

REVISTA AMAGIS Jurídica

ISSN 2175-3849. v. 18 - n. 1 (jan.-abr. 2026)



EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

REVISTA AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

v. 18, n. 1, jan.-abr. 2026



Belo Horizonte

2026

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 18, n. 1, jan.-abr. 2026)

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. 18, n. 1 (jan. / abr. 2026)
— Belo Horizonte, MG: Associação de Magistrados Mineiros.

Quadrimestral. 2026.
ISSN 2175-3849

Multilíngue.

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

CDU 340

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 7

1

PROBLEMÁTICA DE LOS AGROQUÍMICOS Y LOS
SERES VIVOS: CASUÍSTICA LABORAL

Adela Perez del Viso..... 17

2

IL DIRITTO ALL’OBLIO E IL *DELISTING*: DUE LAME
SPUNTATE PER I DIRITTI FONDAMENTALI

Angelo Maietta..... 37

3

ANULAÇÃO DE SENTENÇA DE TRIBUNAL ARBITRAL
DE CONSUMO: ANÁLISE DA SUBALÍNEA VII) DA
ALÍNEA A) DO N.º 3 DO ARTIGO 46.º DA LAV: BREVES
CONSIDERAÇÕES

Carlos Filipe Fernandes de Andrade Costa..... 87

4

REGIME JURÍDICO DE CONTRATAÇÃO EM MATÉRIA
DE PETRÓLEO E DO GÁS EM MOÇAMBIQUE

*Edson da Graça Francisco Macuácuca e Casimiro Carlos
Cossa*..... 117

5

AMBITO DI APPLICAZIONE E PRINCIPI GENERALI
DELLA LEGGE 23 SETTEMBRE 2025, N. 132, RECANTE
“DISPOSIZIONI IN MATERIA DI INTELLIGENZA
ARTIFICIALE”

Fortunato Costantino..... 143

6

AVVOCATI E AI GENERATIVA: DOVEROSA LA
VERIFICA DELL'ATTENDIBILITÀ DEGLI OUTPUT

Giuseppe Cassano..... 193

7

LA GARANTÍA DEL JUICIO POR JURADOS VS. LAS
GARANTÍAS DE BILATERALIDAD DEL RECURSO Y
MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Luis Fernando Poenitz..... 213

8

DERECHO PENAL, EUTANASIA, HOMICIDIO POR
PIEDAD Y MUERTE ASISTIDA. SU REGULACIÓN EN
COLOMBIA Y SU COMPARATIVA CON ALEMANIA

Omar Huertas Díaz..... 249

9

MEDIAÇÃO PREVENTIVA DE CONFLITOS E A
CONSTRUÇÃO DA CULTURA DE PAZ NAS ESCOLAS

Rogério Medeiros Garcia de Lima..... 285

10

ASPECTOS PROCESALES DEL PRONTO PAGO
LABORAL Y SUS MODIFICACIONES A PARTIR DEL
FALLO “ACEVEDO”

Santiago Luis Sfeir..... 321

EDITORIAL

Comunico, com renovado entusiasmo, mais uma edição da Revista Amagis Jurídica, relativa ao primeiro quadrimestre do ano de 2026. As contribuições, como se já se tornou tradição desde 2021, reúne dez artigos de pesquisadores de distintos lugares do mundo.

O fortalecimento do critério da exogenia permite a aproximação de variadas comunidades científicas do campo jurídico, distantes geograficamente, mas que se unem no compartilhamento em perspectivas de estudos próprios de seus contextos. Isso propicia e estimula um saudável intercâmbio acadêmico, uma fecunda troca de experiências e vivências.

A adoção da revisão por pares, preservado o *double blind review*, resguarda a qualidade das produções científicas e mantém viva a viabilidade de crítica e autocrítica. Deve ser registrado um louvor ao rigor na atuação do Conselho Editorial. A diversidade e atualidade dos temas e o tratamento sistematizado têm favorecido a fortuna na publicação e acolhimento.

Passo à apresentação de cada contribuição com uma breve nota biográfica, para situar o leitor quanto ao contexto e trajetória do articulista, o que permite uma interpretação mais adequada dos pontos de vista e dos horizontes interpretativos incorporados.

O Direito Ambiental assumiu relevância na produção do Direito nos atuais tempos, por cuidar dos chamados direitos difusos, que compreendem e extrapolam os espaços dos campos privados de interesses. As questões ambientais não respeitam fronteiras,

transbordam limites administrativos, e figuram transnacionais. Poder-se-ia dizer algo como quando se “acende o estopim aqui, estoura ali”. Quando um estudo científico, porém, é apresentado tão difusamente, pode parecer sem interesse e sem implicância no plano individual. Por isso, há vezes em que a delimitação do tema ou a referência a apenas uma região conseguem expor mais facilmente. Na evolução do tema, caberá ao estudioso a ampliação da abordagem até sentir que logra impactar mesmo quem parece distante. Especificamente para a Província (correspondente a um Estado-membro brasileiro) de San Luís, na Argentina, houve um estudo pormenorizado para elaboração de um artigo científico. A Autora é Adela Pérez del Viso. Por ser Juíza do Trabalho atuando exatamente em San Luís (as “Varas” dos Fóruns são chamadas de “Salas”, na Justiça do Trabalho da Argentina), foi possível à Autora observar casos concretos. Inicialmente, há a teoria quanto ao uso indiscriminado de agrotóxicos na plantação de soja, especialmente na modalidade transgênica. E foi possível observar, na prática, que muitos trabalhadores que aplicam o agrotóxico, por terem contato próximo e aspirarem o veneno, recebem um diagnóstico de câncer. E há diversos casos de morte por câncer exatamente entre os aplicadores de agrotóxico em plantação de soja na região de San Luís e Províncias vizinhas. A Autora catalogou, na Justiça da Argentina, alguns casos de pedidos de indenização das famílias dos trabalhadores que morreram de câncer e que eram aplicadores de agrotóxicos. Houve a comprovação da ligação da doença com o agrotóxico aplicado pelos trabalhadores. Para ilustrar, a Autora vai em busca de artigos científicos e notícias divulgadas na imprensa especializada, incluindo publicação do Ministério do Meio Ambiente. O artigo serve de alerta a todo o planeta (um alerta global) a partir de um ponto local.

Autor de mais de uma centena de artigos científicos, e de várias unidades de livros, o Professor Doutor Angelo Maietta (de diversas Universidades italianas), analisou um Acórdão do Tribunal

de Cassação (Corte di Cassazione) da Itália a respeito de um tema do Direito Penal. A especificidade aponta para a execução penal, sendo que o Código de Processo Penal italiano determina (art. 63) que o julgador analise e determine o cumprimento da pena, mas com o reconhecimento de que o condenado tem o direito ao esquecimento. Adquire relevância a abordagem, especialmente em época de exposição de dados sensíveis na rede social, tantas vezes à disposição de quem quiser deles se aproveitar. E o uso acontece, não raro, com deturpações do texto original, pendendo para lados que tanto podem chegar ao político quanto à mais pura invasão da privacidade. A consideração é que o art. 64 do Código de Processo Penal italiano impõe um prazo para que alguns dados possam ser colocados em pontos de divulgação (jornais e sítios de internet). Empresas que centralizam as informações em redes sociais (incluindo os aplicativos) passam a ser o alvo de pessoas que querem captar dados desfavoráveis a uns ou favoráveis a outros, para ampla divulgação (exposição em massa) sem o cuidado em evitar a violação do direito à intimidade. O tema guarda vínculos do Direito Penal com o Direito Constitucional, campo em que os Direitos Humanos ocupam significativa posição.

Em Portugal, há Tribunais Superiores com atribuições especiais. Reparte-se a jurisdição na competência por feitos Administrativos, em questões de consumo, e para outras especialidades. O Supremo Tribunal de Justiça cuida somente das questões constitucionais. No fim de 2025, foi publicada uma Resolução não apenas para Portugal, mas para vigência em toda a União Europeia, a Diretiva EU 2025/2647, alterando a Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013. Regula as relações dos consumidores com os fornecedores. É um padrão europeu. Em Portugal já havia legislação sobre o tema. E já cumpria a Diretiva de 2013. As modificações legislativas trouxeram a necessidade de adaptação com urgência, pois o início do

vigor foi nos primeiros dias de 2026. A legislação é a denominada Resolução Alternativa de Litígios (RAL) de consumo. A adaptação das novas regras da União Europeia também teve que andar de mãos dadas com a novíssima legislação portuguesa sobre o tema (que vale somente em Portugal), o Regulamento Harmonizado dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Competência Genérica. Quem se dispôs a fazer um estudo perfeito sobre as novas regras da União Europeia abraçadas às novas normas portuguesas foi o Professor Mestre Carlos Filipe Fernandes de Andrade Costa, que tem a experiência de ser Juiz-Árbitro exatamente no campo das relações de consumo. O Autor é reconhecido por seus estudos e pesquisas dos direitos do consumidor.

O Juiz de Direito Casimiro Carlos Cossa (com Mestrado em Direito Administrativo) se associou ao Professor Doutor Edson da Graça Francisco Macuácuá para a tarefa de desenvolver um artigo acerca do “Regime jurídico de contratação em matéria de petróleo e do gás em Moçambique”. O artigo mostra as características do contrato administrativo que a República de Moçambique celebra com empresas que têm interesse em pesquisar, captar, refinar e transportar petróleo no País. A análise tem início com a modalidade contratual, passa pelas normas jurídicas que definem as condições para a contratação, e alcança um ponto em que há uma comparação com o que o Brasil e Angola fazem, em termos contratuais com terceiros ou exploração por meio de empresas estatais, para a pesquisa e exploração do petróleo em seus territórios. As leis e os decretos que regem a matéria são estudados e têm suas particularidades explicadas. Os Autores dedicam páginas especiais para mostrar que há como o País otimizar ganhos com o petróleo que tem em suas terras, se bem elaborados os contratos. E apontam que não é necessariamente por falta de leis, mas da sua efetiva aplicação, como no caso de exigência da lei que somente se pode contratar empresa estrangeira, para explorar o petróleo moçambicano, se a empresa tiver sede

instalada em Moçambique. Também não se exige o cumprimento da determinação da lei que diz que a empresa contratada deve ter ações em Bolsa de Valores.

O Professor Doutor Fortunato Costantino enfrenta um tema que se encontra hoje, no Brasil, em vias de ser devidamente disciplinado por lei. Na Itália, já houve a edição de lei regrado a aplicação da inteligência artificial, publicada em setembro de 2025. O Autor, de forma imediata, debruçou-se sobre o texto da Lei e procurou todos os pontos que interessam na aplicação do texto legal em relação ao relacionamento com o Poder Judiciário. Como os Juízes (de diversos graus de jurisdição, e instâncias) podem utilizar da inteligência artificial para auxiliar (jamais, para substituir) na elaboração dos Despachos, Sentenças e Acórdãos; e como os Advogados, Procuradores, Promotores de Justiça e Defensores Públicos podem obter auxílio na elaboração das peças de ingresso ou de alimentação de dados no processo judicial. Observe-se que o uso pode se dar também na esfera extrajudicial, para ganho de eficiência e qualidade.

A abordagem mostra-se palpitante no tempo atual. Há significativo interesse em definir os parâmetros adequados do uso da Inteligência Artificial Generativa por parte de Advogados, ao elaborar petições e para obtenção de subsídios – talvez, fundamentação jurídica – em suas sustentações. A par disso, em como o Judiciário deve verificar, nos textos gerados por Inteligência Artificial, se os conteúdos conferem com os precedentes e a legislação. Isso para verificar se houve referência a argumentos fabricados, inventados para fundamentar as postulações. Na Europa, o interesse pelo tema reside no fato de que, em 20 de fevereiro de 2026, o Tribunal de Siracusa, na Itália, emitiu um Acórdão em que admitiu que “Os modelos generativos de IA (os chamados Modelos de Linguagem de Grande Porte) não são bases de dados de Jurisprudência das quais se extraem precedentes e citações, mas sim ferramentas

automáticas de geração de linguagem baseadas em mecanismos inferenciais estatísticos e probabilísticos. Os modelos generativos de IA são notoriamente propensos ao fenômeno das chamadas ‘alucinações’, que consistem na geração de conteúdo formalmente plausível, mas essencialmente falso ou inexistente, incluindo citações de jurisprudência não publicadas.”. A análise do Acórdão, de autoria do Professor Doutor Giuseppe Cassano, tem mais do que motivos e suportes: neste início de 2026, ele lançou um amplo livro exatamente sobre Inteligência Artificial, especialmente em relação ao uso dessa linguagem por parte dos Operadores do Direito. Trata-se de um estudo altamente recomendado para todos: os que usam a Inteligência Artificial e os que recebem peças (de autoria de Advogados, membros do Ministério Público, Membros do Poder Judiciário, integrantes das Polícias e da Administração Pública) geradas por Inteligência Artificial.

Voltando ao Continente Sul-Americano, o Professor Mestre Luís Fernando Poenitz vem avalizado por sua condição de Professor, Diretor de Faculdade de Direito e Secretário Relator do Superior Tribunal de Justicia de Misiones. O tema apresentado versa sobre a instituição do Tribunal do Júri e do duplo grau de jurisdição. O “juicio por jurados” é a maneira argentina de dizer da decisão soberana por leigos no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. O artigo também se debruça sobre a necessidade de as Sentenças e os Acórdãos se basearem em motivação suficiente (fundamentação), exigindo-se que o prolator da decisão indique em que lei – quase sempre, em que artigo da lei – está a razão para que haja a condenação ou absolvição.

O Direito Penal se ocupa de muitas facetas. O conhecimento popular liga o Direito Penal apenas aos crimes de homicídio, os que levam ao Tribunal do Júri. O fato é que há um tecido enorme, com ramificações pouco exploradas. Um tópico do Direito Penal que tem merecido repetidos e qualificados estudos na Colômbia é a

assistência ao suicídio, a morte para aliviar o sofrimento da pessoa e o próprio direito à morte digna, exercido pelo doente. O estudo do Professor Doutor Omar Huertas Díaz mostra que, na Colômbia, há pouco tempo não havia legislação autorizando o apoio à morte por desejo do próprio interessado. Ações judiciais chegaram à Suprema Corte colombiana e houve duas decisões: os médicos poderiam assistir às pessoas que quisessem pôr fim à vida, ministrando meios para uma morte digna; e o Congresso Nacional deveria legislar sobre o tema. A edição do Código Penal não tratou da criminalização ou descriminalização da eutanásia, ou ortotanásia. E novamente a Suprema Corte decidiu que, em sendo a assistência à morte programada prestada por médicos, não há crime na eutanásia; mas o incentivo e o apoio ao suicídio feito por não médico é punível como homicídio. Então, o Código Penal colombiano foi modificado para colocar penas diferenciadas para o homicídio praticado para evitar maiores sofrimentos por parte de doentes terminais. Não é crime a eutanásia praticada por médicos, a quem cabe tomar o pedido incontestável do paciente que deseja morrer. E, em caso de morte com ajuda ou incentivo de não médicos, se para diminuir sofrimento de quem expressa desejo de morrer (homicídio por piedade), há previsão de causa de redução de penas. Como se trata de tema delicado, as dúvidas remanescem. Indaga-se, por exemplo, se é punível o fato de uma filha decidir que a mãe deve morrer em razão de estar sofrendo por muitas doenças. E quem decide sobre o direito à morte antecipada (não natural) quando o doente é menor de idade ou incapaz? E se pessoas muito idosas alegam que o sofrimento está muito grande, há como autorizar o médico a praticar a ortotanásia? E se uma pessoa jovem decide pôr fim à vida e conta com a ajuda de alguém? Todas essas questões são enfrentadas pelo Autor. Sempre, com fundamento na Lei e nos Acórdãos do Tribunal Superior. E, para completar, há uma comparação com os mesmos direitos (morte digna, eutanásia, influência para o suicídio, suicídio assistido, etc.) segundo a legislação da Alemanha.

