Como citar este artigo científico.** BRUTTI, Nicola. Rilevanza giuridica delle scuse come atto riparatorio e risarcimento in forma specifica. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 271-301, set.-dez. 2025.

² Professore della Università Degli Studi di Padova. *E-mail:* nicola.brutti@unipd.it

In un'ottica che abbraccia anche altri ordinamenti, oltre a quello italiano, si disvela un'ideale scala di rilevanza giuridica crescente del fenomeno, che procede per una pluralità di epifanie e casi³.

Ad un livello-base possiamo collocare le scuse come gesto di mera cortesia, o automatismo sociale dettato da regole di etichetta ed educazione, che non presuppongono alcun rapporto giuridico, né alcuna conflittualità vera e propria (si urta inavvertitamente un passante sul marciapiede e poi si prosegue senza neppure conoscere l'altra persona).

In una seconda dimensione, osserviamo, invece, che il contesto cambia: vi è un rapporto giuridico tra due parti ben precise e la possibilità di una qualche contestazione o lite. Emerge una finalità di prevenzione di un potenziale contenzioso (lettera ai consumatori di richiamo del prodotto difettoso venduto dall'impresa con offerta di riparazione). In questo stadio, l'atto può assumere un maggior grado di complessità. Nella sua "teleologia riparatorio-transattiva", ad esempio, potrebbe comportare una prova confessoria, e, ancora, una valenza di avviso atto ad allocare costi e responsabilità sul destinatario (da quel momento in poi), dove sia idonea a colmare un'iniziale asimmetria informativa sul potenziale rischio di danno.

Senza contare la diffusione delle scuse nella giustizia deontologico-disciplinare, come utile gesto di ravvedimento, troviamo legislazioni tendenti ad escludere la rilevanza confessoria delle *apologies* (*safe harbor legislations*) in modo da premiarne la potenzialità pacificante rispetto alla "tentazione" della *litigation*,

³ Per ripercorrere le premesse metodologiche allo studio del problema, sia consentito il rinvio al mio lavoro (2017, *passim*) dove si tenta una prima sistemazione tassonomica, in ottica di diritto comparato. L'idea trae spunto dal concetto dei punti di emersione (*die Durchbruchpunkte*) di Jhering (1858, p. 359 ss.). Nonostante il legislatore non contempli originariamente alcune situazioni, queste ultime possono emergere in epoca successiva e trovare riscontro tramite una flessibilità delle norme che la teoria permette di adattare a nuove esigenze. Cfr. anche Storme (2012, p. 383). Da ultimo, la questione della rilevanza delle scuse, in particolare come strumento di tutela ordinato dal giudice, è affrontata dalla più moderna dottrina in Germania. Cfr. Schmolke (2022).

agevolando la mitigazione dell'illecito e, conseguentemente, della sanzione⁴. Questa tesi si sviluppa a partire dagli anni 80 in Massachusetts, per poi “contagiare” tutto il panorama di *common law*⁵: chiunque può sbagliare, ma l'importante è che riconosca l'errore, anche nell'interesse delle vittime, senza che ciò comporti penalizzazioni. Tale strategia attecchirà nel mondo imprenditoriale, per mantenere intatto il buon nome (*goodwill*), anche in presenza di eclatanti responsabilità⁶. Degne di nota appaiono le posizioni critiche secondo cui si tratterebbe, in fondo, di uno dei tentativi di controriforma germinati proprio dopo che l'“assalto alla cittadella”⁷ aveva trasformato la responsabilità civile basata sulla *negligence* e sulla *privity of duties*, nel modello *no-fault*, improntato alla deterrenza risarcitoria (cfr., in particolare, Arbel; Kaplan, 2016).

Un terzo livello è costituito dal giudizio risarcitorio nel quale una dichiarazione di scuse viene presa in considerazione ai fini della valutazione del risarcimento di un danno non-patrimoniale: si tratta di valutarne giudizialmente l'effetto mitigante del danno e del risarcimento (il soggetto diffamato su Internet chiede all'altro scuse pubbliche per non sporgere, o per ritirare, la querela).

Infine, all'apice di questa ideale scala gerarchica, troviamo l'aspetto forse più controverso: il giudice, d'ufficio o su istanza di parte, potrebbe ordinare le scuse come forma di risarcimento in natura di un danno ovviamente non patrimoniale. Tale versante, che caratterizza le scuse come rimedio giurisdizionale, e che sembra comportare maggiori frizioni nei confronti dello Stato di diritto e delle garanzie costituzionali⁸, trova un suo elettivo background

⁴ Sia consentito rinviare, per ulteriori approfondimenti, al mio volume: Brutti (2017, p. 141 ss. e 213 ss.); cfr. Hallebeek; Zwart-Hink (2017, p. 194-242); White (2006, p. 1.261-1.312); Vandenbussche (2021, p. 109-70); De Rey (2021, p. 205); Schmolke (2022, p. 340-371).

⁵ Tale riconoscimento avviene, tra l'altro, in Stati Uniti, Regno Unito, Canada, Australia, Hong Kong. Cfr. in generale, Carroll; Chiu; Vines (2018, p. 141 ss.).

⁶ In chiave critica, sui rischi di strumentalizzare l'istituto, Taft (2000); Smith (2014, p. 121 ss.).

⁷ Il riferimento è alla felice formula di Prosser (1960).

⁸ In tema di compatibilità delle scuse imposte giudizialmente con l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vedi per esempio, Corte E.D.U., sentenza *Blaja News c. Polonia*, 26-11-2013, § 71.

culturale in ordinamenti che attribuiscono al rituale del pentimento e del tentativo di conciliazione un carattere imperativo e, di per sé, riparatorio (*social harmony*)⁹.

A queste fenomenologie, dobbiamo aggiungere lo scenario storico delle *apologies* istituzionali nell'ambito dei processi di riconciliazione nazionale che hanno segnato realtà quali l'Australia, il Canada e il Sudafrica, e in parte gli stessi Stati Uniti, impegnati, sin dal finire del secolo scorso, in una complicata presa di coscienza rispetto alle ferite storiche della segregazione razziale e degli abusi ai danni delle minoranze e delle popolazioni aborigene. Potremmo ritenere tale ulteriore versante intrinsecamente legato ai primi due, non foss'altro perché finisce anch'esso per reimmettere nel circuito giurisdizionale la problematica delle possibili implicazioni giuridiche, e non solo morali, delle *public apologies*. Ciò si verifica, in particolare, nella portata ricognitiva di diritti altrui, che potrebbe contrassegnare tali dichiarazioni, e nella loro possibile funzione restitutiva della dignità, rispetto ad atti offensivi e discriminatori, anche risalenti, a danno di categorie o gruppi. (cfr. Galanter, 2002, p. 107-125; Carroll, 2010a, p. 362; Carroll, 2010b, p. 360)

In Italia, così come in Francia e in Germania, non è dato assegnare alcun rilievo giuridico alla esternazione di scuse, quale riparazione spontanea, e tantomeno quale rimedio giudiziale. In realtà, la giurisprudenza valorizza occasionalmente la divulgazione di scuse come indice di ravvedimento e di volontà riparatoria, al fine di concedere benefici sul piano sanzionatorio e, più di rado, risarcitorio. Ma si tratta di iniziative volontarie, che nulla hanno a che vedere con un rimedio giudiziale.

⁹ Tra gli ordinamenti che, vuoi con esplicite norme di legge, vuoi grazie ad interpretazioni giurisprudenziali, si spingono ad attribuire tale funzione, troviamo Cina, Giappone, Indonesia, Ucraina, Corea del Sud, Repubblica Ceca, cui possono aggiungersi anche Polonia, Hong Kong, Taiwan, Australia, Sudafrica ed ormai anche il Belgio. Cfr., ad esempio, art. 179, n. 11, art. 995, art. 1.000, codice civile cinese del 2020, e, per Hong Kong, da ultimo, il caso *Wave Chow v Liang Jing* [2021] HKDC 609. (cfr. Carroll, 2013. In generale, si veda *supra* nota 2).

Come accennato, risalta un provvedimento dell'ABF (Arbitro Bancario Finanziario) del 2010 che, rigettando una domanda di condanna alle scuse, afferma recisamente 'l'incompatibilità ontologica' tra scuse e diritto, in quanto le prime apparterrebbero esclusivamente alla sfera dei rapporti di cortesia o di etichetta¹⁰. Qui emerge una netta indicazione circa l'impossibilità di cogliere nelle scuse pubbliche alcun rilievo giuridico. Tuttavia, una serie di elementi, tra cui quelli già ricordati, di taglio comparatistico, sembrano mettere in dubbio e relativizzare tale monolitica conclusione.

Una recente sentenza della Cour de cassation del Belgio¹¹ rappresenta un utile spunto per soffermarsi sulla pubblicazione di scuse disposta dal giudice, con particolare riferimento all'ordinamento italiano.

Di fronte alla divulgazione di informazioni gravemente lesive della reputazione di un soggetto, nel corso di indagini di polizia, quest'ultimo avvia una causa, che si protrarrà per più di dieci anni, tesa ad ottenere la condanna alla riparazione dei pregiudizi alla propria immagine e reputazione. Oltre ad un risarcimento pecuniario per il danno morale subito, egli richiede una dichiarazione pubblica di smentite e scuse, quale strumento idoneo ad ottenere un più completo ristoro. A seguito del rigetto immotivato della domanda da parte dell'Appello (che conferma il solo rimedio monetario), la Cassazione belga ribalta tale esito, in favore di un'autonoma rilevanza di tale forma di risarcimento in natura e della sua compatibilità con la clausola generale di tutela aquiliana ex art. 1.382, Code civil. Insomma, la pronuncia contribuisce ad accreditare una tesi abbastanza inedita nella tradizione giuridica occidentale, specie in quella di civil law: le scuse potrebbero essere ordinate dal giudice come rimedio in forma specifica del danno non patrimoniale. Più di recente, l'ipotesi pare confermata anche dalla Corte di Giustizia UE del 4 ottobre 2024 (C-507/2023), nella quale ha affermato che una dichiarazione

¹⁰ ABF, Collegio di Milano, 23 settembre 2010, n. 959, Presidente Antonio Gambaro (reperita all'indirizzo web <<http://www.dirittobancario.it/node/2279/pdf>>).

¹¹ Cfr. *Cour de cassation*, 26-11-2021, in *Journal des Tribunaux*, 2022, n. 6.893, 206 e ivi (197-200) nota di Wéry (2022); nonché, Van de Voorde (2022, n. 15.851).

di scuse potrebbe costituire un ragionevole risarcimento di danni non materiali, in base all'art. 82 del GDPR (Regolamento Generale sulla protezione dei dati personali) (cfr. Venchiarutti, 2025, p. 107 ss.)¹².

Come accennato, le *public apologies* potrebbero acquisire, da un lato, valore di ravvedimento, ma, dall'altro, una surrettizia rilevanza come *contra se declarationes*: dichiarazioni confessorie, idonee a provare la responsabilità di chi le proferisca (art. 2730 c.c.) (cfr., tra gli altri, Taruffo, 1992, p. 335). Di conseguenza, consigliare al proprio cliente di scusarsi potrebbe rivelarsi una strategia difensiva controproducente, se la sua responsabilità non fosse già palese (il proverbiale *smoking gun*)¹³. Un'altra indicazione in favore della valenza giuridica delle scuse pubbliche si basa sull'evidenza empirica della loro portata mitigante e riconciliativa¹⁴. Ma, dal momento che la legge non dà alcuna specifica indicazione, è necessario verificare se sussistano norme più generali in base a cui teorizzare il rimedio giudiziale della divulgazione di scuse.

¹² D'altra parte, delineando una distinzione tra risarcimento e riparazione, anche la Corte di Cassazione afferma significativamente che non ogni violazione del diritto morale deve condurre al risarcimento di un pregiudizio per l'appunto morale, laddove tale pregiudizio sia da ritenere già integralmente riparato. La decisione di riconnettere tale effetto ad una determinata dichiarazione (pubblicazione ricognitiva delle ragioni dell'autore).

¹³ Cfr. Corte App. Catania, sentenza 31 maggio 2010 (Pres. S. Pirrone, Est. G. Grasso), in Il Foro Italiano, Archivio integrato, rif. 2012/659 (una lettera di scuse vale come confessione, a meno che la possibilità di avvalersene sia stata esclusa esplicitamente da controparte tramite formale transazione o inequivoca rinuncia). La Cassazione ha inoltre distinto l'ipotesi in cui si verta su diritti disponibili (confessione), da quella inerenti a diritti indisponibili (presunzione-indizio), sempre che tali dichiarazioni esprimano non opinioni o giudizi, o stati d'animo personali, ma fatti obiettivi. Cfr. Cass. civ., sez. I, 26 febbraio 2014, n. 7.998 (nota di Tarricone, 2014, p. 1.100-1.105). Cfr. però *Cour de Cassation, Chambre civile I, 10 juillet 2013, 12-23.773* (consultabile sul sito web: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027701756>>), secondo cui se le scuse facciano riferimento a fatti rilevanti per la decisione di addebito (nella separazione), tale dichiarazione equivale a confessione. Sulla valenza univocamente confessoria di una lettera di scuse e ritrattazione di una precedente accusa, Cass. pen., sez. III, 2 ottobre 2015, n. 44.341, consultata in <<http://portalebanchediti.visura.it/sol/VisDocument.aspx?doc=c:\gm\ D>>.

¹⁴ Di recente, vedi Allan; Allan (2021, p. 251-270). Nello stesso volume vedi anche Carroll (2021, p. 145-179); De Rey (2021, p. 203-249).

Ci troviamo nell'ambito del risarcimento del danno non patrimoniale, una figura molto complessa e dibattuta, che ha attraversato una costante evoluzione negli ultimi anni. Delineati i suoi profili, si ripercorrerà la classica alternativa tra risarcimento per equivalente e risarcimento in forma specifica, verificando se, e in che termini, quest'ultimo possa giocare un ruolo nel danno non patrimoniale. Ciò permetterà di accostarsi al tema delle scuse ordinate dal giudice, saggiandone i margini di compatibilità con l'ordinamento italiano.