Consagrado jurista e escritor, o Desembargador Rogério Medeiros Garcia de Lima compareceu como convidado de honra ao “II Congreso Internacional de Filosofía”, uma realização da Universidad de Cartagena, na cidade do mesmo nome, na Colômbia. A sua palestra aconteceu no dia 20 de novembro de 2025. Com os subsídios do seu estudo para a preparação da conferência, houve a escrita do artigo científico denominado “Mediação Preventiva de Conflitos e a Construção da Cultura de Paz nas Escolas”. O texto mostra, inicialmente, a parte filosófica da cultura (em verdade, ausência) de paz no mundo, em termos históricos. Inclusive e especialmente, os muitos movimentos bélicos, as guerras propriamente ditas. Depois, reduzindo o foco como que delimitando o espaço e o tempo, mostra que o Brasil está em fase de contenciosidade intensa, fase em que a judicialização de causas até poucos anos resolvidas pelo diálogo, ocorre em quantidade que demonstra paralelamente ou uma confiança no Poder Judiciário para a tudo intermediar ou a uma falta de paciência e diálogo entre os administrados. Aponta a mediação como uma solução possível para semear a paz entre os cidadãos. E chega a demonstrar o fato de que a violência, muitas vezes contra público inespecífico, já domina as Escolas, deixando o antigo *bullying* desprezioso como pequeno em comparação com os resultados que chegam a morte de vários alunos e Professores ao mesmo tempo, em ataques terroristas. A violência em Escolas fez com que, com a participação do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e outros órgãos da Administração da Justiça e da Administração Pública, fosse criado um programa de conscientização da importância da não-violência e do combate à criminalidade no meio escolar.

Da parte do Professor Santiago Luis Sfeir, lente da Universidad de Buenos Aires, vem uma colaboração bem atual. Mostra o Autor que, historicamente, 90% das empresas jamais passam de dez anos de existência. Muitas delas, mesmo após um

tempo razoável de funcionamento, chegam aos momentos de crises econômicas. Sustenta que o convívio com crises financeiras é comum, destacando que a situação agrava quando a crise é econômica. A falta de estrutura econômica leva a empresa, nos casos mais amenos, ao encerramento das atividades. Na situação intermediária, uma recuperação judicial (na Argentina, “Concurso de Credores”) e a indesejada morte da empresa é a falência (na Argentina, “Quiebra”). O Autor oferta lições, no artigo científico, sobre a proteção que deve merecer os salários dos colaboradores em recuperação judicial e na falência da empresa empregadora. Sabe-se que as remunerações são créditos privilegiados ou superprivilegiados. O fato, porém, é que, por se tratar de verba alimentar, ter prioridade pode ainda ser pouco, se o que está antes mesmo do superior somente vem após os trâmites iniciais dos casos de falência. E esses trâmites podem ter demora que causam um dano enorme na vida de quem perde o emprego e, no mínimo, tem pressa (e direito) de receber as verbas indenizatórias da relação laboral. Em uma época de tantas – e até ruidosas – falências e recuperações judiciais de elevado número de empresas, um texto destacando os créditos superprivilegiados é sempre uma alvissareira oportunidade de estudo pormenorizado.

Registro sensível agradecimento à Amagis, na pessoa de sua dedicada Presidente Rosimere das Graças do Couto, pelo apoio à publicação da Revista. Sentimento de gratidão que se estende, fraternal, a todos os autores e colaboradores, notadamente pelo reconhecimento do esforço hercúleo do Revisor, e à dinâmica Gerência de Comunicação da Amagis.

Belo Horizonte, Outono de 2026.

Richardson Xavier Brant – Editor

PROBLEMÁTICA DE LOS AGROQUÍMICOS Y LOS SERES VIVOS: CASUÍSTICA LABORAL^{1y2}

Adela Perez Del Viso³

RESUMEN

Este artículo analiza la problemática derivada del uso indiscriminado de agroquímicos en Argentina, con especial foco en la provincia de San Luis, y su impacto en la salud pública y el medio ambiente. Se examina el modelo de producción de soja transgénica y la dependencia del glifosato, vinculándolos con el aumento de patologías oncológicas y genotoxicidad en poblaciones expuestas. El trabajo describe la normativa vigente en San Luis sobre distancias mínimas de aplicación y regulación de sustancias

¹ **Como citar este artículo científico.** PEREZ DEL VISO, Adela. Problemática de los agroquímicos y los seres vivos: casuística laboral. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 17-35, jan.-abr. 2026.

² El presente documento constituyó un trabajo final en la diplomatura en Ambiente, Derecho y Fiscalización, dada por el Instituto Superior de Seguridad Pública “Coronel Juan Pascual Pringles (Instituto Terciario de San Luis), año 2022 y 2023, siendo los directores de tal diplomatura, los Dres. Gladys de los Santos Gómez y Dr. Omar Marcelino Saa. El eje temático elegido fue: Módulo 6. Agroquímicos y Minería.

³ Abogada y Notaria (U.N.L. 1986 y 1988), Magister en derecho del trabajo y relaciones laborales internacionales (UNTREF 2023), Especialista en Educación en entornos virtuales (U.N. Quilmes 2023), Diplomada en Filosofía Jurídica (Universidad de San Isidro 2025), Diplomada en Ambiente, Derecho y Fiscalización (Instituto Superior en Seguridad Pública, 2023). Es profesora en la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis en las materias Oratoria y análisis crítico de textos jurídicos; Derecho Internacional Público; y Jefa de trabajos prácticos en la materia Derecho Laboral. Es autora de “La potestad disciplinaria del empleador” (Juris, 2024), entre otras obras. Ejerció la abogacía de 1986 a 2021. Desde 2021 integra el poder judicial de San Luis, siendo actualmente Jueza definitiva Laboral número 3 de la I. circunscripción de San Luis. Correo electrónico: adelamperezdelviso@gmail.com

tóxicas. Finalmente, se presenta una casuística judicial laboral que demuestra las consecuencias fatales de la exposición a agrotóxicos en los trabajadores, concluyendo en la necesidad de políticas públicas integrais, sanciones más severas y un cambio de paradigma hacia prácticas agrícolas sostenibles que prioricen la vida sobre los beneficios económicos.

RESUMO

Este artigo analisa a problemática derivada do uso indiscriminado de agrotóxicos na Argentina, com foco especial na província de San Luis, e seu impacto na saúde pública e no meio ambiente. Examina-se o modelo de produção de soja transgênica e a dependência do glifosato, relacionando-os ao aumento de patologias oncológicas e genotoxicidade em populações expostas. O trabalho descreve a normativa vigente em San Luis sobre distâncias mínimas de aplicação e regulação de substâncias tóxicas. Finalmente, apresenta-se uma casuística jurídica trabalhista que demonstra as consequências fatais da exposição a agrotóxicos nos trabalhadores, concluindo pela necessidade de políticas públicas integrais, sanções mais severas e uma mudança de paradigma para práticas agrícolas sustentáveis que priorizem a vida sobre os lucros econômicos.

ABSTRACT

This article analyzes the issues arising from the indiscriminate use of agrochemicals in Argentina, with a specific focus on the province of San Luis, and its impact on public health and the environment. It examines the transgenic soybean production model and its dependency on glyphosate, linking them to an increase in cancer rates and genotoxicity in exposed populations. The paper outlines the current regulations in San Luis regarding minimum application distances and the control of toxic substances. Finally, it presents labor law case studies that demonstrate the fatal consequences of pesticide exposure for workers, concluding with the urgent need for comprehensive public policies, stricter sanctions, and a paradigm shift toward sustainable agricultural practices that prioritize human life over economic gain.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 La Operativa Alrededor de la Soja Transgénica. 3 Cómo Llegan esos Agrotóxicos al ser Humano y a los Seres Vivos. 4 Normativa de la Provincia

de San Luis, Argentina. 4.a La Ley n.º IX-0958-2016, que establece “Distancias mínimas para la aplicación de glifosato, herbicidas equiparables o agroquímicos en todo tipo de cultivos o productos”. 4.b La Ley IX - 634 - 2008 de “Preservación y restauración ambiental del sector minero.”. 4.c La Ley IX - 320 - 2004, de Regulación de uso de Agroquímicos. 5 Casos Judiciales Laborales que Involucran Intoxicación con Agrotóxicos. 5.1 Caso en Rauch, Provincia de Buenos Aires. 5.2 Caso en Gualaguaychú, Provincia de Entre Ríos. 5.3 Caso en Zona Rural de Córdoba. 5.4. 6 Conclusión. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

Quién no recuerda la película Erin Brockovich, del año 2000, que refería a un caso real en el que una empleada de estudio jurídico, investigaba un supuesto de una contaminación general –causada por una empresa y sus desechos– ocurrida en un poblado de Estados Unidos, que había provocado una gran cantidad de casos de cáncer, particularmente en niños.

Salvando las distancias y el tiempo, actualmente en 2023 unos Investigadores del Instituto de Salud Socioambiental de la Universidad Nacional de Rosario (Inssa-UNR) publicaron información tomada de la “Revista Internacional de Epidemiología Clinical Epidemiology and Global Health” y a un trabajo científico que demuestra que la incidencia del cáncer en la población expuesta a los agrotóxicos es significativamente mayor en comparación a la población general (Vivir, 2023).

Los investigadores de Rosario realizaron su propio trabajo⁴, y analizaron ocho pueblos del área de producción agroindustrial de

⁴ El trabajo, titulado “Incidencia de cáncer y tasas de mortalidad en localidades rurales argentinas rodeadas de tierras agrícolas tratadas con plaguicidas”, fue realizado por los investigadores Damián Verzeñassi, Alejandro Vallini, Facundo Fernández, Lisandro Ferrazini, Marianela Lasagna, Anahí Sosa y Guillermo Hough y publicado en la revista Clinical Epidemiology and Global Health (Epidemiología Clínica y Salud Global).

Santa Fe⁵, descubriendo y confirmando que el porcentaje de muertes por cáncer supera ampliamente a la media nacional. En el caso de la población joven, la mortalidad es de dos coma cincuenta veces mayor que en el resto del país.

Para la investigación se consideraron tres índices a comparar entre los ocho pueblos seleccionados y las cifras generales de Argentina en relación al cáncer: la tasa de incidencia (cantidad de casos), muertes por esta enfermedad cada 100 mil habitantes para el grupo de edad joven (entre 15 y 44 años) y porcentaje de muertes por cáncer en relación a otras causas de fallecimiento para el segmento joven y los grupos de edad avanzada (más de 45 años). Los tres mostraron valores significativamente más altos para los pueblos expuestos a pesticidas. Por esto, los autores del trabajo resaltan la necesidad de políticas públicas concretas al respecto. (Confirmado, 2023)

Analizaremos a continuación algunos aspectos informativos sobre el uso de agroquímicos en Argentina y particularmente en la Provincia de San Luis, la normativa aplicable y las consecuencias causadas por su abuso.

2 LA OPERATIVA ALREDEDOR DE LA SOJA TRANSGÉNICA

En Argentina se introdujo la soja transgénica “resistente al glifosato” en 1996. Es como un negocio cíclico o cerrado, dado que la persona que comienza a aplicar este tipo de soja transgénica en su campo, recibe muchas más ganancias que con la siembra de

⁵ “Pueblos: Acebal, Arteaga, Chabás, Luis Palacios, San Genaro, Sastre, Timbúes y Villa Eloísa, ubicados en el centro-sur de la provincia de Santa Fe.” “Los domicilios se ubican a una distancia de entre cero y 400 metros de los campos donde se realizan las aspersiones. Se encuestaron a 27.644 personas, lo que representa el 68 por ciento de la población total de esas comunidades”. (Instituto de Salud Socioambiental, facultad de ciencias médicas) (Vivir, 2023).

soja común, pero a su vez está necesitada de que le provean todo tipo de implementos, incluido el glifosato, con la misma fuente de provisión (generalmente estamos hablando de una misma empresa, Monsanto, y sus subsidiarias y controladas). De esta manera, la empresa proveedora se asegura para el futuro que se le comprarán las semillas, los implementos, las sustancias de glifosato, etc., (“todo”) a ella misma, constituyendo un monopolio de provisión de productos.

A partir de allí, este tipo de negociación cerrada se fue expandiendo, primero en la zona del litoral y luego en todo el interior del país. Es más, existen estudios (Arancibia; Campos Motta, 2021) que mencionan que se ha incrementado unas diez veces el uso de los plaguicidas en Argentina durante los últimos veinte años, provocando una enorme contaminación de suelos, aguas y sedimentos.

Si el Glifosato y otros agroquímicos fueran simplemente “excelentes para el negocio del cultivo”, no nos encontraríamos ante un problema. Pero no es así. Es que

el glifosato es un herbicida de amplio espectro que no sólo afecta la fertilidad de los suelos, el entorno de los insectos y, de esa forma, la biodiversidad, sino que también es un peligro para el ser humano. El Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (IARC, por sus siglas en inglés), dependiente de la Organización Mundial de la Salud, clasifica al glifosato como “probablemente cancerígeno”. Además, hay muchos estudios que demuestran que puede ser tóxico para el ADN y el sistema nervioso, y que daña el microbioma intestinal –un componente clave de la salud (Glöckler, [S. d.]).

No es por casualidad que más de cincuenta ingredientes activos de plaguicidas comercializados en Argentina han sido prohibidos en la Unión Europea por razones de seguridad. Por su parte, la

F.A.O. (Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación) estimó que en la Argentina se utilizan tres veces más pesticidas por hectárea cultivable que en Estados Unidos o España (Naciones Unidas, 2022).