2 CENNI AL DANNO NON PATRIMONIALE

Il nostro sistema codicistico dedica una scarna e risalente disciplina all'illecito extracontrattuale, cosicché un ruolo molto incisivo, anche di rilettura costituzionalmente orientata, è stato svolto dalla giurisprudenza.

Alla base dell'istituto della responsabilità civile vi è il concetto generale di fatto illecito (art. 2043 c.c.). L'appena citato art. 2043 c.c. ha una conformazione aperta e atipica e si presta di per sé a coprire qualsiasi fatto illecito che causi un 'danno ingiusto', cioè una lesione dell'altrui sfera giuridica (cfr. Rodotà, 1964, *passim*; Alpa, 1979, *passim*; Visintini, 1987, p. 590-591). La norma fu a lungo interpretata come circoscritta ai danni patrimoniali. Ciò sembrava potersi dedurre anche da un ragionamento *a contrario*, osservando l'art. 2059 c.c., posto alla fine del Titolo IX dei fatti illeciti, il quale dispone che il danno non patrimoniale debba essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge. Per chiarire quali fossero queste disposizioni di legge, soccorreva unicamente la previsione di cui all'art. 185 c.p: sulla falsa riga del § 253 del BGB, colui che abbia commesso un reato (o le persone civilmente responsabili per lui) è obbligato alle restituzioni e al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, alla vittima (con efficace sintesi, Alpa; Zeno-Zencovich, 2007, p. 273). Alla luce di tale contesto, l'art. 2059 c.c. sembrava circoscrivere il perimetro del danno non patrimoniale

al ‘danno morale soggettivo’ (*pretium doloris*) conseguente a reato¹⁵. Si veniva a determinare così una dicotomia tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, dove il primo costituiva tradizionalmente la regola, mentre il secondo l’eccezione.

Tuttavia, non è arduo riconoscere come, anche in assenza di un fatto di reato, possano riscontrarsi una serie di pregiudizi alla persona privi di consistenza economico-patrimoniale. È innegabile che quei danni vadano al di là della sfera economica, riflettendosi su ciò che Amartya Sen (1985) ha chiamato capabilities (vita di relazione e attività ricreative, qualità estetiche e psicologiche). Non potendo ascrivere questi danni all’art. 2059 c.c., la tendenza fu di confinarli comunque entro la clausola generale dell’art. 2043, espandendo e, a volte, forzando questa categoria (danno biologico). La risarcibilità di tali pregiudizi fu ammessa limitatamente al loro riflesso patrimoniale: capacità di produrre reddito¹⁶. In questo modo, il criterio comportava gravi discriminazioni sociali. Successivamente e gradualmente, si sganciò tale valutazione dal livello reddituale (attuale o potenziale) del soggetto, elaborando apposite tabelle in grado di calcolare queste perdite in modo egualitario¹⁷. Nonostante i progressi, era evidente che, per valutare la specifica consistenza del danno alla persona, fosse necessario lasciare un margine di apprezzamento, caso per caso, al giudice. Si doveva prendere atto che l’originaria impostazione del rinvio ai casi determinati dalla legge, operato dall’art. 2059 c.c., avrebbe dovuto subire una profonda metamorfosi, in modo da ampliarne il raggio d’azione.

In primis, si segnala la progressiva introduzione da parte del legislatore di significative fattispecie di danni non patrimoniali: ingiusta privazione della libertà personale cagionati nell’esercizio di funzioni giudiziarie (art. 2 legge 13 aprile 1988, n. 117), impiego

¹⁵ Per una completa ricostruzione dell’evoluzione interpretativa dell’art. 2059 c.c., in rapporto all’art. 2043 c.c., Cass. sez. un. 31 maggio 2003, n. 8.827, n. 8.828 annotata da Navarretta (2003, p. 2.273).

¹⁶ Trib. Milano, 18-1-1971 (il c.d. caso “Gennarino”); Cass., SS.UU., 26 gennaio 1971, n. 174 (caso ‘Meroni’). (cfr. Galoppini, 1971, p. 225 e ss.).

¹⁷ Tribunale di Genova con sentenza del 25 maggio 1974 (Bessone; Roppo, 1975, p. 6 e ss.).

di modalità illecite nel trattamento di dati personali (art. 29, comma 9, legge 31 dicembre n. 675), adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi (art. 44, comma 7, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo (art. 2 legge 24 marzo 2001, n. 89), atti di discriminazione a causa della razza o dell'origine etnica nel settore pubblico e nel settore privato (art. 4, comma 4, d.lgs. 9 luglio 2003 n. 215), atti discriminatori a causa della religione, delle convinzioni personali, dell'handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale per quanto attiene l'occupazione e le condizioni di lavoro (art. 4, comma 5, d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216).

Inoltre, si afferma una nuova impostazione giurisprudenziale, diretta a liberare l'art. 2059 c.c. e il danno non patrimoniale dagli angusti confini originari. Tale disposizione è stata finalmente reinterpretata dalla giurisprudenza in conformità alla Costituzione e alle fonti sovranazionali, per garantire una più ampia tutela ai diritti della persona (art. 2 Cost.)¹⁸. Gli interessi personali costituzionalmente protetti includono salute, dignità, reputazione, identità, immagine, privacy, diritto a non essere discriminati in quanto membri di minoranze, libertà di espressione. Il pregiudizio in questi casi deve però essere serio e consistente, cioè non relegabile a mero danno transitorio o bagatellare¹⁹.

Parallelamente, anche l'art. 2043 c.c. ha potuto riguadagnare una più corretta valenza sistematica, capace di andare oltre la protezione della sola sfera patrimoniale e l'artificiosa contrapposizione con l'art. 2059 c.c.²⁰ La prova del danno è circostanziale e sostanzialmente basata su presunzioni, rispondendo, la valutazione del giudice sulla

¹⁸ Si fa riferimento soprattutto alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e alla Carta dei diritti dell'Unione europea (Carta di Nizza), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Consiglio d'Europa ed oggi parte del Trattato di Lisbona, che le conferisce valore di Trattato e la rende pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri.

¹⁹ Cass. sez. un., 11 novembre 2008, nn. 27.972/3/4/5, su cui si veda: Alpa; Ponzanelli (2009).

²⁰ Cass. sez. un., 31 maggio 2003, n. 8.827, n. 8.828, cit.; nonché Cass. sez. un., 11 novembre 2008 nn. 27.972/3/4/5, su cui si veda: Ponzanelli; Bona (2009); nonché Sentenza della Corte costituzionale n. 233/2003.

misura del risarcimento, a un criterio equitativo (art. 1.226 c.c.). Ciò significa che gli si riconosce una certa discrezionalità, consentendo di apprezzare le caratteristiche del caso concreto, come l'entità del danno, la gravità della colpa, il comportamento complessivo del danneggiante e del danneggiato.

Ulteriore corollario è che il danno non patrimoniale stenta ad essere ancorato ad una rigida logica compensativa, data la difficoltà di ravvisare parametri oggettivi per computarne l'equivalente in denaro. Spicca, qui, l'importanza di una fisiologica polifunzionalità della responsabilità civile (deterrenza, prevenzione, sanzione, soddisfazione)²¹.

Come accade nel caso ricordato della Cassazione belga, anche in Italia la pubblica amministrazione può essere ritenuta responsabile per aver diffuso informazioni inattendibili e lesive per i diritti di terzi²². Tale responsabilità include anche i danni non patrimoniali derivanti dalla utilizzazione e rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.)²³.

3 IL PROBLEMA DEL RISARCIMENTO IN FORMA SPECIFICA

Se nel risarcire un danno non patrimoniale la dazione di una somma di denaro può mostrare evidenti inadeguatezze, forse si

²¹ Cfr. Cass. sez. un. civ. 5 luglio 2017, n. 16.601 (annotata in *Jus civile*, da Ponzanelli, 2018) che, nell'affrontare il tema della compatibilità dei *punitive damages* americani, con l'ordinamento italiano, parla espressamente di polifunzionalità dell'istituto aquiliano, dove trovano ormai spazio le funzioni deterrente, sanzionatrice e punitiva. Per una riflessione critica, Di Majo (2018, p. 1.309-1.317).

²² Cfr. Cass. sez. un. civ. 27 luglio 1998, n. 7.339; Trib. Palermo 7 gennaio 1999 annotata da Palmieri (1999, p. 2.003-2.009).

²³ Cass. 14 ottobre 2008, n. 25.157: "poiché l'onore e la reputazione costituiscono diritti della persona costituzionalmente garantiti, la loro lesione legittima sempre la persona offesa a domandare il ristoro del danno non patrimoniale." (<www.dejure.giuffrè.coM>). Secondo Cass. sez. un., 27 ottobre 2011, sent. n. 4.694, "la rivelazione del segreto è punibile, non già in sé e per sé, ma in quanto suscettibile di produrre nocumento a mezzo della notizia da tenere segreta". In generale, per la responsabilità in caso di danno non patrimoniale procurato dalla P.A.: Cons. Stato, sez. V, 20 maggio 2010, sentenza n. 3.397; Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4.508.

potrebbero ottenere risultati migliori ricorrendo al risarcimento in forma specifica. L'art. 2058 c.c. permette di soddisfare l'interesse leso, non solo con una somma di denaro, ma anche procurando un bene in grado di sostituire quello andato distrutto ovvero effettuando una prestazione riparatoria. Se ciò risulti solo parzialmente possibile, si potrà far ricorso ad entrambe le modalità risarcitorie *pro quota*, combinando cioè risarcimento per equivalente e in forma specifica²⁴.

Occorre subito chiarire che, in un contesto che relegava il danno non patrimoniale ad un'eccezione, la dottrina civilistica aveva prevalentemente escluso che l'art. 2058 c.c. potesse giuocarvi un qualche ruolo. Le classiche argomentazioni attengono all'assenza di materialità del danno non patrimoniale e, dunque, all'inconcepibilità di una restituzione in natura (Franzoni, 2004, p. 618-619). Dal momento che il risarcimento in forma specifica dovrebbe realizzare una simmetria perfetta con la situazione preesistente, ciò sarebbe da escludere per il carattere infungibile ed idiosincratico del bene-interesse da ripristinare (Bonilini, 1983, p. 440). Questa tesi poggiava anche sul riferimento all'eccessiva onerosità per il debitore nell'art. 2058, II, c.c., che avrebbe avuto senso solamente in caso di danno patrimoniale, attenendo ad una comparazione economica tra bene danneggiato e prestazione reintegrativa (Salvi, 1985, p. 196 ss.). In ottica critica, si può osservare che se l'interesse la cui lesione ha determinato un danno non patrimoniale è di norma immateriale, l'effetto lesivo può avere modalità realizzative materiali (Alpa; Bessone; Zeno-Zencovich, 2004, p. 466-467; D'Adda, 2011, p. 650-651; Jannarelli, 2016, p. 616-617). Parallelamente, potrebbe avere natura materiale un'attività volta rimuovere l'effetto lesivo prodotti, addivenendo così ad un esito riparatorio.

Si pensi alla divulgazione di notizie diffamatorie, che potrebbe trovare rimedio in analoga diffusione di smentita e rettifica su istanza del danneggiato; oppure alla distruzione di un oggetto privo di valore economico ma carico di valore d'affezione per il proprietario, o,

²⁴ L'esempio di scuola è dato dal rimpiazzo degli alberi distrutti, integrato dal risarcimento per i frutti *medio tempore* perduti.

ancora, al danno alla salute (cfr. D'Adda, 2011, p. 650). Non a caso nell'ordinamento tedesco le spese mediche (es. spese sostenute per intervento chirurgico) sono qualificate come risarcimento in natura del danno non patrimoniale alla salute (D'Adda, 2011, p. 650; cfr anche Gnani, 2018, p. 299).

Anche l'eccessiva onerosità menzionata nell'art. 2058 c.c. sembra poter afferire non solo al valore economico della prestazione, ma, in senso lato, alle difficoltà che il debitore possa incontrare nell'eseguire la prestazione riparatoria. Infine, basta distogliere lo sguardo dall'art. 2058 c.c. per accorgersi che l'ordinamento giuridico contempla già figure suscettibili di essere accostate ad un risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale. L'effetto reintegrativo parrebbe riconducibile tanto alle norme che consentono di ordinare la pubblicità di certe informazioni (pubblicazione di sentenze, rettifiche o avvisi correttivi, anche sulla home page del condannato)²⁵, quanto ad altre previsioni che autorizzano l'adozione di misure comunque idonee a "rimuovere gli effetti pregiudizievoli"²⁶.

La giurisprudenza, ad esempio, ha qualificato la pubblicazione della sentenza di condanna ex artt. 186 c.p. e 120 c.p.c. come un risarcimento in forma specifica "con altissima efficacia riparatoria dell'onore e della reputazione dell'offeso"²⁷. Indubbia portata

²⁵ Cfr. art. 7 c.c. sul diritto al nome, art. 85, r.d. 29-6-1939, n. 1.127, per le invenzioni industriali, art. 166, r.d. 22-4-1941, n. 633, per il diritto d'autore, art. 8 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 e art. 32-*quinquies* del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, rispettivamente sulla rettifica per pubblicazione di notizie ritenute lesive della dignità o contrarie a verità a mezzo stampa e in ambito radiotelevisivo.

²⁶ Si va dalla repressione della condotta antisindacale ex art. 28 Statuto dei Lavoratori (misura che prevede, tra l'altro, quale ultimo fronte dissuasivo, il ricorso alla misura coercitiva indiretta dell'art. 650 c.p., su cui Vaccarella (1977), all'inibitoria collettiva in tema di diritti dei consumatori ex artt. 37 e 140 c. cons., alla tutela antidiscriminatoria, prevista da un insieme di dispositivi di legge (art. 37, comma 4, d.lgs. 198/2006; art. 28, comma 5, d.lgs. 150/2011 e, previa interpretazione costituzionalmente orientata, art. 38, comma 1, d.lgs. n. 198/2006; art. 15, legge n. 903/77).