3 CÓMO LLEGAN ESOS AGROTÓXICOS AL SER HUMANO Y A LOS SERES VIVOS

A veces los agrotóxicos llegan al cuerpo de los seres vivos incluido el ser humano, mediante las precipitaciones y el agua que se encuentra en los suelos. En el “Informe técnico-científico sobre el uso e impactos del herbicida atrazina en Argentina”, libro digital editado por el PNUD en 2021 (Gagneten, 2021) se mencionan otras investigaciones (como un informe de los autores L. Alonso y otros, de 2018) en las que se encontraron y cuantificaron las sustancias glifosato y atrazina (ATZ) en *agua de lluvia* y en *suelos* de áreas agroproductivas de la región pampeana argentina. Por entonces, para esta prueba,

colectaron muestras de agua de lluvia en áreas urbanas con diferentes grados de uso de la tierra y con una producción extensiva de cultivos, y muestras de suelo subterráneo de los sitios periurbanos. Los herbicidas se detectaron en el 80% de las muestras de lluvia en concentraciones media y máxima de 0,22 a 26,9 $\mu\text{g L}^{-1}$; en cuanto a suelos, se registró presencia de glifosato y ATZ en el 32% de las muestras, en concentraciones de 7 a 66 $\mu\text{g kg}^{-1}$. (Gagneten, 2021, p. 95).

Otra forma por la cual estos agrotóxicos llegan al cuerpo humano es por la misma “fumigación” o rociado en el campo. Por ello se ha hallado una mayor genotoxicidad en niños que viven cerca de campos fumigados.

Además del glifosato para generar la soja transgénica y el círculo de dependencia descrito en los acápite más arriba, existen otros tipos de agrotóxicos: Se utilizan pesticidas sobre frutas, verduras, trigo, arroz, aceitunas y canola destinada para aceite y en cultivos no alimentarios, tales como algodón, césped y flores (Algunos, 2012). Se aplican “organofosforados” en todas las frutas, vegetales y trigo. Así, los bebés, niños y adultos se ven expuestos a los pesticidas ingiriéndolos a través de los alimentos. Algunas personas que trabajan en agricultura u otros los tocan e inhalan.

Cabe preguntarse entonces si el gran incremento de casos en la actualidad, de personas celíacas, no se da precisamente porque ha aumentado el rociado sobre verduras, arroz o trigo, que ha generado tal intolerancia en los pacientes. Antes no se daban tantos casos. Actualmente se ha incrementado muchísimo. Corresponde su estudio y profundización.

Otro aspecto a considerar es la evidente desaparición de numerosas especies animales que existían y en abundancia treinta o cuarenta años atrás. Había luciérnagas en la noche, todo tipo de insectos durante el día; en la zona del litoral, pululaban los sapos, hasta hace relativamente poco tiempo. Ahora, no existen luciérnagas ni sapos. Dificilmente encontramos mariposas, ni siquiera en la zona rural. Y quién sabe qué otras especies más han resultado afectadas por estos agrotóxicos.

4 NORMATIVA DE LA PROVINCIA DE SAN LUIS, ARGENTINA

Rigen en San Luis, al igual que en otras provincias argentinas, con similar normativa, las siguientes reglamentaciones que sería importantísimo se cumplieran.

4.a LA LEY N.º IX-0958-2016, QUE ESTABLECE
“DISTANCIAS MÍNIMAS PARA LA APLICACIÓN
DE GLIFOSATO, HERBICIDAS EQUIPARABLES O
AGROQUÍMICOS EN TODO TIPO DE CULTIVOS O
PRODUCTOS”

Entre otras normas, en su artículo uno prohíbe la aplicación a cultivos productivos de glifosato y/o herbicidas equiparables y/o cualquier tipo de agroquímicos en zonas ubicadas a una distancia menor de 1.500 metros del límite de los centros urbanos o desde la última línea de edificación de centros poblados o espacios públicos definidos por los Municipios. Ante la falta de delimitación Municipal se considerará última línea de edificación a la última calle pública del trazado urbano.

Además, prohíbe en su artículo dos la aplicación en cultivos productivos de glifosato y/o herbicidas equiparables y/o cualquier tipo de agroquímicos en zonas ubicadas a una distancia menor a trescientos metros de toda casa o recinto habitado y ubicado en áreas rurales.

4.b LA LEY IX - 634 - 2008 DE “PRESERVACIÓN Y
RESTAURACIÓN AMBIENTAL DEL SECTOR MINERO.”

En su artículo 1 establece que, a los efectos de garantizar la preservación de los recursos naturales, con especial énfasis en la tutela del recurso hídrico, la biodiversidad, el ambiente y la calidad de vida de todos los habitantes, se prohíbe en el territorio de la Provincia de San Luis, *el uso de sustancias químicas como cianuro, cianuro de sodio, bromuro de sodio, yoduro de sodio, mercurio, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, ácido fluorhídrico, ácido nítrico, amonio, carbonato y otras sustancias tóxicas similares en los*

procesos mineros metalíferos de prospección, cateo, exploración, explotación, beneficio y/o industrialización, de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo. En su caso, según el artículo dos, los concesionarios de minas o titulares de concesiones y derechos mineros, tendrán que hacer provisiones y adecuarse. Todos los titulares y concesionarios deben aportar a un Fondo de Garantía Ambiental, un 7% del total de la inversión, y ese Fondo será para sanear los casos en que se produzcan daños a raíz de las sustancias mencionadas, en el medio ambiente.

4.c LA LEY IX - 320 - 2004, DE REGULACIÓN DE USO DE AGROQUÍMICOS

El artículo dos de esta ley establece que los agroquímicos sujetos a sus prescripciones son las siguientes sustancias:

- a) los bactericidas y antimicóticos o anti-criptogámicos destinados a la protección de los vegetales o de sus productos;
- b) las sustancias, productos y dispositivos que se usan para proteger a las plantas contra los virus y los micoplasmas;
- c) las sustancias, productos y dispositivos destinados a atraer, repeler, ahuyentar o eliminar a los organismos animales que dañan a las plantas o sus productos;
- d) las sustancias, productos y dispositivos usados para eliminar, desecar o defoliar vegetales;
- e) las sustancias, productos y dispositivos destinados a proteger a los productos y subproductos animales y vegetales del deterioro provocado por la acción de organismos animales o vegetales, durante su recolección, transporte, almacenamiento, procesamiento o comercialización;

- f) las sustancias, productos y dispositivos destinados a combatir ectoparásitos o vectores de enfermedades que afectan al hombre;
- g) las sustancias, productos y dispositivos destinados a atraer, controlar o eliminar insectos, roedores u otros animales, en viviendas o locales de trabajo o de uso público.

Establece que quienes se dediquen a la fabricación de esos elementos deben tener el asesoramiento y dirección de un ingeniero industrial. Que el transporte debe ser de tal manera que impida el derrame y contaminación (art. 11) y si algún producto comestible se contamina, debe ser decomisado y destruido. Se establecen especiales normas de almacenamiento y comercialización de estos productos.

5 CASOS JUDICIALES LABORALES QUE INVOLUCRAN INTOXICACIÓN CON AGROTÓXICOS

A continuación, se transcribirán varios casos judiciales que implicaron el uso de los agrotóxicos y de qué manera generaron enfermedad o muerte en los trabajadores rurales, sus familias o habitantes de las zonas aledañas.

5.1 CASO EN RAUCH, PROVINCIA DE BUENOS AIRES

En el caso “U. C. B. por sí y en representación de sus hijos menores I. R. y F. V. O. c/ Arata Domingo y otros s/ accidente - acción civil” la C.N.A.T. sala III, el 21-8-2013 (MJJ 1930 Microjuris), se trató de la muerte de un trabajador rural llamado Rubén Osmar Osterreith. Su esposa e hijos promovieron demanda

por su fallecimiento en ocasión del trabajo. Sostuvieron que el trabajador revistió la categoría laboral de “puestero”, quien debía realizar tareas propias de la actividad rural, entre las que se contaba el permanente desmalezamiento de distintos sectores del predio rural, conocido como La Florita, ubicado en proximidades de la estación de ferrocarril Colman, Partido de Rauch, Pcia. de Buenos Aires. Que las tareas del trabajador consistían en el permanente desmalezamiento de distintos sectores del predio, y que debía utilizar un producto químico conocido como “glifosato”, de alta toxicidad, sin una máscara que cubriera su rostro.

En especial, los actores manifestaron que el 5 de diciembre de 2005, el trabajador comenzó a desmalezar un sector del establecimiento con el producto mencionado, marca Eskoba, el que transportaba con una mochila y aplicaba con un pico aspersor. Que durante toda esa semana, el trabajador hizo la misma tarea y hacia el final de la jornada del día 13 del mismo mes, presentó un cuadro de salud completamente anormal, con náuseas, vómitos, sudoración extrema y dificultades respiratorias. Ante la gravedad de la situación, fue internado en terapia intensiva, y el 19 de diciembre falleció como consecuencia de la intoxicación.

En el caso, la Cámara resolvió que, además de condenar a la Aseguradora de riesgos del trabajo o ART, “corresponde declarar la responsabilidad de los demandados respecto de la muerte del trabajador por intoxicación con glifosato, pues no cumplieron con ninguna medida preventiva, ya que no le entregaron los elementos de seguridad ni tampoco le impartieron asesoramiento alguno para el uso de un producto químico de tanta peligrosidad”.⁶

⁶ U. C. B. por sí y en representación de sus hijos menores I. R. y F. V. O. c/ Arata Domingo y otros s/ accidente - acción civil” la C.N.A.T. sala III, el 21-8-2013 (MJJ 1930 Microjuris).

5.2 CASO EN GUALEGUAYCHÚ, PROVINCIA DE ENTRE RÍOS

Se trata del caso “Lemes Estela S c/ IAPSER ART y ot. Enfermedad profesional” por ante la Cámara de A.C.C.L. de Gualeguaychú, sala II (8-4-21) Microjuris, MJJ131871.

Se resolvió hacer lugar a la condena por responsabilidad de la ART por la dermatitis que padece la trabajadora, dado que se comprobó que en su lugar de trabajo se fumigaba asiduamente, sumado a la ausencia de exámenes preocupacionales periódicos.

Quedó demostrado en el juicio que a la señora le habían quedado secuelas actuales y definitivas, con motivo de las fumigaciones que sufrió en su ámbito laboral, siendo que aquellas dolencias guardan relación de causalidad con las tareas y concretamente con el ambiente donde esta trabajaba y vivía, ya que estuvo expuesta durante mucho tiempo a convivir en el lugar de trabajo, localizada en medio de un área agrícola donde se fumigaba tanto en forma aérea como terrestre.

Se dijo también que no había ninguna duda de que en el ámbito territorial donde la actora prestaba tareas, efectivamente se fumigaba, por lo que el agente de riesgo estaba presente, y aun como en el caso cuando no está determinado concretamente quién era la persona o empresa que efectuaba las mismas, ello se trata de un hecho incontrovertible, lo cual sumado a la ausencia de los exámenes preocupacionales y/o periódicos que debían efectuarse sobre la dependiente, llevan a sostener que la patología actual que padecía en su piel, era producto de aquellas situaciones de hechos señaladas.

Se dijo que, conforme a las constancias de autos –actuaciones médicas particulares, peritos, testigos, documentación– la dermatitis que padecía la actora, podría deberse a la constante exposición en

sus tareas laborales en la escuela en zona rural, por las sucesivas fumigaciones aéreas y terrestres en su lugar de trabajo.

5.3 CASO EN ZONA RURAL DE CÓRDOBA

En el caso “Gabielli Jorge Alberto y otros p.s.a. Infracción Ley 24.051”, por ante la Cámara en lo Criminal de 1ra n. Secretaría N° 2 de Córdoba (4-9-12, Microjuris MJ-JU-M-74262-AR), eran imputados Jorge A Gabielli, agricultor, Pancello Edgardo, y Francisco Rafael Parra, agricultor. Se les imputaban varios hechos:

- que el imputado Francisco R Parra instigó a una persona previo acordar con el mismo el pago de una suma de dinero a efectuar una fumigación terrestre, utilizando productos químicos denominados Dieldrin, y DDT, prohibidos por la autoridad de aplicación (Resol. SENASA n.º 256/2003) y calificados como Residuos Peligrosos por la Ley Nacional 24.051 (Anexo I n.º de Código Y4 y Anexo II n.º de Códigos H6.1, H11 y H12 de la citada norma), en los campos que explota sembrando soja, ubicados sobre ruta Camino a Capilla de los Remedios Km. 8 y 1/2, de Barrio Ituzaingó, ciudad de Córdoba. Parra determinó al instigado (persona aún no identificada) a realizar una fumigación contaminando el ambiente de aquel barrio de un modo peligroso para la salud de sus habitantes, y no obstante haber sido declarado dicho grupo poblacional en Emergencia Sanitaria por la Municipalidad de Córdoba (Ord. n.º 10.505 del año 2002) y haber sido prohibida la aplicación de plaguicidas o biocidas químicos mediante fumigación terrestre, cualquiera sea su tipo y dosis, a menos de dos mil quinientos metros de cualquier vivienda o grupo de viviendas de Barrio Ituzaingó Anexo de la Ciudad de Córdoba (Ordenanza Municipal n.º 10.590 de enero de

2003) mientras se encontrare vigente dicha declaración de emergencia sanitaria.;

- con posterioridad a ello, el instigado por Parra, conduciendo una máquina tipo mosquito, color verde, con tanque color blanco y dos aletas en cada uno de sus costados, realizó fumigaciones sobre los mencionados campos explotados por Parra, empleando para ello las sustancias químicas prohibidas y peligrosas ya mencionadas supra, a sabiendas y en violación de la normativa vigente, toda vez que le constaba, que desde las plantaciones de cultivo que estaba fumigando hasta el sector poblado del Barrio Ituzaingó Anexo, la distancia existente es sumamente menor a la exigida por la Ordenanza Municipal n.º 10.590 (2.500 mts.) y de que de esa forma estaba contaminando el ambiente de Barrio Ituzaingó de un modo peligroso para la salud de sus habitantes, a más que era de público y notorio conocimiento la problemática ambiental que aquejaba al Barrio Ituzaingó.

Que Parra y su instigado hicieron varias fumigaciones con una máquina tipo mosquito de color verde en los campos que explotaba el primero sembrando soja, ubicados sobre la ruta Camino a Capilla de los Remedios Km. 8 y ½, situados próximos al sector poblado del barrio Ituzaingó Anexo. Los productos agroquímicos aplicados habrían sido Heptacloro exo., Dieldrín, Clorpirifos, DDT, Endosulfán, Cis clordano, Glifosato, Metsulfurón, 2,4 DB, y 2,4 D, entre otros, siendo todas ellas sustancias peligrosas encuadrables en la Ley 24.051.

El fiscal calificó el delito como “Contaminación ambiental en los términos del art. 55 de la Ley 24.051 en forma de ejecución continuada” (CP, 55 a “contrario sensu”). SEGUNDO

HECHO: (Corresponde al nominado Primero del Requerimiento Fiscal de fs.640/651 y Auto de la Cámara de Acusación de fs. 796/801);

- que el imputado Jorge Alberto Gabrielli en un lugar no determinado de esta ciudad, instigó a Edgardo Jorge Pancello –previo acordar con el mismo el pago de una suma de dinero– a efectuar una fumigación en forma aérea utilizando un producto químico de la clase toxicológica Ib (endosulfán) en el campo que explota sembrando soja ubicado en Camino a Capilla Los Remedios km. 8 y ½ denominado “Campo Los Pinos” de Barrio Ituzaingó anexo de esta ciudad, en violación a lo establecido en el art. 58 de Ley de Agroquímicos de la Provincia de Córdoba n.º 9.164 que prohíbe expresamente la aplicación aérea con tales clases toxicológicas de productos agroquímicos en un radio menor a los 1.500 mts. de distancia de las poblaciones urbanas, por cuanto desde las referidas plantaciones de cultivo hasta el sector perimetral del barrio colindante Ituzaingó Anexo de esta ciudad, la distancia existente es sumamente menor; determinándolo así Gabrielli a Pancello a realizar una fumigación contaminando el ambiente de aquél barrio de un modo peligroso para la salud de sus habitantes.