²⁷ Cassazione, 1-3-1993, n. 2.491, in *Dir. inf.*, 1993, 383. Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2006, n. 16.323, in CED Cass. pen., 2006, 234426. Consiglio di Stato, sez. V 21 maggio 2013, n. 2.776, in *Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza*, Maggioli, 2014, p. 1.387-1.388. Il risarcimento in forma specifica tutela il danneggiato attraverso la eliminazione del danno o meglio con la rimozione della fonte e delle conseguenze dello stesso, tramite il riconoscimento al medesimo, di tornare allo status quo ante. Infatti, nel nostro ordinamento per risarcimento in

riduttiva degli effetti dannosi può annettersi anche alla tutela cautelare, consistente nella pubblicazione di avvisi correttivi sulla homepage del danneggiante (art. 700 c.p.c., art. 120 c.p.c.)²⁸.

Considerato che tutti questi rimedi trovano il proprio *ubi consistam* in apposite previsioni di legge, non è scontata la possibilità di dedurre un principio generale di risarcibilità del danno non patrimoniale in forma specifica. Si è obiettato che ciascuna di queste figure presenta un elemento caratterizzante ulteriore, quale ad esempio la tutela di un interesse superindividuale che va oltre la finalità risarcitoria interprivata (tra gli altri, Ferri, 1990, p. 805). In particolare, la compresenza di un interesse pubblico al ristabilimento della corretta informazione e verità sul piano sociale e alla prevenzione degli illeciti farebbe dubitare della riconducibilità dello strumento ex art. 120 c.p.c. all'istituto risarcitorio, poiché quest'ultimo servirebbe interessi meramente individuali e opererebbe esclusivamente per il passato²⁹.

Tuttavia, anche queste obiezioni non paiono insuperabili. La divulgazione presso l'opinione pubblica della sentenza o di

forma specifica si intende in linea generale quel risarcimento diretto a garantire all'interessato, di conseguire la stesse utilità garantite dalla legge, e non invece – come nel risarcimento per equivalente – un ristoro in termini monetari. Ne discende che il contenuto del rimedio in oggetto è atipico perché varia a seconda del pregiudizio sofferto. Norma generale è l'art. 2058 c.c., ai sensi del quale il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il creditore. Per questi motivi il risarcimento in forma specifica rientra tra i rimedi soddisfattori, perché rappresenta l'attuazione della posizione soggettiva di cui è portatore il danneggiato. Ancora, secondo Cassazione, sez. III, 11-9-2013, n. 37.224, la risarcibilità per equivalente può costituire un elusivo strumento di *deminutio* del risarcimento, che dovrebbe conformarsi invece proprio alle caratteristiche del diritto leso.

²⁸ Cass. sez. III civ., ord. 23-1-2019, n. 5.840.

²⁹ In tema di lesione del diritto all'immagine ed alla reputazione, la quantificata entità del corrispondente danno risarcibile non può essere automaticamente ridotta per effetto della pubblicazione della sentenza su un quotidiano, costituendo tale misura, oggetto di un potere discrezionale del giudice, una sanzione autonoma che, grazie alla conoscenza da parte della collettività della reintegrazione del diritto offeso, assolve ad una funzione riparatoria in via preventiva rispetto all'ulteriore propagazione degli effetti dannosi dell'illecito, diversamente dal risarcimento del danno per equivalente che mira al ristoro di un pregiudizio già verificatosi. (Cassazione civile, sez. I, sentenza n. 1.091 del 21 gennaio 2016).

un avviso correttivo non costituisce la finalità del rimedio, ma il mezzo attraverso il quale raggiungere l'obiettivo ripristinatorio. In ipotesi di condanna per la diffusione di informazioni lesive della reputazione, riuscire a portare l'avviso a conoscenza del pubblico permetterebbe, seppur parzialmente, non solo di prevenire il danno, ma anche di riparare quello che si era già prodotto quando gli stessi destinatari avevano appreso le notizie false. Sia l'effetto di ristabilire la consapevolezza pubblica, che quello di prevenire ulteriori danni, costituiscono elementi semmai rafforzativi, e non carenze, della portata reintegratoria del rimedio. Peraltro, fattispecie come quella dell'art. 120 c.p.c. rimettono l'adozione dei provvedimenti in oggetto non all'iniziativa d'ufficio del giudice, ma all'impulso della parte lesa, alla cui sfera giuridica fa capo l'interesse principale alla divulgazione.

La conclusione della compatibilità tra art. 2058 e art. 2059 c.c. è confermata anche dalla rilettura costituzionalmente orientata della categoria del danno non patrimoniale, nel senso di una sua organica compenetrazione con i principi generali dell'obbligazione risarcitoria divisati nel Titolo IX, Libro IV del codice civile.

Anche un argomento letterale conferma quello sistematico: se l'art. 2058 c.c. tratta di reintegrazione in forma specifica senza distinguere la tipologia di danno da risarcire, l'art. 2059 c.c. parla in modo generico di risarcimento (del danno non patrimoniale) senza individuarne le modalità. Tutto ciò sta a dimostrare l'ampiezza di soluzioni prospettabile in punto di risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale.

Vale la pena ricordare un caso molto originale- e, per certi versi, estremo- dove il colpevole di istigazione alla prostituzione di una minorenne è stato condannato a donare alla vittima, a titolo di risarcimento del danno morale, una serie di DVD e libri sulla cultura femminista in ottica di giustizia riparativa³⁰.

³⁰ Cfr. Tribunale Roma, sentenza 29 settembre 2016, n. 266, GUP Paola Di Nicola, annotata da Acierno (2016); Polidoro; Cavaliere (2016). Il giudice ha disposto d'ufficio questo peculiare rimedio in forma specifica ex art. 2058 c.c., invece del risarcimento per equivalente richiesto dalla vittima, sul presupposto che la monetizzazione di

4 IL GIUDICE PUÒ ORDINARE LE SCUSE COME RISARCIMENTO?

Se, dunque, il risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale sembra essere l'unica norma su cui appuntare il rimedio giudiziale delle scuse pubbliche, occorre verificare le caratteristiche ed i punti deboli di questa ipotesi.

Che differenze sussistono tra le ipotesi di risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale previste nell'ordinamento italiano e il rimedio giudiziale delle pubbliche scuse? Una dichiarazione imposta, di cui sia dubbia la sincerità, perché riferita ad uno stato interiore del soggetto proponente, può essere ammessa dal giudice e ritenuta idonea a riparare il danno?

Al contrario di un ristabilimento dello *status quo ante*, le scuse pubbliche vanno al di là dell'affermazione di un fatto oggettivo e indubitabile, includendo opinioni e sentimenti, inidonee a perseguire la finalità di una riparazione integrale³¹. Inoltre, chiedere al giudice di adottare un tale provvedimento significa imporre al convenuto di far proprie le ragioni dell'attore, senza possibilità di mantenere alcuna diversità di visioni sui fatti.

Una prima obiezione fa leva sulla possibile insincerità delle scuse: l'obiezione potrebbe essere superata, evidenziando come la dichiarazione di scuse possa rivestire, per la vittima che la richiede,

quel tipo di danno rischiasse di provocare effetti di 'vittimizzazione secondaria' nella giovane donna. I punti deboli della pronuncia attengono, da un lato, al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, e, dall'altro, all'impossibilità di commutare la domanda di risarcimento per equivalente in risarcimento in forma specifica (tra le molte, Cass. 18 gennaio 2002, n. 552, in *Riv. not.*, 2002, p. 1.230). Principi che, salvo eccezioni espresse, presidiano la stretta interdipendenza tra funzione giurisdizionale e tutela di interessi privati, in ambito civile, evitando fughe in avanti del giudice, ancorché mosse da nobili propositi di 'empatia giurisdizionale'.

³¹ Cfr. la tradizionale impostazione francese secondo cui il giudice non può ordinare "une mesure de réparation en nature allant au-delà du simple rétablissement du status quo ante" (*Civ. 2^e 16 déc 2021, 19-11.294* ; *Com. 9 mars 1993, n. 91-14.685*, in *Recueil Dalloz*, v. 25, 1993, p. 363, nota di Guyon); di recente, Bussani (2022, p. 275), che- in linea con la tradizionale impostazione- segnala l'irrilevanza, da noi, delle scuse del convenuto, in quanto "reazioni al danno ulteriori rispetto alla condanna aquiliana".

un valore in sé, indipendentemente dall'effettivo sentimento del propalante. Addirittura si potrebbe astrarre da questo elemento, per ritenere comunque necessario e sufficiente l'effetto riparatorio prodotto dalla mera manifestazione esteriore, rispetto ad alcuni interessi fondamentali collettivi (per esempio lotta alle discriminazioni e all'*hate speech*). Si è notato come il tema delle ulteriori forme di riparazione del danno morale (*Wiedergutmachung immaterieller Schäden*) sia stato sollevato da una recente sentenza della CGUE, mentre in Germania il dibattito era tradizionalmente confinato al solo risarcimento in forma monetaria (*Wiedergutmachung durch Geldentschädigung*) (Latzel, 2021, p. 888). La Corte ha evidenziato come il pagamento di una somma di denaro possa non essere sufficiente a soddisfare la domanda volta ad ottenere il riconoscimento di aver subito una discriminazione (Latzel, 2021, p. 888)³². Quest'ultima prospettiva sembra oggi suscitare una particolare attenzione anche nell'ambito di un generale ripensamento dei mezzi di tutela della dignità della persona nell'ambiente digitale³³.

Per via della necessaria determinatezza del contenuto del *facere*, oggetto del risarcimento in forma specifica, il tenore della dichiarazione e la modalità della divulgazione devono essere chiarite puntualmente dal giudice nella sentenza di condanna³⁴. Se il contenuto dell'ordine di divulgazione rispondesse a criteri e fatti oggettivamente incontestabili, come succede con la pubblicazione

³² *Diskrimineringsombudsmannen c. Braathens Regional Aviation AB*, Causa C-30/19, CGUE, 15-4-2021.

³³ Un aspetto attuale è quello degli illeciti diffamatori via internet che, non coperti dal diritto di rettifica tipico delle leggi sulla stampa, potrebbero generare una pretesa di ritrattazione e scuse, facente capo proprio all'art. 2.058 c.c. Di recente, nel senso che la divulgazione delle scuse vada considerata una modalità tipica di risarcimento del danno (non patrimoniale) in forma specifica, idonea a colmare spazi lasciati scoperti dai rimedi tipizzati, come la rettifica e la pubblicazione della sentenza, Gnani (2018, p. 188-189); Schmolke (2022, p. 370-371), ed ivi riferimenti alla scarsa e scettica giurisprudenza in materia.

³⁴ "Ogni condanna ad un *facere*, infatti, deve precisare la consistenza di tale *facere* e non può limitarsi all'indicazione dello scopo al cui raggiungimento il *facere* è destinato; soprattutto, non può rimettere la determinazione del *facere* alla parte nei cui confronti è pronunciata condanna". Cfr. Cass. sez. II civ., 26 luglio 2016, n. 15.458 in *Osservatorio civile (Rassegna di giurisprudenza)* in *Urb. app.*, 2016, fasc. 11, p. 1.231-1.239.

della sentenza o delle rettifiche, il dispositivo non incontrerebbe particolari obiezioni, sotto il profilo del principio di legalità. Ma se vi fosse inclusa un'espressione di contrizione personale del propalante, si oltrepasserebbe il mero ristabilimento della verità oggettiva per fare qualcos'altro: eterodeterminare e imporre al convenuto la divulgazione di espressioni, in violazione della sua libertà di manifestazione del pensiero. La questione, riscontrata anche dal *Bundesgerichtshof* nel decidere sull'esecuzione di una sentenza polacca in Germania³⁵, rimane la violazione dei diritti costituzionalmente garantiti di rimanere in silenzio ('libertà di espressione negativa') e di garanzia difensiva e processuale (che include il diritto di non autoaccusarsi)³⁶. Ricordiamo che la Costituzione, in quanto fonte gerarchicamente sovraordinata alla legge, prevarrebbe sull'interesse ad ampliare la portata dello strumento risarcitorio fino a lambire le libertà fondamentali della persona. Tale ostacolo sembra riportarci indietro, al principio secondo cui se il risarcimento in forma specifica è impossibile ovvero eccessivamente oneroso, si deve optare per il rimedio per equivalente (art. 2058 c.c.).

5 IPOTESI RIMEDIALI: CONDANNA CONDIZIONALE ED ESPERIMENTO DI LAW AND ECONOMICS

Una volta scartato il risarcimento in forma specifica puro e semplice, conviene verificare altre possibili soluzioni. Naturalmente, l'ideale sarebbe- trattandosi di comportamenti mossi da un'intrinseca valenza morale- che il danneggiante facesse le scuse per tempo e di sua sponte. In tal senso, emergono una serie

³⁵ Con riferimento al § 5 del *Grundgesetz*, cfr. *Bundesgerichtshof* IX sez. civ., 19 luglio 2018 - IX 10/18, da me tradotta e annotata (*Le 'scuse' iussu iudicis dell'organo di informazione al vaglio dell'ordinamento tedesco*) in *Dir. inf.*, 2020, 1, 86 ss.

³⁶ Con specifico riferimento agli artt. 21 e 24 Cost., Pace (2006, p. 75-81). Illuminante Hobbes (1651, p. 427): "There is another error in their civil philosophy (which they never learned of Aristotle, nor Cicero, nor any other of the heathen), to extend the power of the law, which is the rule of actions only, to the very thoughts and consciences of men [...]". Cfr. Koselleck (1984, p. 37-38), che segnala la contrapposizione tra i due piani: azioni ed opere (incondizionatamente subordinate alla legge) e opinione (libera, "in segreto").

di strumenti che incentivano la composizione del contenzioso³⁷. L'accordo processuale sulla dichiarazione di scuse potrebbe mettere fine consensualmente alla lite, tramite il pagamento di un risarcimento e la pubblicazione della dichiarazione riparatoria. Ciò presenta due incentivi rilevanti ai volenterosi: la decurtazione delle somme dovute a titolo risarcitorio e la possibilità di evitare condanne successive alle spese e al risarcimento punitivo per lite temeraria (art. 96 c.p.c.- Responsabilità aggravata), che potrebbero intervenire qualora si rifiutasse l'accordo, decidendo di proseguire fino alla sentenza (Busnelli; D'Alessandro, 2012, p. 585-596).

Non sempre tali propositi sono coronati da successo. Può accadere che, mentre dal lato della vittima il fatto di ricevere le scuse sia molto sentito e persino vitale, da controparte si manifesti ostinata indifferenza e chiusura verso tale opzione.