En conclusión: “Se condenó a tres años de prisión en forma de ejecución condicional como autor del delito de contaminación ambiental al propietario de un campo y como coautor al piloto aeroplificador, por las fumigaciones ilegales realizadas con productos químicos prohibidos por la autoridad de aplicación”.

5.4

En estos casos, que son sólo una muestra de los muchos que se presentan diariamente a la justicia –y otros que no llegan a los estrados judiciales– se observa cómo los propietarios de los campos desean, instigan y contratan la fumigación de los mismos con sustancias que son declaradas negativas a la salud de los habitantes de los lugares aledaños, poniendo en peligro las vidas e integridad de los mismos y de sus propios empleados que deben aplicarlos o son rociados con el producto.

Además, de lo que surge del último caso, también se observa que la condena –cuando se declaró delito– resultó ínfima y de ejecución condicional, no cumpliendo entonces con el principio de que una pena tiene que servir también de futuro escarmiento para que otras personas miren lo ocurrido y dejen de realizarlo ante la eventualidad de que se produzca lo mismo en sus vidas (“efecto *deterrent*” o disuasivo de la pena).

6 CONCLUSIÓN

En conclusión, la profunda problemática derivada del uso indiscriminado de agroquímicos en Argentina no sólo constituye una amenaza evidente para la salud pública y el medio ambiente, sino que también refleja la intersección compleja entre intereses económicos, políticos y la salud de la población. Los resultados de investigaciones científicas, como la realizada por el Instituto de Salud Socioambiental de la Universidad Nacional de Rosario, subrayan la urgencia de abordar este desafío de manera integral.

La expansión del negocio de la venta de soja transgénica, impulsado por la dependencia de productos químicos como el glifosato, ha creado un círculo vicioso que beneficia a las empresas

proveedoras, pero a costa de la salud de las comunidades locales y la sostenibilidad del entorno. La relación entre el aumento alarmante de casos de cáncer, especialmente entre la población joven, y la exposición a agroquímicos, resalta la necesidad imperante de replantear las prácticas agrícolas actuales.

A pesar de la existencia de normativas en la provincia de San Luis o en otras provincias del país, la ejecución y supervisión adecuadas parecen ser insuficientes para mitigar los riesgos asociados con el uso de agroquímicos. La legislación relacionada con la preservación ambiental en la actividad minera y la regulación del uso de agroquímicos debe ser reforzada, y las sanciones por su incumplimiento deben ser lo suficientemente severas como para disuadir prácticas irresponsables.

Los casos judiciales presentados revelan las consecuencias reales y tangibles de la exposición a agroquímicos, lo cual debería ser un llamado de atención para una acción inmediata y enérgica. La sociedad civil, las autoridades gubernamentales y la comunidad científica deben colaborar estrechamente para desarrollar políticas más efectivas, promover prácticas agrícolas sostenibles y fomentar la investigación de alternativas menos perjudiciales.

En última instancia, el desafío va más allá de la mera regulación; requiere un cambio profundo en la mentalidad y las prácticas en el sector agrícola. La salud de la población y la preservación del medio ambiente no pueden ser sacrificadas en aras de beneficios económicos a corto plazo. Es hora de abrazar un enfoque más holístico que promueva la salud, la equidad y la sostenibilidad a largo plazo.

REFERENCIAS

ALGUNOS datos por los riesgos a la salud por pesticidas en los alimentos. Centro de Ecogenética y Salud Ambiental, Universidad de Washington. Mayo/2012. Disponible en: <https://depts.washington.edu/ceeh/downloads/FF_Pesticides_SP.pdf>.

ALONSO, Lucas L. et al. Glyphosate and atrazine in rainfall and soils in agroproductive areas of the pampas region in Argentina. En: **Science or the Total Environment**, Amsterdam, Ed. Elsevier, v. 645, p. 89-96, December 2018.

ARANCIBIA, Florencia; CAMPOS MOTTA, Renata. Estrategias de lucha y contra-experticia en el juicio por las fumigaciones por agrotóxicos en Ituzaingó, Córdoba. 2021. Disponible en: <<https://www.teseopress.com/bienes/chapter/estrategias-de-lucha-y-contr-experticia-en-el-juicio-por/>>.

CONFIRMADO: vivir en pueblos fumigados con agrotóxicos aumenta el riesgo de padecer cáncer. febrero 13, 2023. En: Agencia Tierra Viva. Disponible en: <<https://agenciatierraviva.com.ar/confirmado-vivir-en-pueblos-fumigados-con-agrotoxicos-aumenta-el-riesgo-de-padecer-cancer/>>.

GAGNETEN, Ana María (Coord.). Informe técnico-científico sobre el uso e impactos del herbicida atrazina en Argentina. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Programa Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD. / Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación, 2021.

GLÖCKLER, Michaela. Glifosato e ingeniería genética: ¿Qué tipo de pensamiento y hegemonía interpretativa se impondrá? En: Alianza Europea de Iniciativas para la Antroposofía Aplicada. Disponible en: <<https://eliant.eu/es/newsletter-archiv/unsere-arbeitsthemen/glifosato-e-ingenieria-genetica-que-tipo-de-pensamiento-y-hegemonia-interpretativa-se-impondra/>>.

NACIONES UNIDAS. FAO - Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Informe sobre el uso del Instrumento para la Evaluación del Desempeño de la Agroecología (TAPE) en Argentina. Resultados y discusión desde el Área Metropolitana de Rosario Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura Roma, 2022. Disponible en: <<https://www.fao.org/3/cb9518es/cb9518es.pdf>>.

VIVIR en pueblos fumigados aumenta la incidencia y la mortalidad por cáncer. Salud Socioambiental; Instituto de Salud Socioambiental. 2023, marzo 16. Disponible en: <<https://tinyurl.com/3ybbusxn>>.

Recebido em: 1.º-4-2026

Aprovado em: 25-4-2026

2

IL DIRITTO ALL'OBLIO E IL *DELISTING*: DUE LAME SPUNTATE PER I DIRITTI FONDAMENTALI¹

CORTE DI CASSAZIONE; sezione prima; ordinanza 26 dicembre 2025, n. 34217; Pres. Acierno – Rel. Campese; omissis (Avv. to Caravella) c. Garante Protezione Dati Personali (Avvocatura Generale dello Stato)

L'annotazione di deindicizzazione ex art. 64-ter, commi 1 e 3, disp. att. c.p.p. non determina una presunzione assoluta, ma lascia impregiudicato il potere-dovere del gestore del motore di ricerca, del Garante e dell'Autorità Giudiziaria di effettuare un bilanciamento in concreto tra il diritto all'oblio dell'interessato e i diritti all'informazione e di cronaca.

Anche dopo l'introduzione dell'art. 64-ter, un dato lecitamente pubblicato sul web vi rimane legittimamente fino a quando le ragioni della sua pubblicazione non vengano meno, in particolare per il trascorrere di un apprezzabile lasso di tempo. La deindicizzazione può essere ottenuta solo all'esito del bilanciamento previsto dall'art. 17 GDPR.

Omissis

¹ **Como citar este artigo científico.** MAIETTA, Angelo. Il Diritto all'oblio e il *delisting*: due lame spuntate per i diritti fondamentali. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 37-86, jan.-abr. 2026.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso, rubricato “Violazione o falsa applicazione di norme di diritto (ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., in relazione all’art. 41 cod. civ. ed agli artt. 105, comma 2, e 112 c.p.c.)”, chiede a questa Corte di pronunciarsi sulla legittimazione della “Associazione Vittime delle Ingiustizie e degli Abusi B.B.” all’intervento, ex art. 105, comma 2, cod. proc. civ., in sede giurisdizionale, su cui, invece, il provvedimento impugnato ha ommesso di statuire così violando l’art. 112 cod. proc. civ.

1.1. Esso si rivela infondato.

Invero, l’art. 64-ter disp. att. cod. proc. pen. prevede, al comma 1, che “La persona nei cui confronti sono stati pronunciati una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere ovvero un provvedimento di archiviazione può richiedere [...]”.

La legittimazione attiva alla formulazione dell’istanza suddetta, dunque, è testualmente attribuita alla “persona nei cui confronti sono stati pronunciati una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere ovvero un provvedimento di archiviazione”. Abilitato a richiedere la deindicizzazione (o l’inibitoria all’indicizzazione) è, quindi, unicamente l’ex indagato o imputato, e non già qualsivoglia “interessato” suscettibile di identificazione attraverso i dati personali contenuti nel provvedimento, come accade, invece, nel contesto dell’art. 52 del Codice della privacy (altra differenza rispetto alla “anonimizzazione” ex art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003 è che, in questo caso, non è previsto che il giudice possa provvedere d’ufficio).

1.2. A tanto deve aggiungersi che lo stesso Avv. Prof. A.A. assume che quello della Associazione Vittime delle Ingiustizie e degli Abusi B.B. “era ed è un intervento ad adiuvandum diretto ad aderire

ad una fondamentale decisione nell'interesse della collettività" (cfr. pag. 10 del ricorso).

Orbene, anche a voler tacere delle caratteristiche complessive di quello che è stato prospettato come un intervento adesivo dipendente ex art. 105, comma 2, cod. proc. civ. e dei limitati poteri processuali di un tale interventore, ritiene il Collegio, in via assolutamente dirimente, che le concrete ragioni esposte dal Tribunale a supporto della sua pronuncia reiettiva della domanda del A.A.' siano tali da dover fare intendere implicitamente disattesa, perciò solo, qualsivoglia altra richiesta eventualmente riconducibile alla menzionata associazione. È sufficiente ricordare, allora, che, secondo la costante, e qui condivisa, giurisprudenza di questa Corte, ad integrare gli estremi del vizio di omessa pronuncia non basta la mancanza di un'espressa statuizione del giudice, essendo necessaria la totale pretermissione del provvedimento che si palesa indispensabile alla soluzione del caso concreto. Tale vizio, pertanto, non ricorre quando la decisione, adottata in contrasto con la pretesa fatta valere dalla parte, ne compori, come in questo caso, il rigetto o la non esaminabilità pur in assenza di una specifica argomentazione (cfr. Cass. n. 4024 del 2024; Cass. n. 1863 del 2024; Cass. n. 1798 del 2024; Cass. n. 2151 del 2021; Cass. n. 24953 del 2020).

2. Il secondo motivo di ricorso è intitolato "Violazione o falsa applicazione di norme di diritto (ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., in relazione agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 5, comma 1, lett. b), c), d) ed e), ed agli artt. 16, 17, comma 3, lett. d), 82 e 89 GD.P.R. n. 679 del 2016 e in relazione all'art. 64-ter disp. att. c.p.p.)". Si invoca la cassazione del provvedimento impugnato per non avere il Tribunale di Napoli correttamente applicato la novella di cui all'art. 64-ter disp. att. cod. proc. pen., disattendendo pure le motivazioni di cui all'ordinanza n.

2893/2023 di questa Corte riguardo al “diritto all'oblio”, anche in riferimento alla normativa Europea (artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e GD.P.R. n. 679 del 2016).

2.1. Questa doglianza si rivela infondata alla stregua delle complessive considerazioni di cui appresso.

È doveroso premettere che l'art. 64-ter disp. att. cod. proc. pen. (inserito dall'art. 41, comma 1, lett. h), del D.Lgs. n. 150/2022, a decorrere dal 30 dicembre 2022, giusta quanto disposto dall'art. 99-bis, comma 1, del medesimo D.Lgs., a sua volta aggiunto dall'art. 6, comma 1, del D.L. n. 162 del 2022, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 199 del 2022), rubricato “Diritto all'oblio degli imputati e delle persone sottoposte alle indagini”, così dispone: “1. La persona nei cui confronti sono stati pronunciati una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere ovvero un provvedimento di archiviazione può richiedere che sia preclusa l'indicizzazione o che sia disposta la deindicizzazione, sulla rete internet, dei dati personali riportati nella sentenza o nel provvedimento, ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 52 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.”.

2. Nel caso di richiesta volta a precludere l'indicizzazione, la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento appone e sottoscrive la seguente annotazione, recante sempre l'indicazione degli estremi del presente articolo: “Ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, è preclusa l'indicizzazione del presente provvedimento rispetto a ricerche condotte sulla rete internet a partire dal nominativo dell'istante.”. 3. Nel caso di richiesta volta ad ottenere la deindicizzazione, la cancelleria del giudice che ha emesso

il provvedimento appone e sottoscrive la seguente annotazione, recante sempre l'indicazione degli estremi del presente articolo: "Il presente provvedimento costituisce titolo per ottenere, ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, un provvedimento di sottrazione dell'indicizzazione, da parte dei motori di ricerca generalisti, di contenuti relativi al procedimento penale, rispetto a ricerche condotte a partire dal nominativo dell'istante."

La rubrica della citata disposizione, il riferimento alla pratica della cd. indicizzazione delle informazioni da parte dei motori di ricerca ed il richiamo all'art. 17 del Reg. n. 2016/679/UE (per il prosieguo anche "GD.P.R.") evocano immediatamente, quale oggetto della tutela apprestata dalla norma, il cd. diritto all'oblio.

Quest'ultimo, tradizionalmente annoverato tra i diritti della personalità (inerente, in particolare, alla sfera della riservatezza e dell'identità personale), di natura pretoria, sviluppatosi a partire dalla seconda metà del secolo scorso in terra francese, giunse nel nostro ordinamento – dopo un primo inquadramento dottrinale – nell'ormai lontano 1998, quando la pronuncia resa da Cass. n. 3679 del 1998 lo definì come "l'interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di notizie in passato legittimamente divulgate". In sostanza, quindi, l'obiettivo era l'oblio, la "dimenticanza": si mirava, cioè, ad impedire la nuova circolazione di fatti, notizie o simili relativi alla sfera personale di un soggetto e già precedentemente pubblicati, oramai fuoriusciti, dunque, dall'area della riservatezza e dell'esclusiva appartenenza del titolare.

È intuitivo che il connotato cardine del diritto de quo, in questa sua prima accezione che si potrebbe definire "analogica", fu

il fattore tempo: il trascorrere di un significativo lasso cronologico rispetto alla prima divulgazione dell'evento, invero, privava la notizia del fondamentale requisito dell'attualità, riducendo o, addirittura, elidendo del tutto l'interesse pubblico alla sua diffusione. All'opposto, qualora quest'ultimo fosse stato ancora sussistente, il diritto (collettivo) all'informazione, più largamente inteso come diritto di cronaca, sarebbe andato a prevalere sul diritto (individuale) all'oblio. L'ordinamento costituzionale, infatti, retto da una pluralità di principi primari, anche – ed eventualmente – confliggenti (e necessariamente dialoganti) fra di loro, richiede un contemperamento ed equo bilanciamento delle libertà antagoniste, per modo che la tutela dell'una non sia esclusiva della tutela dell'altra.