La peculiarità delle 'pubbliche scuse' consiste nel fatto che la responsabilità deve essere riconosciuta dal colpevole e condivisa, anche con la comunità, quale unica e imprescindibile verità storica, affinché il fatto non si ripeta. In quest'ottica, l'ottenimento delle scuse può diventare una questione di principio e una preoccupazione costante dei danneggiati, al pari, se non più, di un risarcimento punitivo. Perciò, la scelta di trasporre questa richiesta in un rimedio giurisdizionale appare comprensibile e meritevole di tutela.

In una sentenza ecuadoriana del 2011 si ordinarono le pubbliche scuse, come rimedio in forma specifica, alternativo e condizionale a quello per equivalente³⁸. Una grande impresa

³⁷ Cfr. Calabresi (2016), critico su una *commandification*, e così pure *commodification*, dei *merit goods* (cui le *apologies* possono accostarsi), ma convinto sostenitore di politiche di incentivo.

³⁸ Sia consentito rinviare a Brutti (2013, p. 142-143). Tribunale Superiore di *Nueva Loja*, Lago Agrio Class v. Chevron Corp, Lago Agrio Judgment, No: 2003-0002, 14-2-2011, consultata all' <<https://chevroninecuador.org/news-and-multimedia/2011/0406-key-documents-and-court-filings-from-aguinda-legal-team>>; Corte Nazionale di Giustizia, proc. n. 174- 2012, Dr. Wilson Andino Reinoso, Quito, 12 novembre 2013 (una versione in lingua inglese è disponibile sul sito web: <<http://chevrontoxico.com/assets/docs/2013-11-12-supreme-court-ecuador-decision-english.pdf>>).

petrolifera statunitense era stata condannata ad un consistente risarcimento per aver cagionato estesi danni all'habitat naturale delle comunità indios. Al contempo, si disponeva che la somma fosse aumentata (raddoppiata) a titolo punitivo, se il danneggiante non avesse pubblicato una dichiarazione di scuse entro un certo termine. Naturalmente la società petrolifera non emise il comunicato di scuse, né risarcì alcun danno, impugnando la sentenza fino all'ultima istanza. La parte sanzionatoria del provvedimento, incluso l'ordine di scusarsi, fu, in seguito, annullata dalla Corte di legittimità, ritenendo il risarcimento punitivo estraneo alla legislazione ecuadoriana. Al di là dell'esito finale della vicenda, il dispositivo funziona come una condizione sospensiva, dove l'efficacia di una condanna risarcitoria minima è subordinata alla condizione dell'attuazione del rimedio in forma specifica entro un certo termine, scaduto il quale scatta l'importo massimo. Ciò non va confuso con le obbligazioni alternative e facoltative (art. 1.285 ss. c.c.), perché, a differenza di queste, l'obbligazione è sempre unica, quella risarcitoria, variando solamente le modalità realizzative. Anche una recentissima dottrina ritiene possibile applicare il risarcimento in forma specifica di cui al § 249 BGB (*Naturalherstellung*) ai danni non patrimoniali, abbinandovi questo dispositivo opzionale³⁹.

In Italia, la lettera dell'art. 2058 c.c. non sembrerebbe precludere l'applicazione dello stesso principio. Tanto più che al risarcimento del danno non patrimoniale può essere riconosciuta ormai una pluralità di funzioni, tra cui quella deterrente-punitiva⁴⁰. Un'ulteriore conferma proviene da una risalente giurisprudenza secondo cui il giudice può accogliere la richiesta di un risarcimento in forma specifica, disponendo la sua eventuale commutazione in equivalente monetario, in caso di inattuazione della prestazione riparatoria entro un certo termine⁴¹.

³⁹ Cfr. per questa soluzione Schmolke, (2022, p. 340-371); sul meccanismo di condanna alternativa, Cian (2003, p. 126-127).

⁴⁰ Basti pensare alla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 16.601/2017, su cui, *ex multis*, ALPA (2017, p. 1.084 ss.).

⁴¹ App. Messina, 31 marzo 1959, in *Giust. civ. Rep.*, 1959, v. *Danni*, n. 170; App.

Anche la Cassazione ha riconosciuto che l'effetto riparatorio della pubblicazione della sentenza (art. 120 c.p.c.), seppur non suscettibile di comportare automaticamente una decurtazione del risarcimento in denaro, può essere valutato caso per caso dal giudice di merito per diminuire correlativamente il risarcimento monetario⁴². Si consideri, poi, che, qualora la pubblicazione della sentenza non venga attuata dalla parte condannata, quest'ultima dovrà poi rimborsare l'interessato che vi abbia provveduto a sua cura e spese (art. 120 c.p.c.).

Parrebbe, così, rafforzato il principio secondo cui l'attore può optare per il risarcimento in forma specifica sotto forma di pubbliche scuse, salva la possibilità per il convenuto di liberarsi dall'obbligazione anche con un risarcimento per equivalente⁴³. In quest'ottica, si potrebbe accogliere la domanda volta ad ottenere un ordine di pubblicare le *apologies*, costruita su due soluzioni risarcitorie differenziate, a seconda che l'ordine venga o meno eseguito. Ciò sembra costituire una soluzione idonea a contemperare l'interesse della vittima (al rimedio ritenuto più appropriato) e i diritti

Reggio Calabria, 18 ottobre 1957, ivi, 1958, v. *Obbl. contr.*, n. 443. Il principio lo si trova anche nella materia dell'occupazione illegittima da parte della p.a., che può essere condannata dal g.a., alternativamente, a restituire o ad acquisire (con importi risarcitori-indennitari conseguentemente differenziati). Cfr. Barilà; Artaria (2013, p. 1.287).

⁴² Cass. sez. I, sentenza 21 gennaio 2016, n. 1.091 in *AIDA*, 2017, p. 830-832, pt. 2; nonché Tribunale di Torino, sez. IV, 20 febbraio 2012 - G.U. Sabbione, che, trattando un caso di 'denigrazione dei prodotti di un'impresa e risarcibilità della sofferenza patita dai dipendenti', afferma che "La liquidazione così operata va poi ridotta nella misura nella quale il pregiudizio in questione è suscettibile di parziale riparazione mediante la pubblicazione per estratto della sentenza che, divulgando la sussistenza del diritto leso e la conseguente necessità di reintegrazione, contribuisce a ridurre in forma specifica gli effetti negativi dell'offesa all'onore integrante il danno non patrimoniale subito dalla società di capitali" (in *Danno e responsabilità*, 2012, n. 6, p. 635).

⁴³ Cfr. anche Cass. sez. VI, 4 novembre 2013, n. 24.718, in *Foro Padano*, 2014, 2/1, p. 147 con nota di Argine (2015). Cfr. anche Cass. sez. II, 22 gennaio 2015, n. 1.186 secondo cui: "tali distinte modalità attuative sono del tutto fungibili fra loro, essendo entrambe riconducibili alla comune finalità di porre riparo agli effetti negativi dell'illecito". Ma, mentre il giudice può decidere d'ufficio di non attribuire la reintegrazione in forma specifica, optando per il risarcimento per equivalente, non è consentito fare il contrario, in quanto quest'ultimo è un *minus* rispetto alla prima (Cass. 2002/552, cfr., tra gli altri, Taruffo, 1992, p. 335).

fondamentali del convenuto, il quale disporrebbe dell'alternativa monetaria. Al contrario, suscita non poche perplessità l'idea che il giudice possa d'ufficio decidere di mutare la richiesta di parte di un risarcimento pecuniario, convertendolo in una condanna alle scuse. Oltre ad argomentazioni critiche provenienti dalla giurisprudenza, le ritrosie processuali appaiono confermate anche sotto un profilo di analisi economica del diritto. Occorre riferirsi preliminarmente, da un lato, al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato che prevede un'attinenza della decisione del giudice rispetto alle domande di parte, e, dall'altro, alla commutabilità solo unidirezionale del risarcimento in forma specifica in risarcimento per equivalente (e non viceversa) (vedi *supra* nota 30). Principi che, salvo eccezioni espresse, servono a mettere in luce la stretta interdipendenza tra funzione giurisdizionale e tutela di interessi privati, in ambito civile, evitando fughe in avanti del giudice di carattere inquisitorio o paternalistico, ancorché mosse da sensibili propositi rieducativi. In secondo luogo, quanto alla critica di *Law and Economics*, è bene segnalare sin d'ora la possibilità di una transazione *post iudicium*, cioè l'ipotesi che le parti possano far venire meno l'efficacia della sentenza di condanna addivenendo ad un componimento alternativo circa l'obbligazione risarcitoria in essa statuita. Qualora dovesse sopravvenire tale accordo, la parte eventualmente intimata dell'esecuzione della sentenza potrebbe validamente opporvi l'intervenuta transazione. Per orientamento consolidato, infatti,

della rilevanza estintiva del debito, derivante dal pagamento eseguito ed eventualmente in sé dalla transazione, si può discutere in sede di opposizione alla esecuzione, perché il giudicato si forma in relazione agli effetti giuridici dei fatti intervenuti sino a quando avrebbero potuto essere dedotti nel giudizio di merito in cui la decisione è resa, non a quelli sopravvenuti quando il giudizio sugli effetti di tali fatti risulta precluso dalla circostanza che un giudizio di merito in ordine a tali fatti è precluso dal luogo processuale cui il giudizio è pervenuto⁴⁴.

⁴⁴ Cfr. Cass. sez. III, 31 maggio 2005, n. 11.581 (in Pertile, 2010, p. 404).

Sotto altro profilo, si è affermato che la transazione intervenuta tra le parti, dopo che la sentenza di condanna sia stata impugnata, costituisce ipotesi di cessazione della materia del contendere, travolgendo quanto statuito dalla sentenza impugnata, proprio perché in grado di

soddisfare l'interesse privato delle parti, inteso a dare valore al nuovo assetto pattizio raggiunto di contro alle statuizioni della sentenza impugnata, di cui le parti non vogliono il passaggio in giudicato e nel contempo salvaguarda l'interesse pubblicistico dell'economia dei giudizi⁴⁵.

Quindi, la transazione può prevalere anche sulla sentenza, facendo rientrare il rapporto tra le parti nell'alveo di un equilibrio inter-privato. Questa constatazione ci permette di rilevare che il Giudice che dovesse optare d'ufficio per un risarcimento in forma specifica, anziché per equivalente, col suo *modus operandi*, avrebbe caricato su di sé una, pur nobile, funzione pubblica che però non gli compete, rischiando di rimanere successivamente escluso e smentito dall'effettivo sviluppo della vicenda, rimesso, secondo una logica tipicamente Coasiana, alla decisione delle parti (che potrebbero accordarsi sempre per una somma di denaro, al posto di una prestazione non desiderata dalla parte, ma imposta dal giudice). A conferma di ciò, si può osservare come addivenire, su iniziativa d'ufficio del giudice, ad una condanna risarcitoria ad un *facere specifico* avente valore uguale o superiore al risarcimento per equivalente domandato dalla parte attrice, costituirebbe una vistosa eccezione alla celeberrima conclusione di Guido Calabresi secondo cui la *property rule* incide sempre sulla redistribuzione del *surplus* cooperativo a vantaggio della parte cui è riconosciuta⁴⁶. L'ovvio corollario- che deduciamo- è che la regola Calabresiana presuppone

⁴⁵ Cfr. Cass. civ., S.U., 18 maggio 2000, n. 368 con nota di Consolo (2001, p. 24-26).

⁴⁶ Cfr. Calabresi; Melamed (1972); Cooter; Mattei; Monateri; Pardolesi; Ulen, (2006, p. 117). Per un'analisi più dettagliata della questione, sia consentito rinviare al mio volume (Brutti, 2023, p. 339-344).

proprio una linearità tra la richiesta di parte e la decisione del giudice, quanto all'opzione tra *property rules* e *liability rules*. Una lettura attenta ai profili interdisciplinari non può che aprirsi anche alle implicazioni di *Law and Economics* appena descritte. Concludiamo con l'esposizione dell'esempio: se una parte non desidera le scuse ma chiede il risarcimento monetario e il giudice, invece, condanna alle scuse la parte avversa, si avrebbe un effetto *lato sensu* espropriativo (su libertà e reputazione) del soggetto condannato a scusarsi. Ciò, indipendentemente dalle altre questioni segnalate (tutela della libertà di espressione negativa etc.), potrebbe costituire un sacrificio maggiore della somma di danaro domandata dalla parte danneggiata, cui non corrisponderebbe alcun vantaggio per quest'ultima. Si pensi ad un soggetto che valuti molto dannoso, per la propria immagine e per il proprio business, pubblicare quelle scuse, mentre l'altra parte preferisca un risarcimento monetario alle scuse. Qui potrebbe entrare in gioco la dinamica transattiva che si sostituirebbe alla decisione del giudice, sconfessandola. Ecco l'utilità del test Coasiano che conferma le nostre perplessità su un simile potere d'ufficio del giudice di optare per le scuse, quale risarcimento.

In Italia, abbiamo visto come un'autorevole pronuncia dell'Arbitro Bancario Finanziario (vedi *supra* nota 10) abbia asserito che le scuse non possono mai costituire un rimedio giurisdizionale ed anzi sono ontologicamente incompatibili con le norme di diritto, appartenendo esclusivamente alla sfera della cortesia e delle norme di etichetta. L'assunto sembra eccessivamente *tranchant*, a fronte di un panorama più frastagliato e ancora degno di riflessioni ed approfondimenti. In Italia, ad esempio, per una serie di illeciti (soprattutto diffamazione aggravata e oltraggio a pubblico ufficiale) la riparazione del reo può far estinguere il reato: le scuse di fatto sono frequentemente considerate la *condicio sine qua non* per la chiusura del processo penale. Eppure, nessun giudice immagina di poter condannare qualcuno a scusarsi. Forse, il fatto che le scuse vengano spesso invocate come un rimedio sostanziale in caso di illecito è

la “punta dell’iceberg” di un fenomeno più vasto⁴⁷: i danneggiati sarebbero spesso interessati ad incentivare le dichiarazioni di scuse come riparazione del danno, ma il sistema potrebbe preferire distogliere lo sguardo da tale argomento, timoroso di gestirne le eventuali conseguenze. Prima fra tutte, la complessa ricaduta sul principio della *réparation intégral du préjudice* (vedi *supra*, nota 31).

RIFERIMENTI

ACIERNO, Maria. Le nuove frontiere del risarcimento del danno. In: **Giudicedonna**, Roma, Ed. Associazione Donne Magistrato Italiane, n. 4, 2016.

ALLAN, Alfred; ALLAN, Maria M. Prompted versus voluntary apologies: what does psychological research tell us? In: BRUTTI, Nicola; CARROLL, Robyn Olive; VINES, Prue (Ed.). **Apologies in the legal arena: a comparative perspective**. Bologna: Bonomo, 2021. p. 251-270.

ALPA, Guido. **Il problema dell’atipicità dell’illecito**. Napoli: Jovene, 1979.

ALPA, Guido. Le funzioni della responsabilità civile e i danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione. In: **Contratto e Impresa**, Padova, Ed. Cedam, p. 1.084 ss., 2017.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. I fatti illeciti. In: RESCIGNO, Pietro (Dir.). **Trattato di diritto privato**. v. 14. Torino: Utet, 2004.

⁴⁷ Utilizzo questa metafora nel senso fatto proprio da Guido Calabresi, a proposito della celebre *reverse damage rule*, quando afferma che i responsi delle corti e della dottrina possono essere visti come punte di iceberg di fenomeni giuridici sotterranei in gran parte da esplorare. Cfr. Calabresi (2015, p. 3) (la regola secondo cui l’impresso liquida una somma indennitaria all’immittente per poterne contemporaneamente inibire l’attività dannosa è scarsamente presente nel contenzioso privato, ma diventa frequente nell’ambito delle procedure espropriative, che, negli Stati Uniti, come è noto, possono essere condotte anche da privati, su autorizzazione di enti pubblici).

ALPA, Guido; PONZANELLI, Adriano (Ed.). **Il danno non patrimoniale**: guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008 nn. 27.972/3/4/5. Milano: Giuffrè, 2009.

ALPA, Guido; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **Italian private law**. New York: Routledge, 2007.

ARBEL, Yonathan A.; KAPLAN, Yotam. Tort reform through the back door: a critique of law and apologies. In: **Southern California Law Review**, Southern California, Ed. University of Southern California Gould School of Law v. 90, p. 1.199-1.246, 2016.

ARGINE, Stefano. L'art. 2058 c.c. e la sua interpretazione autentica. In: **Il Foro Padano – Rivista de Giurisprudenza e di Dottrina**, Pisa / Roma, Ed. Foro Padano, 2015.

BARILÀ, Enzo; ARTARIA, R. Commento a C.G.A. SICILIA, ord. 21 febbraio 2013, n. 265 - Pres. Turco - Est. de Francisco. In: **Rivista Urbanistica e Appalti**, Assago, Ed. Ipsoa, 2013.

BESSONE, Mario; ROPPO, Vincenzo. Garanzia costituzionale del diritto alla salute e orientamenti della giurisprudenza di mérito. In: **Giurisprudenza di Merito**, Milano, Ed. Giuffrè, v. IV, p. 3-9, 1975.

BONILINI, Giovanni. **Il danno non patrimoniale**. Milano: Giuffrè, 1983.

BRUTTI, Nicola. **Diritto privato comparato**: letture interdisciplinar. 2. ediz. Torino: Giappichelli, 2023.

BRUTTI, Nicola. **Law & apologies**: profilo comparatistico delle scuse riparatorie. Torino: Giappichelli, 2017.

BRUTTI, Nicola. Legal narratives and compensation trends in tort law: the case of public apology. In: **European Business Law Review**, Londres, Ed. Wolters Kluwer, v. 24, Issue 1, p. 127-148, 2013.

BRUTTI, Nicola; CARROLL, Robyn; VINES, Prue (Ed.). **Apologies in the legal arena: a comparative perspective**. Bologna: Bonomo, 2021.

BUSNELLI, Francesco Donato; D'ALESSANDRO, Elena. L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"? In: **Rivista Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 6, p. 585-596, 2012.

BUSSANI, Mauro. Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Cedam, v. 68, n. 2, p. 264-306, 2022.

CALABRESI, Guido. **The future of law and economics: essays in reform and recollection**. Cambridge: [S. n.], 2015.

CALABRESI, Guido. **The future of law and economics: essays in reform and recollection**. New Haven and London: Yale University Press, 2016. Capitolo 5.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property rules: liability rules and inalienability: one view of the cathedral. In: **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), Ed. Harvard Law School, v. 85, p. 1.089-1.128, 1972.

CARROLL, Robyn Olive. Addressing concerns about ordered apologies: some recent developments'. In: BRUTTI, Nicola; CARROLL, Robyn Olive; VINES, Prue (Ed.). **Apologies in the legal arena: a comparative perspective**. Bologna: Bonomo, 2021. p. 145-179. Chapter 5.

CARROLL, Robyn Olive. Apologies as a legal remedy. In: **Sydney Law Review**, Sydney, Ed. The University of Sydney, v. 35, Issue 2, p. 317-347, 2013.

CARROLL, Robyn Olive. The ordered 'apology' as a remedy under anti-discrimination legislation in Australia: an exercise in futility? In: WEAVER, R.; LICHÈRE, Francois (ed.). **Recognition**

and enforcement of judgements, Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2010a.

CARROLL, Robyn Olive. You can't order sorriness, so is there any value in an ordered apology? an analysis of ordered apologies in anti-discrimination cases. In: **University of New South Wales Law Journal**, Sydney, Ed. University of New South Wales, v. 33, p. 360, 2010b.

CARROLL, Robyn Olive; CHIU, James; VINES, Prue. **Apology ordinance (cap. 631)**: commentary and annotations. Hong Kong: Sweet and Maxwell, 2018.

CIAN, Giorgi. La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Cedam, v. II, p. 125-141, 2003.

CONSOLO, Claudio. Cassazione senza rinvio e cessazione della materia del contendere: prospettive evolutive. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, v. 1, 2001.

COOTER, Robert; MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe; PARDOLESI, Roberto; ULEN, Thomas. **Il mercato delle regole**: analisi economica del diritto civile. v. I. Bologna: Fondamenti, 2006.

D'ADDA, Alessandro. Art. 2058: risarcimento in forma specifica. In: GABRIELLI, Enrico (Dir.); CARNEVALI, Ugo (a cura di). **Commentario del del codice civile**: dei fatti illeciti. artt. 2.044-2.059. v. II. Torino: Utet, 2011.

DE REY, Sebastien E. Court-ordered apologies under the law of torts?: non-monetary relief for emotional harm: a comparative outlook from a western european perspective. In: BRUTTI, Nicola; CARROLL, Robyn Olive; VINES, Prue (Ed.). **Apologies in the legal arena**: a comparative perspective. Bologna: Bonomo, 2021. p. 203-249. Chapter 7.

DI MAJO, Adolfo. Rileggendo August Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni. In: **Europa e Diritto Privato**, Milano,

Ed. Giuffrè, n. 4, p. 1.309-1.317, 2018.

FERRI, Giovanni Battista. Diritto all'informazione e diritto all'oblio. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Cedam, n. 6, 1990.

FRANZONI, Massimo. Fatti illeciti: art. 2.043, 2.056-2.059. In: **Commentario al codice civile Scialoja-Branca**: delle obbligazioni: dei fatti illeciti. titolo IX, libro Quarto. Supplemento. Bologna-Roma: Zanichelli, 2004.

GALANTER, Marc. Righting old wrongs. In: MINOW, Martha (a cura di). **Breaking the cycles of hatred**. Oxford: Princeton University Press, 2002. p. 107-125.

GALOPPINI, Annamaria. Il caso Gennarino ovvero quanto vale il figlio di un operaio. In: **Democrazia e Diritto**, Milano/Roma, Ed. Franco Angeli / Centro Studi e Iniziative per la Riforma dello Stato (CRS), p. 225 e ss., 1971.

GNANI, Alessandro. Il risarcimento del danno in forma specifica. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi (Diretto da). **Trattato di diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 2018.

HALLEBEEK, Jan; ZWART-HINK, Andrea M. Claiming apologies: a revival of amende honorable? In: **Comparative Legal History**, London, Ed. Taylor & Francis, v. 5, Issue 2, p. 194-242, 2017.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. London: Andrew Crooke, 1651.

JANNARELLI, Antonio. La responsabilità civile. In: MAZZAMUTO, Salvatore (a cura di). **Manuale del diritto privato**. Torino: Giappichelli, 2016. Capitolo XXI.

JHERING, Rudolf von. **Geist des römischen rechts auf den verschiedenen stufen seiner entwicklung**. Teil 2, Bd. 2. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1858.

KOSELLECK, Hans-Georg Gadamer Reinhart. **Critica illuminista e crisi della società borghese**. Traduttore, G. Panzieri. Bologna: Il Mulino, 1984.

LATZEL, Clemens. Das recht des diskriminierungsofppers auf anerkennung besprechung von EuGH (GK), Urteil v. 15-4-2021 – C-30/19 (Braathens). In: **JuristenZeitung**, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, v. 76, p. 886-893, 2021.

NAVARRETTA, Emanuela. Danni patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, 2003.

PACE, Alessandro. Il diritto di tacere: i limiti di tale diritto: il diritto di tacere come aspetto del diritto di difendersi in giudizio. In: PACE, Alessandro; MANETTI, Michele. Articolo 21. In: BRANCA, Giuseppe (a cura di e continuato da Alessandro Pizzorusso). **Commentario della Costituzione**. Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 2006. p. 75-81. Capitolo 6.

PALMIERI, Alessandro. Il comunicato mistificatorio costa caro all'amministrazione (ma incombe la responsabilità per omessa o cattiva vigilanza). In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, n. 6, p. 2.003-2.009, 1999.

PERTILE, Roberto. **Il processo di esecuzione: percorsi giurisprudenziali**. Milano: Giuffrè, 2010.

POLIDORO, Riccardo; CAVALIERE, Claudia. Una sentenza innovativa sulla prostituzione minorile: alla ricerca di un'effettiva tutela della vittima e dello stesso condannato. In: **Il Penalista**, Milano, Ed. Giuffrè, 5-12-2016.

PONZANELLI, Giulio. Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere? In: **Jus Civile**, Torino, Ed. Giappichelli, Fascicolo 1, p. 42-42, 2018.

PROSSER, The assault upon the citadel (strict liability to the

consumer). In: **Yale Law Journal**, New Haven (Connecticut), Ed. Yale Law School, v. 7, p. 1.099-1.148, 1960.

RODOTÁ, Stefano. **Il problema della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1964.

SALVI, Cesare. **Il danno extracontrattuale**: modelli e funzioni. Napoli: Jovene, 1985.

SCHMOLKE, Klaus Ulrich. Anspruch auf entschuldigung bei immateriellen schäden? In: **Archiv für die Civilistische Praxis** (AcP), Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, v. 222, n. 32, Heft 3, S. 340-371, 2022.

SEN, Amarthia. **Commodities and capabilities**. Amsterdam: North-Holland, 1985.

SMITH, Nick. **Justice through apologies**: remorse, reform and punishment. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

STORME, Marcel. Closing comments: harmonisation or globalisation of civil procedure? In: KRAMER, Xandra Ellen; VAN RHEE, C. H. (Ed.). **Civil litigation in a globalising world**. Rotterdam: Springer, 2012.

TAFT, Lee. Apology subverted: the commodification of apology. In: **Yale Law Journal**, New Haven (Connecticut), Ed. Yale Law School, v. 109, p. 1.135, 2000.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

TARRICONE, Silvia. Domanda di addebito e adempimento dell'onere della prova nei giudizi di separazione coniugale. In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, fasc. 12, p. 1.100-1.105, 2014.

VACCARELLA, Romano. **Il procedimento di repressione della**

condotta antisindacale. Milano: Giuffrè, 1977.

VANDENBUSSCHE, Wannes. Rethinking non-pecuniary remedies for defamation: the case of court-ordered apologies. In: **Journal of International Media & Entertainment Law**, Chicago (Illinois) / Los Angeles (Califórnia), Ed. American Bar Association Forum on Communications Law / Donald E. Biederman Entertainment and Media Law / Institute of Southwestern Law School, v. 9, Issue 1, p. 109-170, 2021.

VAN DE VOORDE, Johan. L'excuse contrainte par justice (l'hamende honorable) reconnue par la Cour de Cassation. In: **Revue Générale des Assurances et des Responsabilités**, Bruxelles, Ed. Larcier, n. 214, p. 15.851 ss., 2022.

VENCHIARUTTI, Angelo. Ancora sulla responsabilità per violazione del RGPD: la presentazione di scuse come risarcimento del danno non patrimoniale. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Cedam, n. 1, p. 107 ss., 2025.

VISINTINI, Giovanna. **Atipicità dei fatti illeciti e danno ingiusto.** Padova: Cedam, 1987.

WÉRY, Patrick. La réparation en nature du dommage extracontractuel: un équivalent non pécuniaire de l'intérêt lésé, et rien d'autre. In: **Journal des Tribunaux**, Louvain-la-Neuve (Belgique), Ed. Larcier, v. 2022, n. 13, p. 197-200, 2022.

WHITE, Brent T. Say you're sorry: court-ordered apologies as a civil rights remedy. In: **Cornell Law Review**, Ithaca (NY), Ed. Cornell Law School, v. 91, Issue 6, p. 1.261-1.312, 2006.

Recebido em: 1.º-8-2025

Aprovado em: 25-10-2025

REPARAR Y DISUADIR: ESTRATEGIAS PARA UN DISEÑO LEGAL EFICIENTE FRENTE A LA INFORMALIDAD LABORAL EN ARGENTINA¹

REPAIR AND DETER: STRATEGIES FOR AN EFFICIENT LEGAL DESIGN TO ADDRESS LABOR INFORMALITY IN ARGENTINA

Octavio Panozzo²

RESUMEN

En este trabajo se analiza jurídica y económicamente la reforma laboral argentina, sobre todo la cuestión referida a la derogación de los agravantes indemnizatorios tarifados por empleo informal. Se abordan los desafíos que plantea la informalidad tanto desde la óptica de la disuasión de este flagelo como de la reparación adecuada de los daños producidos. Se propone un modelo que garantice al

¹ **Como citar este artículo científico.** PANOZZO, Octavio. Reparar y disuadir: estrategias para un diseño legal eficiente frente a la informalidad laboral en Argentina. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 303-326, set.-dez. 2025.