Il fondamento costituzionale del diritto all'oblio fu rinvenuto, in dottrina, anzitutto nell'art. 2 Cost.: la formula “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo” costituisce clausola “aperta” alle nuove manifestazioni che i valori costituzionali siano suscettibili di assumere nel contesto sociale, come nel caso che qui è d'interesse.

Si valorizzò, poi, l'art. 3 Cost., in quanto non vi può essere tutela dell'identità personale senza tutela della dignità. Inoltre, particolare attenzione fu riservata alle ragioni del diritto alla riservatezza e, pertanto, agli artt. 13, 15 e 21 Cost.

Infine, nella più specifica ipotesi del processo penale, si sostenne, facendo leva sull'art. 27, comma 3, Cost., che l'oblio potesse rendere più agevole la risocializzazione del condannato a seguito dell'espiazione della pena.

2.2. Merita di essere ricordato, altresì, che la nascita del diritto in discussione avvenne in uno scenario che vedeva esclusivamente protagonista la carta stampata e la circolazione di notizie per il tramite di giornali fisicamente intesi. Il disvalore connesso alla divulgazione

di un'informazione risiedeva nello iato temporale che la separava dal momento dell'originaria, e legittima, avvenuta sua diffusione. Un presidio, dunque, a tutela della "identità dinamica" del soggetto, per come venutasi a conformare nel corso del tempo. In altri termini, una volta intercorso un intervallo di tempo di una certa consistenza tra la narrazione ed il fatto che ne costituiva l'oggetto, la libertà di manifestazione del pensiero doveva essere controbilanciata dalla pretesa del soggetto di essere dimenticato, o meglio di non essere ricordato in relazione a quel fatto, che pure legittimamente era stato oggetto di cronaca in passato. Assai significativa, peraltro, era l'osservazione della dottrina secondo cui, da un lato, l'eco mediatica creatasi attorno ad un evento giungeva nel dimenticatoio in tempi più accettabili; dall'altro, la reperibilità della cronaca si faceva nel tempo maggiormente difficile, se non, talora, impossibile.

È noto, tuttavia, che la diffusione di internet e la conseguente "massmedialità" delle news e non solo – fenomeno che ha raggiunto livelli esasperati soprattutto in questi ultimi lustri – hanno trasformato profondamente la società contemporanea e rivoluzionato il modo stesso in cui l'uomo del terzo millennio si relaziona con gli altri, con le cose e con sé stesso.

Si è assistito, pertanto, al moltiplicarsi, in maniera significativa, delle sfumature e delle problematicità dell'interesse del privato "a venire dimenticato". Rispetto, quindi, al conseguente diritto all'oblio, la dottrina ne ha avanzato una "biforcazione", distinguendolo in offline e online, con sempre maggiore centralità di quest'ultimo, definito anche "diritto all'oblio 2.0".

In tale più moderna accezione (che potrebbe definirsi pure "tecnologico-digitale"), il diritto all'oblio deve confrontarsi con l'interesse a controllare le modalità di conservazione, archiviazione, circolazione e trasferimento dei propri dati personali sul web, allo

scopo di evitare che l'indiscriminata accessibilità agli stessi finisca per portare a conoscenza di un'indeterminata cerchia di destinatari (al di là di una specifica finalità divulgativa) informazioni screditanti o (anche semplicemente) sgradite per l'interessato, in quanto non più attuali. In questo caso, dunque, non si verifica una cesura temporale tra due successive divulgazioni della notizia, permanendo quest'ultima continuativamente a disposizione dell'utente della rete, a prescindere da una specifica "riproposizione".

Questa ulteriore dimensione del diritto all'oblio rappresenta una diretta emanazione del concetto di privacy informatica, consistente nell'interesse del soggetto al controllo dell'insieme delle informazioni che definiscono la propria immagine "sociale" (la cd. autodeterminazione informativa). Il *proprium* di questa concezione risiede nelle modalità con cui i dati personali vengono archiviati e diffusi, tipiche delle nuove tecnologie (segnatamente, internet e le banche dati), di modo che, più che con la riproposizione di una notizia a distanza di tempo, occorre confrontarsi – come si è già detto – con la persistente accessibilità della stessa da parte di un numero potenzialmente illimitato di persone. Infatti, da un lato i meccanismi della rete consentono a chiunque di pubblicare qualsiasi informazione (riguardante sé stesso o terzi); dall'altro, una volta che ciò sia avvenuto, l'originario autore della pubblicazione perde ogni possibilità di controllo sulla successiva circolazione e conservazione dell'informazione, che, quindi, diviene accessibile e rintracciabile da qualsiasi utente per un periodo di tempo potenzialmente illimitato. Particolarmente incisivo, in tale ultimo senso, è il circuito "parallelo" di circolazione delle informazioni originato dai motori di ricerca, i quali, interrogati dall'utente mediante l'utilizzo di parole chiave, sono in grado di recuperare le notizie, facendole "riemergere" dalla moltitudine dei siti sorgente (rendendole, pertanto, accessibili anche nel caso in cui, per avventura, da questi ultimi fossero state cancellate).

In questa nuova prospettiva, allora, a fungere da contraltare nel giudizio di bilanciamento non è, pertanto (o non è soltanto), il diritto di cronaca (generalmente riconducibile all'attività giornalistica), bensì qualsiasi attività di trattamento di dati personali.

Quale prerogativa strumentale alla (ri)affermazione del diritto alla riservatezza o all'identità personale, dunque, il diritto all'oblio può ricondursi sotto l'egida delle fonti normative poste a tutela di queste situazioni soggettive, costituite – come è noto – dai già citati artt. 2, 3, 13, 14, 15 e 21 Cost.; dall'art. 10, comma 2, della CEDU; dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

2.3. È noto, peraltro che, con l'affermarsi della moderna concezione di privacy (intesa come interesse al controllo sulla circolazione delle informazioni personali), accanto ai diritti della personalità “classici” ha trovato consacrazione normativa il diritto alla protezione dei dati personali, formula sintetica che riassume in sé il complesso dei poteri riconosciuti all'interessato per l'accesso ed il controllo sulle informazioni che lo riguardano, in funzione della protezione di variegati interessi personalistici (primo fra tutti, l'identità personale, di cui il diritto all'oblio – come si è anticipato – rappresenta una specificazione).

La posizione soggettiva in discorso ha ricevuto pieno riconoscimento, quale diritto fondamentale dell'individuo, dall'art. 16 del TFUE e dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché, a livello interno, dall'art. 1 e 2, comma 1, del D.Lgs. n. 196 del 2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali), oggi abrogato dal GD.P.R. (che, a sua volta, all'art. 1, comma 2, menziona la tutela del diritto alla protezione dei dati personali come finalità precipua della disciplina eurounitaria).

2.4. A livello di diritto positivo, ed anteriormente alla introduzione, tramite il D.Lgs. n. 149 del 2022, dell'art. 64-ter disp.

att. cod. proc. pen., l'unica disposizione a fare esplicito riferimento al diritto all'oblio (sia pure tra parentesi, e nella sola rubrica) è stata l'art. 17 del GD.P.R., rubricato “‘Right to be erasure’ (‘right to be forgotten’)” che: i) ha stabilito, al primo paragrafo, che “l’interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l’obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi” legittimi indicati dalla norma stessa; ii) ha disciplinato, al secondo paragrafo, una tutela aggiuntiva, prevedendo che “il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali, è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell’interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali”, così configurando, come sostenuto in dottrina, una sorta di “diritto alla cancellazione a tappeto”; iii) ha individuato, al terzo paragrafo, un elenco di casi per i quali vi è una presunzione assoluta di prevalenza del trattamento del dato, definito necessario, rispetto al diritto all’oblio, che, quindi, non troverà applicazione per l’esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione; per l’adempimento di un obbligo giuridico che richieda il trattamento previsto dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l’esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell’articolo 9, paragrafo 2, lettere h) e i), e dell’articolo 9, paragrafo 3; a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all’articolo 89, paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di rendere

impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento; oppure, infine, per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.

La norma, dunque, non ha definito il diritto all'oblio (essendosi limitata, per lo più, a recepire gli insegnamenti della precedente sentenza GOOGLE-Spain, – su cui si tornerà in seguito – prevedendo, al primo paragrafo, un elenco di motivi legittimi per i quali l'interessato ha il diritto di chiedere al titolare del trattamento la “cancellazione dei dati che lo riguardano senza ingiustificato ritardo”, nel secondo, la cancellazione dei dati personali e, nell'ultimo, una lista di casi in cui il diritto ad essere dimenticati non trova applicazione), né ha fissato un criterio attraverso il quale valutare la perdita di attualità della notizia, e neppure ha differenziato la posizione dei diversi soggetti entrati nella disponibilità del dato personale (siti-sorgente, altri providers, motori di ricerca). Essa, peraltro, come pure sostenuto in dottrina, ha lasciato alla discrezionalità delle società privata (esempio GOOGLE, Microsoft, Yahoo) e, successivamente, al Garante oppure all'Autorità Giudiziaria, la valutazione della sussistenza dei requisiti di cui al primo paragrafo e l'assenza dei requisiti di cui all'ultimo. Va aggiunto che il diritto ivi previsto deve essere letto in un'accezione ampia e dinamica in relazione all'intera “Sezione 3” del Regolamento, rubricata “Rettifica e cancellazione” (cfr. agli artt. 16 e 18. Il primo disciplina il diritto di rettifica, per il quale l'interessato può chiedere la rettifica “dei dati personali inesatti che lo riguardano” ed ottenere l'integrazione dei dati incompleti. Il secondo fa riferimento al diritto alla limitazione del trattamento, prevedendo una serie di ipotesi nelle quali è possibile).

La cancellazione dei dati personali ha rappresentato, così, almeno inizialmente, l'unica forma di tutela del diritto all'oblio espressamente contemplata dal diritto positivo. Essa, però, si è

rivelata un rimedio insufficiente (o, comunque, non pienamente congruente) rispetto allo scopo avuto di mira dall'interessato, il quale ben avrebbe potuto ritenere più consono ai propri interessi un tipo di intervento meno radicale e più flessibile, volto, cioè, non già ad eliminare del tutto dal web una determinata “traccia di sé”, ma a “ricollocarla” in un più completo e aggiornato contesto. Inoltre, la richiesta rivolta all'originario titolare del trattamento poteva non essere idonea a far scomparire una determinata notizia dalla rete, nella misura in cui questa fosse stata “ripresa” da altri siti, o “indicizzata” da motori di ricerca, o conservata in archivi telematici. Per questo, è stato riconosciuto dalla giurisprudenza, in capo all'interessato, il diritto alla “deindicizzazione” dai motori di ricerca, o alla “anonimizzazione” del dato, o ancora alla sua esatta contestualizzazione attraverso un aggiornamento dello stesso. Pertanto il già menzionato art. 17 GD.P.R., pur non facendo espreso riferimento alla deindicizzazione, è stato interpretato nel senso che nella cancellazione del dato si deve includere anche la cancellazione dei link (cfr. le Linee guida 5/2019 sui criteri per l'esercizio del diritto all'oblio nel caso dei motori di ricerca). In definitiva, con la richiesta di deindicizzazione l'interessato richiede che scrivendo una keyword, in genere il suo nome e cognome, nel motore di ricerca non sia più visibile il link che lo collega ad un determinato evento.

È venuto emergendo, dunque, un sistema di tutele che non si arresta alla dimensione inibitorio-risarcitoria (secondo lo schema tradizionale, tipico dei diritti della personalità), ma assume una peculiare connotazione “ripristinatoria”, attuantesi attraverso non soltanto la rimozione tout court dei dati personali dal circuito informativo, ma anche la rettifica o aggiornamento degli stessi, in funzione “conformativa” rispetto al progressivo atteggiarsi dell'identità personale dell'individuo.

Se, allora, nello scenario tecnologico-digitale, dal diritto all'oblio in senso stretto si ascende alla prospettiva più ampia della tutela dell'identità dinamica del soggetto, ecco che il diritto alla cancellazione dei dati è venuto ad inscrivere in un più ampio insieme di prerogative, quali quelle messe a disposizione dell'interessato dagli articoli 16 (rettifica dei dati inesatti e integrazione di quelli incompleti), 18 (diritto alla "limitazione" del trattamento) e 21 (diritto di opposizione alla protrazione del trattamento) del G.D.P.R..

Strumenti di tutela, questi ultimi, che hanno costituito il "contraltare rimediabile" dei principi generali cui deve essere informato il trattamento dei dati personali, in particolare dei principi di "minimizzazione" (per cui gli stessi devono essere "adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati". Cfr. art. 5, comma 1, lett. c)), di "esattezza" (per cui devono essere "esatti e, se necessario, aggiornati", sicché "devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati". Cfr. art. 5, comma 1, lett. d)), e di "limitazione della conservazione" (per cui devono essere "conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati". Cfr. art. 5, comma 1, lett. e)).

Questa dimensione del fenomeno è venuta alla ribalta con la sentenza della Corte di Giustizia UE, 13 maggio 2014, C-131/12, GOOGLE Spain e GOOGLE, che riconobbe il diritto al cd. *delisting* con riferimento ad un link il quale, attraverso gli archivi on line di un quotidiano, consentiva di risalire ad un articolo che rievocava l'episodio di un'asta immobiliare conseguente ad un pignoramento subito dal soggetto per il mancato pagamento di debiti previdenziali. In quel caso, la Corte di Giustizia, dopo aver qualificato come

“trattamento di dati personali” l’attività propria dei motori di ricerca (con conseguente riconoscimento, in capo al relativo gestore, della qualità di “responsabile del trattamento”, destinatario della richiesta di “deindicizzazione” da parte dell’interessato), ritenne che le prerogative personali di cui agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea dovessero prevalere vuoi sugli interessi economici del motore di ricerca, vuoi sull’interesse del pubblico ad avere accesso a tale specifica informazione, nell’ambito di una ricerca condotta sul nome del suo protagonista.

Per quel che riguarda la giurisprudenza domestica, i casi trattati da questa Corte hanno riguardato notizie contenute in articoli pubblicati su testate giornalistiche on line (ovvero in archivi digitali accessibili dai siti di tali testate) o in registri pubblici disciplinati dalla legge.