² Juez Laboral N.º 1 de Corrientes Argentina, Doctorando en Derecho (UNNE 2024), Magíster en Derecho y Economía (UTDT 2019), Abogado (UNNE 2012); Profesor de Economía Política en la Carrera de Abogacía en la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE) y Profesor de posgrado en la Carrera de Especialización en Derecho Laboral (UNNE). Correo electrónico: octaviopanozzo@gmail.com

trabajador informal el acceso a los beneficios de la seguridad social, planteando la necesidad de encontrar un sano equilibrio entre la tutela de estos derechos y la eficacia normativa.

Palabras clave: Informalidad laboral. Reforma laboral argentina. Reparación de daños. Eficiencia normativa. Seguridad social.

ABSTRACT

This paper offers a legal and economic analysis of Argentina's labor reform, with particular focus on the repeal of fixed compensatory surcharges for informal employment. It explores the challenges posed by labor informality, both in terms of deterring this widespread issue and providing adequate redress for the resulting harm. The paper proposes a model that ensures informal workers gain access to social security benefits, emphasizing the need to strike a fair balance between the protection of these rights and regulatory effectiveness.

Keywords: Labor informality. Argentine labor reform. Damage compensation. Regulatory efficiency. Social security.

SUMARIO: 1 Marco normativo. 2 Reglas de responsabilidad e impacto en la litigiosidad. 3 Alternativas de reparación y disuasión eficiente - nuestra propuesta. 3.1 Derecho de la Seguridad Social. 3.2 Prestación por desempleo. 3.3 Daño patrimonial. 3.4 Cuestiones sobre la prevención y disuasión. 3.5 Colofón. 4 Conclusiones finales. Bibliografía.

Desde la asunción del nuevo gobierno en diciembre de 2023, se ha iniciado en la República Argentina una etapa de profundas transformaciones.

Entre las distintas iniciativas promovidas, debemos destacar a la “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” (Ley N.º 27.742)³. La cual, luego de un arduo debate

³ Cuando fue presentado el proyecto de ley por parte del Poder Ejecutivo, se expresó como finalidad del mismo “consolidar la estabilidad económica, garantizar el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad de los argentinos y mejorar la asignación de recursos en la economía nacional [...] afianzar el proceso de estabilización y reactivación de la economía, contribuyendo decisivamente a la superación del estado de emergencia actual [...]” Mensaje de Elevación del proyecto de “Ley Bases y

parlamentario, que incorporó cuantiosas y relevantes modificaciones, fue finalmente aprobada y puesta en vigencia el 9 de julio del 2024.

La mencionada norma, insta un paquete de medidas, entre las cuales se incluyen la declaración de Emergencia Pública, la Reforma del Estado, el Régimen de Incentivo de Grandes Inversiones (RIGI), y los capítulos destinados a la energía, a la Promoción del empleo registrado y a la Modernización Laboral.

En el presente trabajo se analizará en particular el capítulo laboral de la norma, y más específicamente la derogación de los denominados agravamientos indemnizatorios⁴, sus fundamentos y resultados. Para luego, esbozar una propuesta sobre la cuestión.

1 MARCO NORMATIVO

En primera instancia, debemos reseñar que el bloque referido a la reforma laboral incorporado a la Ley de Bases (Título V “Modernización Laboral”), tiene como antecedente inmediato el Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 70/23 (DNU – B.O. 21/12/2023), el cual dedicó un acápite específico a esta materia.

Dentro de los fundamentos utilizados para el dictado de dicho DNU N.º 70/23, podemos mencionar:

Que los emprendimientos, esencialmente privados, resultan el mejor recurso para la contención social, a través del empleo y la generación de bienes y servicios necesarios para la vida de toda la sociedad, y para ello se requieren cambios que permitan una expansión de la demanda de trabajo en el país. Que el empleo

Puntos de partida [...]”, Consultado en la página web oficial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Disponible en: <<https://n9.cl/l4emw>>. Acceso en: 9-4-2025.

⁴ Sobre la cuestión de si la naturaleza jurídica de las normas derogadas eran indemnizaciones o multas, ya bastante se ha discutido en la doctrina y jurisprudencia al respecto, inclinando mi postura sobre la primera de ellas en: Panozzo (2024). Remitiéndome al fallo: Juzgado Laboral N.º 1 de Corrientes, “Correa Baier, Miguel Ángel Francisco c. Gallo Julián Elvil SRL s/ indemnizaciones, etc.”, (1.º-8-2024) en TR LALEY AR/JUR/105064/2024.

formal registrado no crece desde el año 2011, y es un hecho demostrado que las medidas estructurales adoptadas por la Ley de Empleo N.º 24.013 y por la Ley N.º 25.323 no han podido revertir el problema de la informalidad [...].

Vale decir, que la vigencia de dicho capítulo del DNU fue suspendida por una medida cautelar ordenada por la Justicia Nacional del Trabajo, como resultado de una acción de amparo promovida por las centrales obreras.⁵ Esta decisión se fundamentó en el entendimiento de que las problemáticas expuestas en el pasaje laboral no evidenciaban objetivamente ni la necesidad ni la urgencia suficiente para justificar la adopción de una medida excepcional, que evitara la debida intervención del Poder Legislativo.

En este orden de ideas, es preciso señalar que parte de las reformas laborales intentadas originalmente por el DNU, fueron posteriormente adoptadas por esta Ley de Bases en su Título V. Específicamente, corresponde circunscribir nuestro estudio a su Capítulo VI, dedicado exclusivamente a las mencionadas “Derogaciones”.

En efecto, el Artículo 99 de la ley de Bases dispone la derogación de “los artículos 8.º a 17 y 120, inciso a), de la ley 24.013; el artículo 9.º de la ley 25.013; los artículos 43 a 48 de la ley 25.345; el artículo 15 de la ley 26.727 y el artículo 50 de la ley 26.844.” Asimismo, en el Art. 100.º la derogación de la Ley 25.323.

Aclárese que estas normativas preveían agravamientos indemnizatorios para el caso de que un empleador no registrase una relación laboral (Art. 1 Ley 25.323, 50, Ley 26.844 y art. 8 Ley 24.013), o que consignare en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real (art. 9 Ley 24.013), o una remuneración

⁵ Véase fallo: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala FERIA, Expte. N.º 56.862, Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Incidente”, 3 de enero de 2024. Disponible en: <<https://n9.cl/w9iot>>. Resolución confirmada en la Sentencia de Fondo y luego al resolverse el recurso de apelación interpuesto por el estado en la instancia superior, al respecto: <<https://acortar.link/tRqscA>>.

menor que la percibida por el trabajador (art. 10 Ley 24.013). Como también, si despedía sin causa al trabajador dentro de los dos años desde que el trabajador lo haya intimado justificadamente a la regularización de la relación laboral (Ley 24.013 art. 15).

A los cuales debemos sumar, el agravante por no pagar a tiempo la indemnización por despido (Art. 2 Ley 25.323); por no hacer entrega de los certificados de trabajo (Art. 45 Ley 25.345) y por haber retenido aportes al trabajador y no haberlos integrado a los organismos que correspondían (Art. 43 Ley 25.345).

Finalmente, es menester destacar que la mayoría de estos agravantes, ahora derogados, respondían al contexto de elevada informalidad laboral⁶ existente en el país, procurando obtener un doble resultado: reparar los daños derivados de éste flagelo, como también prevenir su ocurrencia mediante un efecto disuasorio.

Pues la informalidad laboral genera un menoscabo directo al trabajador y a su grupo familiar, privándolos del acceso a los beneficios propios de la seguridad social (jubilación), la cobertura de salud para enfermedades inculpables a través de una obra social y de la atención de las dolencias derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a través de una aseguradora de riesgos del trabajo (ART), como así también el ejercicio de derechos colectivos en el marco de la afiliación sindical, entre otros.

Al mismo tiempo, dicho fenómeno genera externalidades negativas (efectos indirectos a terceros ajenos a estas relaciones

⁶ Para la OIT el trabajo no registrado, “incluye todo trabajo remunerado (p.ej. tanto autoempleo como empleo asalariado) que no está registrado, regulado o protegido por marcos legales o normativos, así como también trabajo no remunerado llevado a cabo en una empresa generadora de ingresos. Los trabajadores informales no cuentan con contratos de empleo seguros, prestaciones laborales, protección social o representación de los trabajadores.” (Disponible en la Web Oficial de la OIT en: <<https://n9.cl/whtvn>>. Acceso en: 14-4-2025). Para la OCDE, el empleo no registrado o informal es “[...] aquel que sin ser ilícito en sí mismo no está declarado a una o varias autoridades que deberían tener conocimiento de él y, por este hecho, se sustrae a la reglamentación o a los impuestos o lleva a una reducción de las prestaciones de la seguridad social.” (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE).

irregulares), particularmente a los empleadores que cumplen con los requerimientos legales, quienes deben enfrentar una competencia desleal por parte de los dadores de empleo clandestino.⁷

Ahora bien, en lo que respecta al objetivo principal que tenían estas normas (reparación del daño), debemos decir que las mismas adoptaban una modalidad tarifada para cuantificar la reparación. Ello en la búsqueda de otorgar homogeneidad al sistema, brindar seguridad jurídica a los potenciales dañadores y colaborar en la celeridad de la resolución de conflictos.

No obstante, pese a las buenas intenciones referidas, este régimen distaba considerablemente de lograr la reparación plena⁸ de los daños soportados por el trabajador informal.

Esto obedecía fundamentalmente porque impartían la misma solución objetiva para un universo heterogéneo y con innumerables subjetividades. Por ejemplo, preveían igual cuantía indemnizatoria para trabajadores con diferencias significativas en edad, antigüedad en el puesto, expectativa de vida, estado de salud, y cantidad de años faltantes para acceder a la jubilación, entre otros.

Este marco conducía a una reparación inadecuada para las víctimas, al no internalizar perfectamente la externalidad negativa derivada de la informalidad laboral.⁹ Dando lugar a supuestos de sobrecompensación y de subcompensación, lo cual fue generando a lo largo del tiempo un escenario con distorsiones significativas en el mercado de trabajo.¹⁰

⁷ Las empresas que cumplen, además de operar con mayores costos, soportan cargas elevadas para mantener el sistema de seguridad social ya que, ante un universo aportante deprimido, las incidencias sobre las cumplientes aumentan. En otras palabras, subsidian –en conjunto con los trabajadores afectados– la actividad del empleador que incumple.

⁸ Es decir, de una compensación que reponga a la víctima al nivel de utilidad que tenía antes de haber sufrido el daño.

⁹ Cuando hablamos de externalidad negativa hacemos alusión a la situación que ocurre cuando las partes trasladan costos en forma gratuita a otras personas que no forman parte de la transacción que se efectúe. Más precisamente, cuando el productor del evento dañoso no absorbe o compensa la totalidad del efecto negativo, trasladando parte de los costos a terceras personas. (Panozzo, 2020, p. 66)

¹⁰ Un supuesto de subcompensación, hace que el trabajador cargue con parte de los costos subsidiando al victimario, el cual no apreciará la escasez de los bienes

En otras palabras, debe sostenerse que como regla general quien no internaliza de manera total la externalidad negativa generada, provoca una distorsión del equilibrio del mercado, ocasionando un exceso de su actividad (mayor cantidad de informalidad laboral) y los precios sus productos o servicios ofrecidos, podrían no reflejar la escasez relativa de los bienes.¹¹

Dicho esto, y en relación al segundo propósito perseguido por estas disposiciones (disuasión de la informalidad laboral), tampoco los resultados fueron los esperados. Puesto que si observamos estadísticas oficiales, el índice de informalidad laboral continúa en cifras elevadas, con el aditamento de que la generación de puestos de trabajo formales privados se encuentra estancada desde hace más de una década.¹²

A modo de ejemplo, podemos mencionar que de acuerdo a datos provistos por el INDEC (República Argentina, 2024), al cuarto trimestre del 2024, todavía 3,6 millones de personas (36.1% del total de asalariados) se encontraban ocupadas en situación de informalidad.

Asimismo, durante el período comprendido entre marzo de 2012 y enero de 2025 no se registró cuantitativamente un incremento significativo en el empleo privado formal en Argentina. Por el contrario, si ponderamos estas cifras con el incremento demográfico ocurrido en el mismo lapso de tiempo, se evidencia una disminución proporcional en la tasa de trabajadores privados registrados.¹³

por la distorsión relativa del precio y aumentará su actividad más allá de lo deseable desde el punto de vista social. En el caso contrario, –víctimas sobrecompensadas–, se introducen incentivos a que los potenciales victimarios inviertan en prevención más allá de lo necesario, razón por la cual el nivel de actividad disminuirá a niveles ineficientes. (Panozzo, 2020, p. 77)

¹¹ Estas ideas fueron explicadas por vez primera por Arthur C. Pigou en 1920 (primera edición de su conocida obra titulada *The Economics of Welfare*) (véase Pigou, 1932).

¹² Vale referenciar que la ineficacia también puede atribuirse a problemas de fiscalización y no solamente al diseño normativo, lo cual puede resultar en un escenario multicausal.

¹³ En enero de 2025 se contabilizaron 6,3 millones personas con empleo asalariado registrado en un total de 47,1 millones de habitantes, mientras que en el período marzo 2012 habían 6,1 millones asalariados formales en 40,1 millones de

Como colofón del presente acápite, puede afirmarse que los agravantes indemnizatorios derogados por la Ley de Bases, resultaron ineficaces tanto en su objetivo compensatorio como en su faz disuasoria. Asimismo, la adopción de un régimen tarifado género distorsiones en el mercado laboral, que contribuyeron a la persistencia de elevados índices de informalidad laboral y estancamiento del empleo formal.

A la luz de estos resultados, su derogación aparece como una alternativa jurídicamente razonable, en cuanto se halla enmarcada en un proceso de corrección de disfuncionalidades normativas, debiendo favorecerse a una regulación laboral más justa y eficiente; y adaptada a las necesidades actuales del mercado de trabajo argentino.