Nel primo caso, l’attività di raccolta e trattamento dei dati personali è fondata sulla libertà di manifestazione del pensiero e di informazione (art. 85 GD.P.R.), il quale, nel caso degli archivi on line, viene declinato nel diritto alla conservazione e rievocazione delle notizie di pubblico interesse in funzione di documentazione storico-culturale (art. 89 GD.P.R.). Il criterio principe seguito dai giudici è quello del bilanciamento in concreto tra i diritti fondamentali dell’individuo (riconducibili alle disposizioni di cui agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, 16 TFUE, 8 CEDU; nonché, sul versante interno, agli artt. 2 Cost., 1 D.Lgs. n. 196/2003 e 1, comma 2, GD.P.R.) e l’interesse del titolare del trattamento, consacrato dalle previsioni di cui agli artt. 11 della Carta di Nizza; 10, comma 1, CEDU; 21 Cost. (si veda l’art. 7, lett. f) della dir. 95/46 CE, oltre che l’art. 10, comma 2, CEDU, e l’art. 17, par. 3, lett. a) GD.P.R.).

Il giudizio di bilanciamento muove dalla tendenziale prevalenza riconosciuta ai diritti dell’interessato (raccordati, per

l'appunto, intorno alla figura aggregante del diritto all'oblio), in misura direttamente proporzionale rispetto al tempo trascorso dall'originaria pubblicazione della notizia, sicché, per prevalere, l'interesse del titolare del trattamento deve mostrarsi tanto più pregnante, quanto più risalente nel tempo risulti l'originaria interferenza con i diritti personalistici dell'interessato.

Fattori rilevanti nel giudizio di bilanciamento sono pure il contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; l'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (che deve rispondere a scopi di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali, e non già a finalità meramente divulgative o economico-commerciali); l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica e, segnatamente, nella realtà economica o politica del Paese; l'impiego di modalità improntate alla verità, non eccedenti lo scopo informativo nell'interesse del pubblico, e scevre da insinuazioni o considerazioni personali, così da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione; la preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al grande pubblico.

Per quel che riguarda le notizie reperibili all'interno di archivi giornalistici, il rimedio prediletto, secondo la giurisprudenza di legittimità, è non già la cancellazione *tout court*, bensì l'aggiornamento/contestualizzazione della notizia, funzionale a dar conto dell'evoluzione dell'identità personale del soggetto interessato, rispetto ad una notizia originariamente vera (e legittimamente pubblicata), ma non più attuale. Ciò sulla base della valutazione di meritevolezza dell'interesse pubblico alla conoscenza "storico-documentaristica" delle notizie conservate nell'archivio (cfr. artt.

11 e 99 del previgente D.Lgs. n. 196/2003, oltre che gli artt. 21 e 33 Cost.), la cui cancellazione farebbe venir meno la sovrapposibilità tra archivio cartaceo e archivio informatico. In sintesi, a fronte della maggiore accessibilità tipica dell'archivio informatico rispetto a quello cartaceo, il punto di equilibrio tra la meritevolezza dell'interesse dell'editore e le prerogative individuali dell'interessato viene individuato nel costante aggiornamento delle notizie ivi conservate, escludendosi, dunque, la radicale cancellazione.

2.5. Tornando, a questo punto, alla disciplina prevista dall'art. 64-ter disp. att. cod. proc. pen., e fermo quanto si è già detto, disattendendosi il primo motivo, quanto alla legittimazione attiva a formulare le istanze in esso descritte, l'oggetto di queste ultime può essere l'inibitoria dell'indicizzazione di un provvedimento non ancora diffuso oppure un titolo che consenta di ottenere, ex post, la deindicizzazione di dati personali già oggetto di divulgazione.

L'inibitoria fuoriesce, invero, dal perimetro concettuale del diritto all'oblio, il quale presuppone – come si è visto – un'originaria pubblicazione che, nel caso dell'art. 64-ter in esame, si mira, invece, a scongiurare in radice.

Lo strumento di tutela offerto dalla deindicizzazione (secondo quanto si è visto sopra), invece, attua un oblio, per così dire, attenuato, dal momento che non preclude tout court la comunicazione/diffusione dei provvedimenti dell'Autorità giudiziaria, ma soltanto la più agevole reperibilità dei relativi contenuti (afferenti ai dati personali dell'ex indagato o imputato) nei siti sorgente, attraverso l'algoritmo su cui si basa il motore di ricerca.

L'oggetto della disposta deindicizzazione (o inibitoria all'indicizzazione) è indicato dal primo comma della norma in esame nei “dati personali riportati nella sentenza (di proscioglimento o di non luogo a procedere. Ndr) ovvero nel provvedimento (di archiviazione. Ndr)”.

Il suo secondo comma, nel riprodurre il testo dell'annotazione volta a precludere l'indicizzazione ("Ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, è preclusa l'indicizzazione del presente provvedimento rispetto a ricerche condotte sulla rete internet a partire dal nominativo dell'istante"), fa riferimento al "provvedimento". Nel parere sullo schema di decreto legislativo di attuazione della legge n. 134/2021, dell'1 settembre 2022, l'Autorità garante per la protezione dei dati personali aveva auspicato una riformulazione della norma che tenesse "conto del fatto che oggetto dell'indicizzazione è il contenuto in quanto tale e non il singolo dato", rimontando l'effetto lesivo per l'interessato – di per sé – all'associazione del suo nome al provvedimento di cui si discute, indipendentemente dalla circostanza che essa sia veicolata dalla divulgazione del provvedimento stesso ovvero emerga da altri testi (per così dire, di "secondo grado") all'interno del web (si pensi, ad esempio, agli articoli di cronaca giudiziaria). L'invito del Garante, però, non è stato accolto dal legislatore delegato.

Il comma 3, infine, relativamente alla deindicizzazione *ex post*, allude, invece, in maniera più rigorosa, ai "contenuti relativi al procedimento penale, rispetto a ricerche condotte a partire dal nominativo dell'istante".

2.6. Fermo tutto quanto precede, nell'odierna vicenda il Prof. Avv. A.A. si duole del fatto che, una volta ottenuto dal G.I.P. del Tribunale di Bari il decreto archiviazione del procedimento rubricato al n. 11039/2022 r.g.n.r. precedentemente instaurato nei suoi confronti, la società che gestisce l'omonimo motore di ricerca web GOOGLE, a seguito di reiterate richieste e diffide rivolte, aveva provveduto alla deindicizzazione solo di una parte degli articoli che lo riguardavano.

Entrato in vigore, il 30 gennaio 2022, l'art. 64-ter disp. att. cod. proc. pen., il Prof. Avv. A.A. si era avvalso, così, delle facoltà ivi

previste ed aveva ottenuto l'annotazione prevista dal comma 3 di detto articolo in calce al menzionato decreto. Formulata, quindi, una nuova richiesta a GOOGLE LLC volta ad ottenere la deindicizzazione dei restanti URL, il gestore non vi aveva aderito, adducendo un interesse pubblico alle notizie giornalistiche riportate. Esito negativo, infine, avevano avuto sia il reclamo promosso dall'odierno ricorrente al Garante per la Protezione dei Dati Personali, ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE n. 2016/679 (integrato in data 20 marzo 2023), sia il ricorso promosso avverso il provvedimento del medesimo Garante reiettivo di quel reclamo.

Orbene, la decisione della doglianza in esame postula l'interpretazione proprio del comma 3 dell'articolo suddetto: in particolare, si tratta di stabilire se, una volta apposta sul decreto di archiviazione il provvedimento di cui alla suddetta norma ("Il presente provvedimento costituisce titolo per ottenere, ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, un provvedimento di sottrazione dell'indicizzazione, da parte dei motori di ricerca generalisti, di contenuti relativi al procedimento penale, rispetto a ricerche condotte a partire dal nominativo dell'istante"), lo stesso, come oggi sostiene il A.A., impone automaticamente al gestore dei motori di ricerca di provvedere alla deindicizzazione, senza alcun bilanciamento ulteriore di interessi, oppure se, come sostenuto dai controricorrenti, persista la necessità di effettuare un tale bilanciamento tra il diritto dell'istante e l'interesse pubblico.

2.7. Ad avviso di questa Corte, deve considerarsi corretta quest'ultima opinione alla stregua delle considerazioni tutte di cui appresso.

Giova rimarcare che il comma 1 dell'art. 64-ter disp. att. cod. proc. pen., nell'attribuire alla "persona nei cui confronti sono stati pronunciati una sentenza di proscioglimento o di non luogo a

procedere ovvero un provvedimento di archiviazione” la facoltà di “richiedere che sia preclusa l’indicizzazione o che sia disposta la deindicizzazione, sulla rete internet, dei dati personali riportati nella sentenza o nel provvedimento”, aggiunge pure “ai sensi e nei limiti dell’articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016”.

Orbene, proprio quest’ultimo inciso (“ai sensi e nei limiti dell’articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016”) giustifica l’interpretazione del comma 3 del citato art. 64-ter come prospettata dai controricorrenti e sostanzialmente accolta dal Tribunale partenopeo, posto che la scelta di un rinvio mobile alla indicata disposizione del GD.P.R. ed a quanto in essa specificamente stabilito in tema di diritto all’oblio e di suo bilanciamento con altri interessi non può che comportare una presunzione solo relativa di fondatezza dell’istanza di deindicizzazione (rectius: della fondatezza della richiesta dell’interessato a che il gestore del motore di ricerca si uniformi all’annotazione di cui all’art. 64-ter, comma 3, predetto apposta su uno dei provvedimenti menzionati dal comma 1 della medesima norma), lasciando, così, un margine di discrezionalità al gestore del motore di ricerca per decidere sulla (rectius: aderire alla richiesta di) deindicizzazione. Pertanto, nel caso di mancato adempimento di quest’ultimo, l’interessato mantiene la facoltà di rivolgersi al Garante della Privacy, preservando così una possibilità di bilanciamento in concreto.

La norma, del resto, nemmeno presenta carattere realmente innovativo, dal momento che, secondo la giurisprudenza e la prassi costante del Garante, l’esito favorevole del procedimento penale già assurge a parametro rilevante da considerare ai fini della decisione dell’istanza di deindicizzazione.

Essa, poi, limita la tutela agli esiti positivi del procedimento penale (sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere ovvero un provvedimento di archiviazione), laddove, invece, il diritto all'oblio – almeno nella forma della deindicizzazione – è già riconosciuto anche all'interessato che, seppur condannato, beneficia della non menzione della sentenza di condanna (cfr. provvedimento del 21 luglio 2022 dello stesso Garante).

Inoltre, il right to be forgotten spetta anche alle persone condannate, che abbiano scontato la loro pena (cfr. Cass., SU, n. 19681 del 2019; Corte cost., sent. n. 23 del 2013), a condizione che sia trascorso un apprezzabile lasso di tempo dalla commissione del reato. Né può ragionevolmente negarsi il diritto all'oblio anche a coloro che, seppur mai formalmente indagati e/o imputati, sono stati comunque associati a soggetti coinvolti in un procedimento penale, così da divenire destinatari di un danno connesso al permanere, all'interno della rete internet, di notizie soggettivamente lesive, pur disancorate da qualsivoglia provvedimento liberatorio (proprio in quanto, come detto, mai ufficialmente interessati dal procedimento penale).

L'assenza di novità dell'annotazione di cui al comma 3 dell'art. 64-ter disp. att. cod. proc. pen., dunque, dimostra che detta norma è volta a rafforzare la tutela della presunzione di innocenza, sicché diviene fondamentale verificare in concreto la portata della presunzione del titolo di cui al suddetto comma 3 per ottenere, ex art. 17 GD.P.R., un provvedimento di sottrazione dell'indicizzazione. In tale ottica si è giustamente evidenziato come la deindicizzazione “rafforzata” si pone in linea con la sempre più avvertita limitazione della conservazione dei dati, che può eccedere il tempo necessario alla finalità per cui sono stati raccolti e trattati, e della tutela della presunzione di innocenza, che esce potenziata, anche sul versante informatico, secondo quanto già impone, in termini generali, il D.Lgs. n. 188 del 2021.

A tanto deve aggiungersi che il tenore “imperativo” (“è preclusa l’indicizzazione del presente provvedimento”) rinvenibile nel comma 2 dell’articolo di cui si discute, differente dalla forma “più ampia” del suo successivo comma 3 (“il presente provvedimento costituisce titolo per ottenere un provvedimento di sottrazione dall’indicizzazione”), induce a ritenere che, in realtà, solo con detta prima misura a carattere inibitorio sia stato interdetto anche al destinatario della misura qualsiasi potere valutativo.

La seconda, invero, contempla la più classica e “rodata” fattispecie di intervento successivo al trattamento dei dati, di tipo, dunque, “rimediale”. Essa consente, cioè, di chiedere la deindicizzazione dalle search engine dei risultati della ricerca “a partire dal nominativo dell’istante”, con il precipuo scopo di rendere più difficoltoso il reperimento di notizie precedentemente divulgate e legate al procedimento penale a carico dello stesso, conclusosi in modo a lui favorevole. In questo senso, la norma non fa altro che meglio dettagliare i criteri guida della legge delega n. 134 del 2021. Qui, dunque, tanto il riferimento all’art. 17 GD.P.R. quale parametro “ai sensi e nei limiti”, (il rinvio, cioè, ad una norma che non è solo attributiva del diritto alla cancellazione, ma fornisce anche concreti criteri per operare il bilanciamento con altre situazioni giuridicamente rilevanti, consentendo, in caso di riscontrata prevalenza di queste ultime, la postergazione dell’interesse alla deindicizzazione), quanto l’uso della forma “servile” (il poter costituire titolo per ottenere un provvedimento di sottrazione dell’indicizzazione), fanno ritenere, affatto ragionevolmente, che l’istituto lasci spazio a scelte discrezionali dei destinatari del “titolo”, in grado di bilanciare, nel concreto, gli interessi in gioco. In tal senso, del resto, si è parlato di presunzione di fondatezza dell’istanza come meramente relativa e non assoluta, atteso che l’apposizione dell’annotazione è atto dovuto da parte della cancelleria (infatti, non è il giudice a quo a pronunciarsi), ma non predetermina il risultato.

In definitiva, non si può che concordare con l'impostazione degli odierni controricorrenti, sostanzialmente fatta propria dal provvedimento del Tribunale partenopeo qui impugnato, dovendosi escludere che la normativa di nuovo conio abbia carattere realmente innovativo. L'annotazione della deindicizzazione prevista dall'art. 64-ter, comma 3, disp. att. cod. proc. pen. "ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016", apposta su uno dei provvedimenti ivi indicati, non determina una presunzione assoluta di fondatezza dell'istanza (rectius: della fondatezza della richiesta dell'interessato a che il gestore del motore di ricerca si uniformi all'annotazione di cui all'art. 64-ter, comma 3, predetto apposta su uno dei provvedimenti menzionati dal comma 1 della medesima norma), così da precludere al destinatario di quella misura qualsiasi potere valutativo.

Pertanto i medesimi soggetti che già prima si occupavano di vagliare le corrispondenti domande – ovverosia, ognuno con le proprie prerogative, il gestore del motore di ricerca oppure l'autorità amministrativa preposta o, infine, l'autorità giudiziaria – sono destinate ad operare nello stesso modo anche nel vigore del nuovo assetto prescrittivo, bilanciando nel concreto la tutela da apprestare al soggetto interessato all'oblio e i diritti all'informazione, di cronaca e connessi.

In altri termini, come sostenuto, affatto condivisibilmente, dal sostituto procuratore generale nella sua requisitoria scritta (cfr. pag. 3-4), "quando un dato viene inserito legittimamente nel web, esso legittimamente vi permane, fino a che le ragioni che ne hanno giustificato la pubblicazione restano attuali; solo quando quelle ragioni presentano un grado di obsolescenza tale che la finalità della raccolta viene meno, sarà possibile domandare l'oscuramento o il suo congelamento.". Se dunque questa è la "notizia interpretativa"

che può agevolmente ricavarsi dall'art. 17 lett. a), non può ritenersi che l'art. 64-ter c.p.p. non preveda alcuna forma di bilanciamento: anche quest'ultima norma, "richiamando i limiti desumibili dalla prima, impone la necessità che i dati non siano più attuali rispetto alle finalità della raccolta e dunque che il diritto all'oblio (anche quello conseguente all'archiviazione) venga bilanciato con l'accertamento della perduranza o meno delle ragioni che giustificarono la pubblicazione".

2.8. In quest'ottica, allora, del tutto correttamente il giudice di merito ha proceduto ad operare il bilanciamento tra il diritto all'oblio come invocato dal A.A. ed i parametri di cui all'art. 17, lett. a), del G.D.P.R. (richiamato dal rinvio integrale a detta disposizione rinvenibile nell'art. 64-ter citato), chiaramente facendo riferimento, tra questi ultimi, alla persistente attualità della notizia (stante il brevissimo tempo intercorso dalla conclusione della vicenda giudiziaria in cui era rimasto coinvolto l'odierno ricorrente) ed all'interesse pubblico alla conoscenza (trattandosi di un soggetto che, per l'attività esercitata, riveste un ruolo nella vita pubblica). Si è al cospetto, peraltro, di una valutazione chiaramente fattuale, sicché, nella misura in cui l'odierna doglianza è diretta a contestarla, la stessa deve considerarsi inammissibile, posto che il giudizio di legittimità non può essere surrettiziamente trasformato in un nuovo, non consentito, ulteriore grado di merito, nel quale ridiscutere gli esiti istruttori espressi nella decisione impugnata, non condivisi e, per ciò solo, censurati al fine di ottenerne la sostituzione con altri più consoni alle proprie aspettative (cfr. Cass. n. 21381 del 2006, nonché, tra le più recenti, Cass., SU, n. 34476 del 2019; Cass. nn. 1822, 2195, 3250, 5490, 9352, 13408, 5237, 21424, 30435, 35041 e 35870 del 2022; Cass. nn. 1015, 7993, 11299, 13787, 14595, 17578, 27522, 30878 e 35782 del 2023; Cass. nn. 4582, 4979, 5043, 6257, 9429, 10712, 16118, 19423 e 27328 del 2024; Cass. nn. 1166, 8671 e 20895 del 2025).

3. Il terzo motivo di ricorso, infine, reca una “Richiesta di rinvio pregiudiziale alla CGUE ex art. 267 del TFUE”. In particolare, muovendo dalla premessa che “La fattispecie è quanto mai chiara così come l’errore in cui è incorso il giudice di prime cure”, si chiede a questa Corte, laddove lo si ritenga necessario per l’ipotesi in cui si debba realmente porre il tema dei confini applicativi dell’art. 64-ter disp. att. cod. proc. pen. rispetto all’art. 17 del Regolamento, ed in particolare, del comma 1, lett. e), “di sottoporre alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la seguente questione pregiudiziale: ‘Se il ‘diritto all’oblio’, come sancito dalla (Corte) nella sentenza del 13 maggio 2014, (GOOGLE Spain e GOOGLE (C-131/12, EU:C:2014:317),) sulla base delle disposizioni di cui all’art. 5, comma 1, lett. b), c), d) ed e), artt. 16, 17, comma 3 lett. d), 82 e 89 GD.P.R. n. 679 del 2016, in osservanza degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, osti alla norma interna e cioè al disposto di cui all’articolo 64-ter disp. att. c.p.p.) che facoltizza la persona nei cui confronti sono stati pronunciati una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere ovvero un provvedimento di archiviazione a richiedere che sia preclusa l’indicizzazione o che sia disposta la deindicizzazione, sulla rete internet, dei dati personali riportati nella sentenza o nel provvedimento; in particolare, se tale disposizione nazionale sia compatibile con i principi generali del diritto dell’Unione europea; tenuto conto che l’art. 17 del regolamento UE 679/2016 al comma 1 lettera e) sancisce che: 1. L’interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l’obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se [...]: e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo giuridico previsto dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, ossia l’art. 64-ter citato”.

3. La richiesta di cui al riportato motivo non merita seguito.

Invero, la CGUE ha ripetutamente precisato che “la domanda di pronuncia pregiudiziale deve riguardare l’interpretazione o la validità del diritto dell’Unione, e non l’interpretazione delle norme del diritto nazionale” (cfr. par. 1, sub 8, delle Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale).

Le Sezioni Unite di questa Corte, poi, hanno già chiarito che il rinvio pregiudiziale della causa alla Corte di Giustizia, ai sensi dell’art. 267 TFUE del presuppone: che la questione interpretativa riguardi norme eurounitarie, che la stessa sia rilevante ai fini della decisione e che sussistano effettivi dubbi sulla interpretazione, essendo il rinvio inutile (o non obbligato) quando l’interpretazione della norma sia evidente o il senso della stessa sia già stato chiarito da precedenti pronunce della C.G.C.E. (cfr. sostanzialmente, in tal senso, Cass. nn. 12067 e 22103 del 2007; Cass. n. 15041 del 2017, a tenore della quale “Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea presuppone il dubbio interpretativo su una norma comunitaria, che non ricorre allorché l’interpretazione sia autoevidente oppure il senso della norma sia già stato chiarito da precedenti pronunce della Corte, non rilevando, peraltro, il profilo applicativo di fatto, che è rimesso al giudice nazionale a meno che non involga un’interpretazione generale ed astratta”; Cass. n. 36776 del 2022).

Nella specie, il quesito come formulato dal A.A. – per sua espressa ammissione – investe il “tema dei confini applicativi dell’art. 64 ter disp. att c.p.p. rispetto all’art. 17” del GD.P.R. (cfr. pag. 27 del ricorso), sicché si è al di fuori dell’interpretazione di tale norma di derivazione europea, la quale, peraltro, è stata ripetutamente oggetto di pronunce da parte della CGUE, nonché di linee guida da parte delle istituzioni europee (cfr. Linee Guida EDPB).

Lo stesso ricorrente, del resto, ha rimarcato che, fin dal 2014, la CGUE ha delineato i confini del cd. diritto all'oblio, successivamente codificato nell'articolo 17 GD.P.R., né le sue odierne considerazioni sulla funzione della nuova disposizione sul "delisting", basate su asseriti diversi orientamenti accolti a vari livelli istituzionali, sottendono una dubbia comprensione della portata applicativa del medesimo art. 17 GD.P.R..

Rispetto a tale norma, peraltro, proprio perché la sua applicazione richiede un attento bilanciamento tra diritti contrapposti, l'EDPB ha sviluppato delle linee guida atte a indicare quando l'interesse pubblico debba ritenersi prevalente rispetto al diritto dell'interessato ad ottenere la rimozione di un determinato risultato di ricerca.

Si è già detto, inoltre, disattendendosi il precedente, secondo motivo, che il Tribunale partenopeo ha proceduto ad operare il bilanciamento tra il diritto all'oblio come invocato dal A.A. ed i parametri di cui all'art. 17, lett. a), del GD.P.R., richiamato dal rinvio integrale a detta disposizione rinvenibile nell'art. 64-ter disp. att. cod. proc. pen., così chiaramente dimostrando di avere interpretato quest'ultimo in modo coerente alla disciplina euronunitaria.

4. In conclusione, dunque, l'odierno ricorso proposto dall'Avv. Prof. A.A., "in proprio e quale Presidente e legale rappresentante p.t. dell'Associazione Vittime delle Ingiustizie e degli Abusi B.B.'", deve essere respinto, contestualmente enunciandosi i seguenti principi di diritto:

In tema di protezione dei dati personali, l'annotazione della deindicizzazione prevista dall'art. 64-ter, commi 1 e 3, disp. att. cod. proc. pen. (introdotto dall'art. 41, comma 1, lett. h), del D.Lgs. n. 150/2022, a decorrere dal 30 dicembre 2022) "ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE)

2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016”, apposta su uno dei provvedimenti ivi indicati, non determina una presunzione assoluta di fondatezza dell’istanza così da precludere al destinatario di quella misura qualsiasi potere valutativo. Ne consegue che i medesimi soggetti che già anteriormente all’entrata in vigore di detta norma si occupavano di vagliare le corrispondenti domande – ovvero, ognuno con le proprie prerogative, il gestore del motore di ricerca oppure l’autorità amministrativa preposta o, infine, l’autorità giudiziaria – continuano ad operare nello stesso modo anche nel vigore del nuovo assetto prescrittivo, bilanciando, nel concreto, la tutela da apprestare al soggetto interessato all’oblio ed i diritti all’informazione, di cronaca e connessi.

In tema di protezione dei dati personali, anche a seguito della entrata in vigore (a decorrere del 30 dicembre 2022) della disciplina concernente la misura della deindicizzazione sancita dall’art. 64-ter, commi 1 e 3, disp. att. cod. proc. pen. (inserito dall’art. 41, comma 1, lett. h), del D.Lgs. n. 150/2022, a decorrere dal 30 dicembre 2022) “ai sensi e nei limiti dell’articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016”, un dato lecitamente inserito nel web legittimamente vi permane fino a quando le ragioni che ne hanno giustificato la pubblicazione siano venute meno in considerazione, tra l’altro, di un apprezzabile intervallo temporale da essa trascorso, all’esito del quale sarà possibile ottenere dal gestore del motore di ricerca oppure dall’autorità amministrativa preposta o, infine, dall’autorità giudiziaria, ricorrendone gli altri presupposti desumibili dell’articolo 17 del menzionato regolamento (UE) 2016/679, la deindicizzazione suddetta.

4.1. Le spese di questo giudizio di legittimità possono essere interamente compensate tra le parti, stante la novità della questione giuridica affrontata, altresì dandosi atto – in assenza di ogni discrezionalità al riguardo (cfr. Cass. n. 5955 del 2014; Cass., S.U., n. 24245 del 2015; Cass., S.U., n. 15279 del 2017) e giusta quanto precisato da Cass., SU, n. 4315 del 2020 – che, stante il tenore della

pronuncia adottata, sussistono, ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater del D.P.R. n. 115/02, i presupposti processuali per il versamento, da parte del medesimo ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13, se dovuto, mentre “spetterà all'amministrazione giudiziaria verificare la debenza in concreto del contributo, per la inesistenza di cause originarie o sopravvenute di esenzione dal suo pagamento”.

Va, disposta, infine, per l'ipotesi di diffusione del presente provvedimento, l'omissione delle generalità e degli altri dati identificativi a norma dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196/2003.

Omissis

IL COMMENTO

Angelo Maietta²

RIASSUNTO

La presente analisi esamina l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 34217/2025, che affronta la delicata questione dell'interpretazione dell'art. 64-ter delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, in materia di diritto all'oblio per gli indagati e imputati prosciolti o il cui procedimento è stato archiviato. La pronuncia offre un'importante occasione per ricostruire l'evoluzione del diritto all'oblio e per chiarire il rapporto tra la nuova normativa nazionale e

² Professore di Diritto Privato (*Universitas Mercatorum* di Roma), Diritto dei Media Digitali, Diritto dei Dati e dell'Informazione, Diritto dell'Energia e Diritto dello Sport. Professore di Diritto della Multimedialità (Università degli Studi di Salerno) e Diritto Processuale Civile (Università Giustino Fortunato di Benevento). Avvocato Specialista in Diritto dell'Informazione, della Comunicazione Digitale e della Protezione dei Dati Personali. Membro dal 2014 della prima Sezione del Collegio di Garanzia del Coni, con funzioni di Vice Presidente dal 2022. Consigliere Giuridico con delega alla Comunicazione Strategica del Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica.

la disciplina europea, in particolare l'art. 17 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR).

ABSTRACT

This analysis examines the Court of Cassation's Order No. 34217/2025, which addresses the delicate issue of the interpretation of Article 64-ter of the implementing provisions of the Code of Criminal Procedure, regarding the right to be forgotten for suspects and defendants who have been acquitted or whose proceedings have been dismissed. This ruling offers an important opportunity to reconstruct the evolution of the right to be forgotten and to clarify the relationship between the new national legislation and European legislation, in particular Article 17 of Regulation (EU) 2016/679 (GDPR).

SOMMARIO: 1 Il caso di specie. 2 La decisione della Corte di Cassazione. 3 Il diritto all'oblio e la deindicizzazione. 3.1 La deindicizzazione come strumento di tutela. 3.2 Il bilanciamento degli interessi: criteri giurisprudenziali. 4 La posizione della giurisprudenza e gli orientamenti del Garante. 5 Rilevi critici.

1 IL CASO DI SPECIE

La vicenda processuale trae origine dalla richiesta di deindicizzazione avanzata dal Prof. Avv. Fi.Fr. nei confronti di Google LLC. A seguito dell'archiviazione di un procedimento penale a suo carico disposta dal G.I.P. del Tribunale di Bari il 22 ottobre 2022, il ricorrente aveva ottenuto da Google una deindicizzazione solo parziale degli articoli di stampa che lo menzionavano.

Successivamente, con l'entrata in vigore dell'art. 64-ter disp. att. c.p.p. (introdotto dalla c.d. "Riforma Cartabia"), il 16 febbraio 2023 il Prof. Fi.Fr. otteneva l'annotazione prevista dal comma 3 di tale articolo in calce al provvedimento di archiviazione.

Questa annotazione, secondo la norma, “costituisce titolo per ottenere [...] un provvedimento di sottrazione dell’indicizzazione”.

Forte di questo titolo, egli formulava una nuova richiesta a Google per la deindicizzazione degli URL residui.

Google, tuttavia, respingeva la richiesta, sostenendo la persistenza di un interesse pubblico alla conoscenza delle notizie, data la loro esattezza e attualità, nonché il ruolo pubblico del ricorrente.

Il Prof. Fi.Fr. presentava quindi reclamo al Garante per la Protezione dei Dati Personali, il quale, con provvedimento del 28 settembre 2023, rigettava il reclamo. Il Garante riteneva che il richiamo dell’art. 64-ter all’art. 17 del GDPR facesse salve le eccezioni previste da quest’ultimo, tra cui la necessità di bilanciare il diritto alla cancellazione con la libertà di espressione e di informazione (De Martinis, 2024; Di Ciommo, 2019a, p. 351-393; Di Ciommo, 2014, p. 1.101 ss.; Stradella, 2016.).