2 REGLAS DE RESPONSABILIDAD E IMPACTO EN LA LITIGIOSIDAD

Expuesta la cuestión que antecede, debemos explicar cuál es la sustancia de estos agravantes y qué cambios ocurrieron tras su derogación.

En primer término, es dable destacar que las normas derogadas respondían a un régimen responsabilidad objetiva¹⁴, en el cual el incumplimiento por parte del empleador resultaba, automáticamente, en el pago de la tarifa legal, prescindiendo de toda consideración sobre el nivel de cuidado que había adoptado éste o del nivel de daño efectivamente sufrido por el trabajador. Por lo cual, estas reglas excluían la posibilidad de una defensa basada en la ausencia de daño o de negligencia del empleador.

habitantes. Fuente: Observatorio de Empleo y dinámica empresarial elaborado por la Subsecretaría de Planificación, Estudios y Estadísticas de la Secretaría de Trabajo de la Nación. Disponible en: <<https://acortar.link/16xFqm>> <https://acortar.link/OP1i9w>> y los datos sobre la población total puede consultarse en: <<https://acortar.link/47WQSZ>> y <https://acortar.link/4LM1rJ>>.

¹⁴ La responsabilidad objetiva permite que la víctima obtenga reparación sin probar la culpa del dañador. Ello disminuye los costos de transacción, incluyendo los costos probatorios.” (Stordeur, 2011, p. 275-276).

En el caso concreto, bajo la regla de responsabilidad objetiva solamente se debía probar la configuración del incumpliendo por parte del empleador, eliminando los costos asociados a probar la negligencia. Razón por la cual, los trabajadores incurrieron en un menor dispendio económico respecto a las pruebas y a la información, lo cual reducía los costos asociados al litigio.

Sin embargo, por ese mismo motivo, y sumado al hecho de que el sistema legal argentino dispone mecanismos de acceso gratuito a la justicia laboral¹⁵, se generaban incentivos al conflicto por sobre la resolución privada de las contiendas.

En efecto, esta combinación de mínimas barreras de acceso al litigio, costos probatorios mínimos y una legislación sustantiva de eficacia cuestionable en términos de asignación eficiente de recursos, configuró un escenario propenso a la judicialización, generando un volumen de demandas laborales superior al nivel socialmente óptimo.¹⁶

Este volumen excesivo de litigios no resultó deseable desde el punto de vista del bienestar, puesto que con ello se maximizó la producción de externalidades negativas. Parafraseando a Shavell recordemos que, demandar no es socialmente deseable, si el coste del litigio es elevado en relación con el daño, o si los demandantes

¹⁵ En numerosos ordenamientos jurídicos consagran mecanismos de gratuidad en el acceso a la justicia, particularmente orientados a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa en juicio por parte de personas en situación de vulnerabilidad económica. En tales contextos, las partes asumen únicamente una fracción marginal del costo social del servicio de administración de justicia, siendo el Estado quien soporta la mayor parte de la carga financiera asociada al funcionamiento del sistema. Este diseño institucional es, en términos generales, socialmente deseable por su función igualadora en favor de los sectores desaventajados. Sin embargo, puede desencadenar una “tragedia de los comunes”, en tanto habilita a los litigantes a buscar un beneficio individual desplazando el costo del proceso al conjunto de la comunidad. En efecto, una regla excesivamente amplia o carente de criterios de racionalidad para conceder el beneficio de litigar sin gastos puede incentivar un volumen de litigiosidad superior al socialmente eficiente (Stordeur, 2011, p. 387).

¹⁶ Esta situación generó mayores costos relacionados al pago de los litigios, los cuales fueron trasladados a los costos de producción de las empresas, ocasionado a mediano plazo una contracción del nivel de actividad y/o el encarecimiento de bienes y servicios, y con ello, efectos negativos sobre el bienestar económico general.

recuperan más de lo que perdieron. Por ello, el sistema jurídico debería estar diseñado para fomentar los litigios socialmente valiosos y desalentar los litigios innecesarios (Shavell, 2004; Polinsky; Shavell, 1998, p. 888).

Al efecto explica la doctrina:

El conflicto es improductivo, genera costos privados y sociales, y un buen sistema de reglas procesales puede disminuir el costo social de administrar y resolver las disputas [...] El inicio de un litigio es una externalidad y leyes eficientes que minimizan en conjunto las externalidades tienden a evitar pleitos, en la medida en que envían señales más claras a las partes respecto de su optimismo o pesimismo relativo, y facilitan de ese modo los acuerdos (Stordeur, 2011, p. 370-376).

Ahora bien, la eliminación del sistema tarifado de reparación no significa *per se* abandonar las reglas de la responsabilidad objetiva, puesto que la obligación del empleador de registrar correctamente el contrato de trabajo se mantiene vigente¹⁷, como así también la de no dañar al trabajador (*alterum non laedere*)¹⁸ y por ello, no

¹⁷ Véanse: Art. 63 Ley N.º 20.744: “Principio de buena fe. Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo.”; Art. 79. Ley N.º 20.744: “Deber de diligencia e iniciativa del empleador. El empleador deberá cumplir con las obligaciones que resulten de esta ley, de los estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y de los sistemas de seguridad social, de modo de posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan.”; Art. 91 in fine Ley N.º 20.744 “El empleador deberá registrar al trabajador desde la fecha de inicio de la relación...” y Art. 12 Ley N.º 24.241 “Son obligaciones de los empleadores, sin perjuicio de las demás establecidas en la presente ley:...c) Practicar en las remuneraciones los descuentos correspondientes al aporte personal, y depositarlos a la orden del SUSS; d) Depositar en la misma forma indicada en el inciso anterior las contribuciones a su cargo; e) Remitir a la autoridad de aplicación las planillas de sueldos y aportes correspondientes al personal; [...]” entre otros.

¹⁸ Véase Art. 19 CNA: “[...] Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” Art. 76 Ley N.º 20.744: “El empleador deberá reintegrar al trabajador los gastos suplidos por éste para el cumplimiento adecuado del trabajo, y resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo.”

es necesario probar su negligencia para atribuirle responsabilidad ante el incumplimiento de este mandato. Ergo, la regla es que basta el incumplimiento para que exista responsabilidad por parte del promitente.

Lo que sí deberá probar el trabajador que promueva una acción judicial reclamando daños derivados del incumplimiento patronal, será la existencia y extensión del daño generado.

De esta manera, a diferencia del régimen anterior, se aumenta la carga probatoria del trabajador, lo cual encarece el acceso al litigio y disminuye previsibilidad de los resultados. Posiblemente, esta nueva realidad pueda traducirse en lo inmediato (y hasta tanto exista un criterio jurisprudencial y doctrinario generalizado al respecto) en una disminución de los niveles de demandas laborales presentadas y al mismo tiempo, en un aumento de la resolución alternativa de las disputas.

Coincidentemente con lo expuesto, esta es la situación actual de la primera circunscripción judicial de la Provincia de Corrientes (Arg.), ya que en el fuero laboral de la misma, se ha producido una merma en el ingreso de nuevas demandas laborales.¹⁹

A modo de cierre podemos decir que, el nuevo escenario generado tras la derogación de los agravantes tarifados, respecto a la exigencia de probar la existencia y extensión del daño por parte del trabajador, ha producido en el corto plazo una disminución notable del nivel de litigios.

Por ello, desde la óptica del bienestar económico general, esta disminución podría considerarse como un resultado positivo en cuanto disminuye la externalidades negativas. Sin embargo, debe analizarse en profundidad si este contexto produjo un déficit

¹⁹ Según datos estadísticos del Poder Judicial de la Provincia, durante el primer semestre el ingreso de demandas laborales en el año 2025 muestra una disminución en términos absolutos respecto a los años anteriores: con 514 causas ingresadas, representa un descenso del 13% respecto a 2024 (592 causas) y un 6,5% respecto a 2023 (550 causas). La caída más pronunciada se observa en marzo de 2025, con tan solo 75 demandas, frente a las 110 y 139 del mismo mes en los años anteriores.

de protección legal y reparación efectiva a los trabajadores; quienes pese a haber sido víctimas de incumplimientos normativos, podrían enfrentar barreras prácticas para obtener una reparación.

Resulta, por tanto, imperioso continuar analizando los efectos de esta reforma, y diseñar mecanismos que permitan conciliar la eficiencia normativa con el principio de protección del trabajador consagrado constitucionalmente, a fin de alcanzar un sistema más justo, eficiente y sustentable.

3 ALTERNATIVAS DE REPARACIÓN Y DISUASIÓN EFICIENTE - NUESTRA PROPUESTA

Ahora bien, derogados estos agravamientos, ¿Qué alternativa tiene el trabajador informal para lograr una adecuada reparación de los daños derivados del incumplimiento normativo? Y ¿Qué mecanismos existen para disuadir a la informalidad laboral?

Como primera medida y conforme lo expuesto en el acápite anterior, debemos trabajar en una propuesta que concilie la eficiencia normativa con el principio de protectorio del derecho laboral. Ello, a fin de que este contexto de desregulación o derogaciones no desemboque en una desprotección efectiva a los derechos laborales del trabajador, quien como entiende pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia en la materia, es un sujeto preferentemente tutelado por la Constitución Nacional.

En ese sentido, corresponde explicar que cualquier rediseño del sistema de reparación por empleo no registrado debe ser examinado a la luz del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. El cual, consagra el derecho de los trabajadores a una protección integral, incluyendo seguridad social, condiciones dignas y protección del despido arbitrario.

Al mismo tiempo, el Convenio N.º 102, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por la República Argentina,

refuerza la obligación del Estado de promover mecanismos eficaces para garantizar el acceso a la seguridad social.

Dicho esto, para analizar qué engranaje jurídico debe traccionar para lograr los cometidos antes expuestos, debemos determinar cuál es el principal bien jurídico protegido. En ese sentido, entiendo que el mismo es el derecho de propiedad del trabajador, sobre los beneficios de la seguridad social y la cobertura de salud y desempleo.

Determinada esta cuestión, resta por tanto determinar cuál es la vía idónea para reparar el menoscabo que ha sufrido el trabajador ante un caso de informalidad.

Así, los regímenes normativos, por lo general, se inclinan por dos maneras distintas al respecto, una es el pago de daños y la otra, el cumplimiento específico de la prestación.

En relación a la primera de ellas, debe destacarse que para que la misma resulte eficiente, se debe internalizar completamente el costo del incumplimiento, o en otras palabras, dejar al trabajador en igual situación como si la informalidad no hubiera ocurrido.

Lo cual podría ser una alternativa tentadora en el supuesto de que los operadores cuenten con la información que permita cuantificar perfectamente el nivel del daño. Pero como se ha visto, no es lo que ocurre en el mercado laboral argentino, ya que no resulta sencillo determinar con exactitud la extensión de los daños, y por esa sencilla razón se habían utilizado sistemas tarifados, los que como señalamos, resultaron altamente ineficientes y distorsivos.

La otra vía disponible para abordar el asunto consiste en el cumplimiento específico de la prestación incumplida, la cual resulta atractiva en los casos donde la información necesaria no está disponible o el daño es de difícil estimación. Ello, en cuanto reduce los costos del litigio, pues evita un dispendio económico y temporal que conlleva determinar cuál es el pago perfecto de daños que deberá realizar el empleador.

Nuestra Propuesta: en lo que hace a la situación del trabajador que reclame una compensación por daños derivados de un empleo informal (total o parcial), considero que la alternativa más adecuada para abordarla será establecer una combinación o “blend” de los dos sistemas antes brevemente expuestos.

3.1 DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Con respecto a la enmienda de los derechos de seguridad social del trabajador, considero que el cumplimiento específico de la prestación, resulta la modalidad más idónea para ello.²⁰

Pues, si entendemos que el bien jurídico protegido deriva en el acceso del trabajador al beneficio jubilatorio, el pago de daños no aporta directamente a su caja jubilatoria y por ello, cuando llegue el momento de acceder al beneficio –aun habiendo cobrado la reparación– tampoco reuniría los requisitos para obtenerlo, a falta de aportes respecto a los períodos informales.

Esta alternativa también se fundamenta en la concepción de que en supuestos de informalidad laboral, el sistema jurídico debe centrarse en reducir o internalizar de la manera más eficiente y justa los costos sociales derivados del incumplimiento.

Desde esta perspectiva, la modificación introducida por la Ley de Bases en el Art. 7.º *quáter* de la 24.013 resulta consistente al establecer que en caso de

una sentencia judicial firme que determine la existencia de una relación de empleo no registrada, la autoridad judicial deberá poner en conocimiento de la entidad recaudadora de las obligaciones de la seguridad social, dentro de los diez (10) días

²⁰ La integración automática de aportes puede leerse como una forma moderna de reparación in natura, alineada con el principio de “La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso [...]” (art. 1740 CCyC), evitando así el debate judicial sobre la cuantía. Sobre todo, cuando la obligación incumplida por parte del empleador era la “de hacer” (y no de dar).

hábiles siguientes a la fecha en que quede firme y consentida la sentencia, todas las circunstancias que permitan la determinación de deuda existente, si la hubiera, y efectuar el reconocimiento de los años de servicio trabajado [...].

Sin embargo, considero que este esquema tendría que reforzarse a fin de garantizar la reparación efectiva al trabajador. Concretamente propongo que, con posterioridad al estado de firmeza de la sentencia, deberían reconocerse e integrarse automáticamente los aportes omitidos a instancia del ente recaudador, y que luego éste pueda cuantificarlos y repetirlos del empleador condenado a través de la vía ejecutiva.

Bajo este diseño, el estado tendrá incentivos para intervenir en la restauración apropiada de los derechos vulnerados; puesto que al conservar el derecho de repetición y en miras de preservar el equilibrio financiero del sistema previsional, obtendrá posteriormente dichas sumas a instancia del originalmente obligado, y por ende, también le resultará funcional maximizar esfuerzos en los procesos de fiscalización y prevención de la informalidad laboral.

3.2 PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Similar criterio debería aplicarse respecto del beneficio social de la llamada “*prestación por desempleo*”, actualmente inaccesible para trabajadores informales que hayan sido desvinculados directa o indirectamente.

Recuérdese que esta prestación tiene por fin contrarrestar la caída abrupta de ingresos generada por la pérdida involuntaria del empleo, reducir el riesgo al desaliento y ayudar a la búsqueda y selección de un nuevo trabajo. La cual se compone de una suma dineraria mensual, de cobertura médica y de las asignaciones familiares, entre otros beneficios.

Razón por la cual, atendiendo a la situación de emergencia del empleo privado, debería ampliarse el alcance del Art. 114 de

la Ley 24.013, mediante una reforma legislativa, e incluir a estos trabajadores informales, al igual que los que se desvinculen por voluntad concurrente de las partes (esto último ya fue propuesto por el DNU 70/23).

Sustentabilidad financiera de la propuesta: dicho esto, y en un contexto signado por las exigencias de equilibrio fiscal y responsabilidad financiera, deviene en indispensable reflexionar acerca de cómo darle sustentabilidad económica a dichas medidas, a fin de que las mismas no creen mayores desequilibrios de aquellos que se buscan corregir.

Propongo al respecto establecer la asignación específica de los recursos recaudados en virtud de la aplicación de las multas previstas por la Ley N.º 25.212 “Pacto Federal del Trabajo”. para el financiamiento del sistema de cobertura de desempleo de los trabajadores informales.

La medida podría ser venturosa en varios sentidos, primero porque sostendría financieramente el sistema, y por el otro, crearía incentivos positivos para una fiscalización más rigurosa y efectiva orientada al cumplimiento de las normas laborales. Además, al elevarse la probabilidad de detección de los incumplimientos, y con ello una mayor condena esperada, se promovería una mejora respecto a la registración y a las condiciones de higiene y seguridad de los trabajadores en general.

3.3 DAÑO PATRIMONIAL

En otro orden de ideas, en cuanto a los daños patrimoniales que hubiere soportado el trabajador debido a problemas de salud propios (inculpables o de trabajo) o de su grupo familiar, por no contar con la cobertura adecuada debido a su informalidad,²¹ la alternativa del pago de daños resulta la más propicia.

²¹ Podrían utilizarse como medios probatorios, informes a los hospitales, o a los médicos tratantes, y en cuanto los costos soportados informes a bancos, billeteras virtuales, o los mismos documentales en caso de que el trabajador las conservara.

Para ello, el trabajador deberá probar la existencia del problema de salud y los consecuentes gastos que enfrentó con motivo del mismo, ya sea por no tener una obra social o un seguro de accidentes de trabajo. Obviamente, la cuantía reparatoria deberá ser estimada en valores actuales.

Este esquema, debería poder aplicarse para cualquier otro costo patrimonial por motivo de la informalidad que haya sido soportado por el trabajador y efectivamente acreditada su relación de causalidad en el litigio.²²

Conforme a ello, se propone la utilización de una fórmula que cuantifique el valor del daño al tiempo presente utilizando una tasa de interés simple.

Donde las variables utilizadas sean el valor del daño expresado en términos históricos, la tasa de interés²³ durante los períodos transcurridos entre el daño y la cuantificación.

$$\text{Así: } VP = D \times [1+i]$$

Dónde: VP: Valor del daño. D: Daño original (monto histórico). i: Tasa de interés simple por todos los períodos (mensual).

Con respecto a la tasa de interés a utilizar, propongo que sea la misma que intentó introducir el DNU 70/23, es decir: IPC (suma de variaciones mensuales en términos de interés simple) + una tasa pura del 3% anual.

Vale aclarar que no se utiliza el índice de variación interanual de precios, puesto que el mismo se expone en términos compuestos, y por ello lo que se incorpora como variable de interés al cálculo es

²² Esta indemnización no engloba los daños por incapacidad laboral en caso de que el trabajador la padezca (accidentes de trabajo o enfermedades profesionales), ya que en dicho supuesto cuenta con otras alternativas disponibles para reclamarlas y cuantificarlas; y ello, excede el objeto de este trabajo.

²³ Recordemos que en el derecho argentino, como regla de orden público, no se deben intereses del interés, salvo taxativas excepciones (art. 770 CCyC).

la suma de las variaciones mensuales que refleja el IPC, respetando así las reglas jurídicas de nuestro ordenamiento sobre la cuestión.

De esta manera, por ejemplo, para un trabajador que incurrió en un gasto de salud por el valor de \$200.000 en el mes de julio del 2024, si calculamos el daño al mes de junio del 2025²⁴ sería de la siguiente manera: $\$200.000 \times (1 + 33,7\% + 3\%)$, por tanto: $\$200.000 \times (1,367)$, obteniendo como resultado la suma de \$273.400.

3.4 CUESTIONES SOBRE LA PREVENCIÓN Y DISUASIÓN

Las propuestas antes desarrolladas proponen alternativas para internalizar correctamente los daños derivados de la informalidad laboral. Pero, estas medidas deben conjugarse con aquellas tendientes a disuadir este flagelo.

El punto de partida es reconocer que las personas responden a incentivos, pues valoran los costos y beneficios esperados de sus acciones y deciden en función de maximizar su utilidad. Precisamente, un empleador tendrá incentivos a incumplir la obligación de registrar a su dependiente, cuando el ingreso resultante de dicha decisión sea mayor a su costo esperado.

En otras palabras, el empleador elegirá la informalidad si la ganancia derivada de la misma resulta mayor que la probabilidad de ser sancionado, multiplicada por la cuantía esperada de la condena.

Debe considerarse también, que la informalidad compite directamente con las actividades desarrolladas en el marco de la legalidad. Estas últimas generan ingresos que representan un costo de oportunidad para aquel que elige incumplir la ley. Por ello, el cálculo económico del empleador infractor también debe incluir la diferencia de ingresos entre ambas opciones.

²⁴ El Índice de precios para el consumidor entre los meses de julio 2024/junio 2025 puede consultarse en: <https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/ipc_07_2544A37D033A.pdf>.

Entonces, el costo esperado de la informalidad laboral estará compuesto por tres variables principales: la probabilidad de ser sancionado, la severidad de la sanción y el costo de oportunidad de operar formalmente.

Así:

Costo esperado = (Probabilidad x Severidad de sanción) + Costo de Oportunidad

$CE = (Prob. \times Sev. Sanción) + CO$

Beneficio informalidad = Ingresos Informales - Costo esperado de la informalidad

La política pública eficiente debe asegurar que el beneficio de la informalidad sea menor que el costo de oportunidad de operar formalmente. Es decir, que operar formalmente sea la opción racional.

En estos términos, un marco con sanciones más graves y probables; y con beneficios mayores derivados de actividades formales, debería afectar negativamente la cantidad de informalidad laboral en la sociedad.

Ahora bien, la tarea de determinar el valor exacto de la sanción no es sencilla puesto que, el marco normativo aplicable (llamado Pacto Federal del Trabajo - PFT - Ley 25.212) tipifica la falta de registro de los trabajadores como una infracción grave, estableciendo para dicho supuesto una sanción que oscila entre el 30% y el 200% del valor del Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM) al momento de constatarse la infracción por cada trabajador informal.

Sumado a ello, la graduación de estas sanciones se rigen por criterios amplios quedando de manifiesto el elevado nivel de discrecionalidad a la hora de graduar las multas, lo cual debe

conjugarse con el hecho de que cada jurisdicción podría interpretar y aplicar de manera diferente la norma, pudiendo generarse incentivos a trasladar ciertas actividades económicas a jurisdicciones donde el valor esperado de la informalidad sea menor que en otras.

Por último, desde una perspectiva de eficiencia económica, la política pública laboral debería fomentar la detección y sanción de la informalidad hasta el punto en que el costo marginal de intensificar los controles sea igual al beneficio marginal derivado de la reducción del daño social provocado por dicha conducta.

Es decir, combatir la informalidad laboral será conveniente para la sociedad mientras la última unidad de gasto asignada a la fiscalización genere un retorno en términos de prevención superior o igual a su costo.

En suma, el análisis de los mecanismos de prevención y sanción de la informalidad laboral revela que un diseño eficiente del sistema debe equilibrar la severidad y probabilidad de las sanciones con los incentivos económicos de operar dentro de la legalidad.

Para ello, resulta de crucial importancia reducir la discrecionalidad normativa, aumentar la fiscalización efectiva y garantizar que el costo esperado del incumplimiento siempre resulte superior al beneficio de cumplir con la ley, de modo tal que el respeto a la legalidad sea la opción racional para los empleadores.

3.5 COLOFÓN

Bajo el esquema propuesto un trabajador informal desvinculado, debería poder gozar de los beneficios del seguro de desempleo y si, juicio mediante, se confirma la existencia de una relación laboral no registrada, deberán reconocerse los años de servicios e integrarse los aportes correspondientes de manera automática. Además de percibir los daños por costos de salud que tuvo que enfrentar por no contar con la cobertura adecuada.

De esta manera, se logra compensar objetivamente el daño al bien jurídico protegido, pues el trabajador informal contará con los beneficios de la seguridad social que le corresponden y además deberá ser indemnizado por los gastos soportados debido a su situación de informalidad.

Complementariamente, este enfoque refuerza una estructura de incentivos tendiente a la formalización laboral, en tanto el costo esperado del incumplimiento (producto de la mayor probabilidad de detección, la severidad de las sanciones, y el reconocimiento automático de los aportes omitidos) debería superar el beneficio económico que el empleador podría obtener mediante la evasión de sus obligaciones registrales. Desincentivando así conductas infractoras y fomentando un entorno más justo, previsible y eficiente en el mercado de trabajo.

4 CONCLUSIONES FINALES

En los acápites precedentes se ha detallado que los agravantes tarifados, no lograron la reparación eficaz y justa del trabajador, como tampoco han podido disuadir la informalidad laboral existente.

Además, las reparaciones tarifadas han generado una distribución ineficiente de recursos y con ello, grandes distorsiones en el mercado laboral, un aumento el nivel de costos y con ello pérdida irrecuperable de eficiencia.

Sumado a ello, puede afirmarse que, las reglas de responsabilidad objetiva, el acceso sin barreras de entrada a la justicia, y el requerimiento probatorio mínimo para la procedencia de dichos agravantes, generaron un nivel de litigiosidad por encima del óptimo social.

Una vez operativa la reforma con la cual se derogaron los agravantes tarifados, se vislumbra el primero de sus efectos, qué es el de la disminución de los volúmenes de demandas laborales, al menos

en la primera circunscripción judicial de la provincia de Corrientes, lo cual puede verse con un matiz positivo en tanto, se reducen las externalidades producidas por el nivel excesivo de litigios.

Conteste a ello, y a fin de que esta disminución no afecte el acceso del trabajador a una reparación efectiva, las alternativas propuestas, se dirigen directamente a reparar los daños producidos por la informalidad y al mismo tiempo, a disuadir estas conductas disvaliosas.

Pues, como enseña la sabiduría popular, *“Cuando soplan vientos de cambio, algunos construyen muros, otros construyen molinos”*, y es el caso que este trabajo específicamente elige la segunda opción, puesto que ante un escenario de profundos cambios, optamos percibirlo como una oportunidad para rediseñar instituciones más justas, funcionales y sostenibles.

No obstante, el esquema normativo que se propone consiste en lograr un equilibrio dinámico entre la eficiencia económica del sistema de justicia laboral y la vigencia sustancial de los derechos constitucionales y convencionales de protección del trabajo. En otras palabras, la construcción de un régimen de responsabilidad que internalice adecuadamente los costos sociales de la informalidad, sin incurrir en distorsiones ni desalentar la formalización, constituye el horizonte hacia el cual deben orientarse las futuras reformas.

Como recordaba el Papa Francisco

Una libertad económica sólo declamada, pero donde las condiciones reales impiden que muchos puedan acceder realmente a ella, y donde se deteriora el acceso al trabajo, se convierte en un discurso contradictorio que deshonra a la política. La actividad empresarial, que es una noble vocación orientada a producir riqueza y a mejorar el mundo para todos, puede ser una manera muy fecunda de promover la región donde instala sus emprendimientos, sobre todo si entiende que la creación de puestos de trabajo es parte ineludible de su servicio al bien común. (La Santa Sede, 2015, apartado N.º 129)

En ese espíritu, todo esfuerzo de reforma deberá asegurar que el derecho al trabajo digno y formal no sea una promesa retórica, sino una realidad concreta para todos.

BIBLIOGRAFÍA

LA SANTA SEDE. **Carta Encíclica Laudato Si del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común**. Vaticano, Ed. Dicasterio para la Comunicación, apartado N.º 129, 24-5-2015.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). **Convenio 102 sobre la Seguridad Social**. 1952.

PANOZZO, Octavio R. **Análisis jurídico y económico del despido incausado en Argentina**. Buenos Aires: IJ, 2020.

PANOZZO, Octavio R. **Atacar la informalidad desde la eficiencia**. Buenos Aires: IJ, 2017.

PANOZZO, Octavio R. Transición legal, seguridad jurídica y la ley de bases: una revisión de las indemnizaciones derogadas. En: **Revista de Derecho del Trabajo**, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters - La Ley, año LXXXIV, número 5, septiembre 2024.

PIGOU, Arthur C. **The economics of welfare**. 4. ed. Londres: MacMillan, 1932.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. En: **Harvard Law Review**, Cambridge (MA): Harvard University Press, v. 111, n. 4, p. 869-962, Cambridge (MA): Harvard University Press, 1998.

REPÚBLICA ARGENTINA. **Constitución Nacional Argentina**. 1994.

REPÚBLICA ARGENTINA. **Decreto (Decreto de Necesidad y Urgencia - DNU) 70/2023**, de 20 de diciembre de 2023. Bases para

la Reconstrucción de la Economía Argentina. Ciudad de Buenos Aires, 20 de diciembre de 2023.

REPÚBLICA ARGENTINA. Ministerio de Economía. Instituto de Estadísticas y Censos de Argentina. **Informe mercado de trabajo: Encuesta Permanente de Hogares (EPH)**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Indec, v. 9, n. 3, 4.º Trimestre del 2024.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2004.

STORDEUR, Eduardo. **Análisis económico del derecho: una introducción**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

Recebido em: 3-9-2025

Aprovado em: 11-11-2025