Il ricorrente impugnava la decisione del Garante dinanzi al Tribunale di Napoli. Anche il Tribunale, con sentenza del 24 settembre 2024, respingeva il ricorso, aderendo alla tesi della necessità di un bilanciamento di interessi.

Il Giudice di merito sottolineava la prevalenza dell’interesse pubblico alla reperibilità delle notizie, considerata la loro attualità, l’aggiornamento con l’esito favorevole della vicenda giudiziaria e il ruolo pubblico del Prof. Fi.Fr. in qualità di avvocato e Direttore scientifico di un’università telematica. Il Tribunale specificava che l’art. 64-ter non ha introdotto un “diritto all’oblio di Stato”, ma si inquadra pienamente nel sistema dell’art. 17 GDPR.

Avverso tale sentenza, il Prof. Fi.Fr. proponeva ricorso per Cassazione, articolato in tre motivi.

2 LA DECISIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

La Corte Suprema, nel rigettare il ricorso, svolge un'approfondita disamina del diritto all'oblio (Bianca, 2019, p. 15; Soro, 1999, p. 3; Scaravilli; Sciarrino, 2023, p. 11 ss.) e della portata applicativa dell'art. 64-ter disp. att. c.p.p., giungendo a conclusioni di notevole rilevanza sistematica.

La Corte premette una dettagliata ricostruzione dell'istituto, distinguendo tra una prima fase “analogica” e una successiva fase “digitale” o “2.0”:

- l'oblio “analogico”: inizialmente, il diritto all'oblio era inteso come “l'interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di notizie in passato legittimamente divulgate”. Il fulcro era il fattore tempo: il trascorrere di un lasso cronologico significativo faceva venir meno l'attualità della notizia e, con essa, l'interesse pubblico alla sua diffusione, facendo prevalere il diritto individuale a essere “dimenticato”;
- l'oblio “digitale” (o 2.0): con l'avvento di Internet, il paradigma cambia radicalmente. Il problema non è più la ri-pubblicazione di una notizia, ma la sua persistente e indiscriminata accessibilità sul web. Il diritto all'oblio si trasforma in un'espressione del diritto all'autodeterminazione informativa, ovvero l'interesse del soggetto a controllare la circolazione dei propri dati personali. In questo contesto, il bilanciamento non avviene più solo con il diritto di cronaca, ma con qualsiasi attività di trattamento di dati personali.

La Corte ricorda come la giurisprudenza europea, con la fondamentale sentenza Google Spain (C-131/12)³, abbia qualificato l'attività dei motori di ricerca come "trattamento di dati personali" e riconosciuto il diritto alla deindicizzazione (o *delisting*) come strumento di tutela, facendo prevalere i diritti fondamentali della persona (artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) sugli interessi economici del gestore e, in quel caso, sull'interesse del pubblico.

Il diritto all'oblio ha trovato una sua codificazione nell'art. 17 del GDPR, rubricato "Diritto alla cancellazione ('diritto all'oblio')". La Cassazione sottolinea come questa norma, pur non definendo l'istituto, ne disciplini l'esercizio prevedendo:

1. una serie di motivi per cui l'interessato può chiedere la cancellazione dei dati (paragrafo 1);
2. un obbligo per il titolare che ha reso pubblici i dati di informare altri titolari della richiesta di cancellazione (paragrafo 2);
3. un elenco di eccezioni in cui il diritto alla cancellazione non si applica, tra cui spicca "*l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione*" (paragrafo 3) (Lener, 2021, p. 172-187; Di Ciommo, 2019b, p. 95-103; Poletti; Casarosa, 2019, p. 717-724).

Questo impianto normativo, secondo la Corte, non prevede un diritto assoluto, ma impone un necessario bilanciamento tra il diritto dell'interessato e altri interessi meritevoli di tutela.

³ Causa C-131/12, Google Spain SL, Google Inc., contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González. Vigliani Ferraro (2015, p. 159 e ss.); Miniussi (2015, p. 209 e ss.); Pizzetti (2014).

Il cuore della decisione risiede nell'interpretazione dell'art. 64-ter, introdotto per rafforzare la tutela della presunzione di innocenza anche sul piano digitale. La questione centrale è se l'annotazione ottenuta ai sensi del comma 3 determini un obbligo automatico di deindicizzazione o se lasci un margine di valutazione al gestore del motore di ricerca.

La Corte sposa la seconda interpretazione, sulla base di argomenti testuali e sistematici:

- il rinvio all'art. 17 GDPR: il comma 1 e il comma 3 dell'art. 64-ter contengono l'inciso cruciale: “ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679”. La Corte interpreta questo rinvio come un richiamo non solo al diritto alla cancellazione, ma all'intero meccanismo previsto dalla norma europea, comprese le eccezioni e la necessità di bilanciamento. L'annotazione della deindicizzazione prevista dall'art. 64-ter, comma 3, disp. att. c.p.p. “ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016”, apposta su uno dei provvedimenti ivi indicati, non determina una presunzione assoluta di fondatezza dell'istanza (*rectius*: della fondatezza della richiesta dell'interessato a che il gestore del motore di ricerca si uniformi all'annotazione [...]), così da precludere al destinatario di quella misura qualsiasi potere valutativo;
- la presunzione relativa: l'annotazione, quindi, non crea un diritto automatico, ma una presunzione solo relativa di fondatezza della richiesta. Spetta al gestore del motore di ricerca (e, in caso di contenzioso, al Garante e all'autorità giudiziaria) operare il bilanciamento in concreto, valutando la persistenza di un interesse pubblico alla notizia;

- differenza tra comma 2 e comma 3: la Corte evidenzia anche una differenza testuale tra le due misure previste dall'art. 64-ter. Il comma 2, relativo alla preclusione *ex ante* dell'indicizzazione, usa una formula imperativa (“è preclusa l'indicizzazione”), che suggerisce un divieto più stringente. Il comma 3, relativo alla deindicizzazione *ex post*, afferma che il provvedimento “costituisce titolo per ottenere”, una formula che implica l'esercizio di un diritto da far valere, non un effetto automatico;
- carattere non innovativo della norma: la Corte conclude che la norma non ha un carattere realmente innovativo, poiché l'esito favorevole del procedimento penale era già un parametro fondamentale considerato nella prassi del Garante e della giurisprudenza per la deindicizzazione. La sua funzione è quella di rafforzare la posizione dell'interessato, ma non di sovvertire il sistema di bilanciamento dei diritti fondamentali.

Sulla base di questa interpretazione, la Corte ha ritenuto corretto l'operato del Tribunale di Napoli, che aveva proceduto al bilanciamento degli interessi in gioco, ritenendo prevalente l'interesse pubblico alla notizia data la sua attualità, l'esattezza e il ruolo pubblico del ricorrente. Tale valutazione, essendo di fatto, è stata giudicata insindacabile in sede di legittimità.

In conclusione, la pronuncia consolida un'interpretazione dell'art. 64-ter disp. att. c.p.p. costituzionalmente e comunitariamente orientata, che inserisce la nuova tutela nel solco del consolidato sistema di bilanciamento tra diritti fondamentali, evitando automatismi che potrebbero sacrificare irragionevolmente la libertà di informazione.

3 IL DIRITTO ALL'OBLIO E LA DEINDICIZZAZIONE

Il diritto all'oblio (*right to be forgotten*) rappresenta una delle più complesse e dibattute espressioni del diritto alla protezione dei dati personali nell'era digitale (sul diritto all'oblio si vedano: Agnino, 2018, p. 104; Bonavita; Pardolesi, 2018, p. 149 ss.; Di Ciommo, 2017, p. 306 ss.; D'Antonio, 2013, p. 70 ss. Sia inoltre consentito il rinvio a Maietta, 2020, p. 207 ss.; Maietta, 2023, p. 195 ss.).

Esso si sostanzia nell'interesse di un individuo a non rimanere indefinitamente esposto a una rappresentazione della propria persona legata a fatti passati, che non sono più attuali né di interesse pubblico, con conseguente pregiudizio per la sua reputazione e identità personale⁴.

Questo diritto non mira a “cancellare il passato”, ma a “proteggere il presente”, consentendo all'individuo di recuperare il controllo sulla propria storia personale. Il diritto all'oblio ha radici giurisprudenziali, sviluppatasi inizialmente come un limite al diritto di cronaca. La giurisprudenza ha riconosciuto che la legittimità della diffusione di una notizia, anche se originariamente lecita, viene meno con il trascorrere del tempo, quando cessa l'attualità e l'utilità sociale della sua conoscenza.

La Corte di Cassazione lo ha definito come “il giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata

⁴ La Suprema Corte ha sostenuto che “il diritto di ogni persona all'oblio, strettamente collegato ai diritti alla riservatezza e all'identità personale, deve essere bilanciato con il diritto della collettività all'informazione, sicché, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 17 Regolamento (UE) 2016/679, qualora sia pubblicato sul 'web' un articolo di interesse generale ma lesivo dei diritti di un soggetto che non rivesta la qualità di personaggio pubblico, noto a livello nazionale, può essere disposta la 'deindicizzazione' dell'articolo dal motore ricerca, al fine di evitare che un accesso agevolato, e protratto nel tempo, ai dati personali di tale soggetto, tramite il semplice utilizzo di parole chiave, possa ledere il diritto di quest'ultimo a non vedersi reiteratamente attribuita una biografia telematica, diversa da quella reale e costituente oggetto di notizie ormai superate” (Cass. civ. sez. I, 31.5.2021, n. 15160).

pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata”. Con l’avvento di Internet e dei motori di ricerca, il concetto si è evoluto. La persistenza e la facile reperibilità delle informazioni online hanno trasformato il rapporto tra tempo e informazione da “puntuale” a “di durata”, creando un *continuum* temporale in cui una notizia rimane potenzialmente sempre all’attenzione del pubblico. In questo contesto, il diritto all’oblio si è declinato principalmente come diritto alla cancellazione o alla contestualizzazione dei dati.

La consacrazione normativa a livello europeo è avvenuta con l’articolo 17 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), intitolato “Diritto alla cancellazione (‘diritto all’oblio’)”.

Tale articolo stabilisce che l’interessato ha il diritto di ottenere la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo, qualora sussista uno dei seguenti motivi: a) i dati non sono più necessari rispetto alle finalità per cui sono stati raccolti; b) l’interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento; c) l’interessato si oppone al trattamento e non sussiste un motivo legittimo prevalente; d) i dati sono stati trattati illecitamente; e) i dati devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale; f) i dati sono stati raccolti nell’ambito dell’offerta di servizi della società dell’informazione a un minore.

Il GDPR rafforza questo diritto prevedendo, al paragrafo 2 dell’art. 17, che il titolare del trattamento che ha reso pubblici i dati personali debba adottare misure ragionevoli, anche tecniche, per informare gli altri titolari che trattano tali dati della richiesta di cancellazione di qualsiasi *link*, copia o riproduzione (c.d. “diritto all’oblio rafforzato”). Tuttavia, il diritto all’oblio non è assoluto. L’art. 17, paragrafo 3, elenca una serie di eccezioni, tra cui spicca la necessità del trattamento per “l’esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione”. Altre eccezioni riguardano

l'adempimento di obblighi legali, l'esecuzione di compiti di interesse pubblico, motivi di sanità pubblica, archiviazione nel pubblico interesse e l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.

3.1 LA DEINDICIZZAZIONE COME STRUMENTO DI TUTELA

Nel contesto *online*, il diritto all'oblio si esercita prevalentemente attraverso la richiesta di deindicizzazione (o *delisting*) rivolta ai gestori dei motori di ricerca (Martinelli, 2017, p. 567). L'indicizzazione è l'attività con cui un motore di ricerca inserisce dati e *link* nel proprio sistema, rendendoli reperibili agli utenti. La deindicizzazione, di conseguenza, consiste nella rimozione di un *link* dall'elenco dei risultati che appaiono a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona. È importante sottolineare che la deindicizzazione non comporta la cancellazione della notizia dalla fonte originale (ad esempio, l'archivio di una testata giornalistica), ma ne impedisce la facile reperibilità tramite il motore di ricerca.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), a partire dalla celebre sentenza Google Spain (C-131/12), ha stabilito che il gestore di un motore di ricerca è un "titolare del trattamento" dei dati personali e, come tale, è tenuto a sopprimere i *link* verso pagine *web* contenenti informazioni su una persona, anche se la pubblicazione originale era lecita, qualora tali informazioni risultino "inadeguate, non pertinenti o non più pertinenti ovvero eccessive" in rapporto al tempo trascorso (Bevilacqua, 2019; Balducci Romano, 2020; Iannotti Dalla Valle, 2020, p. 495-530).

3.2 IL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI: CRITERI GIURISPRUDENZIALI

L'accoglimento di una richiesta di deindicizzazione non è automatico, ma richiede un attento bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali dell'interessato (artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) e l'interesse del pubblico all'informazione (art. 11 della Carta). La giurisprudenza e le linee guida delle autorità di protezione dei dati (prima il Gruppo di Lavoro Articolo 29 e ora l'European Data Protection Board - EDPB) hanno enucleato una serie di criteri per guidare questo bilanciamento.

I principali criteri sono:

- il trascorrere del tempo: è l'elemento costitutivo principale. Una notizia, con il passare degli anni, perde la sua pertinenza e attualità;
- la natura delle informazioni e la gravità dei fatti: informazioni relative a reati gravi, specialmente di natura economica o associativa, possono giustificare un interesse pubblico persistente alla loro conoscibilità;
- il ruolo pubblico dell'interessato: una persona che ricopre o ha ricoperto un ruolo nella vita pubblica (es. politico, imprenditore, professionista in settori di rilievo) vede attenuata la propria pretesa all'oblio, in ragione dell'interesse preponderante del pubblico ad avere accesso alle informazioni che la riguardano;
- l'attualità della notizia e lo stato del procedimento giudiziario: se la vicenda giudiziaria è ancora in corso, l'interesse pubblico alla conoscenza dei fatti è considerato attuale e prevalente, rendendo difficile l'accoglimento della richiesta

di deindicizzazione. Al contrario, se la notizia si riferisce a una fase pregressa del procedimento e non riflette più la situazione attuale (es. assoluzione successiva), il gestore del motore di ricerca deve accogliere la richiesta o, quantomeno, aggiornare i risultati per riflettere la situazione giudiziaria attuale, dando priorità ai *link* più recenti;

- l'accuratezza delle informazioni: la presenza di dati inesatti o che restituiscono un'immagine distorta della persona può favorire la deindicizzazione;
- il pregiudizio per l'interessato: si valuta l'impatto sproporzionatamente negativo che la perdurante reperibilità della notizia ha sulla vita privata e professionale dell'individuo.

4 LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA E GLI ORIENTAMENTI DEL GARANTE

La giurisprudenza europea e nazionale continua a perfezionare l'applicazione di questi principi.

La Corte di Giustizia dell'UE, nella causa C-136/17 (GC e a. c. CNIL), ha chiarito che il divieto di trattare dati sensibili (come quelli relativi a condanne penali e reati) si applica anche ai gestori di motori di ricerca. Questi ultimi devono quindi operare un bilanciamento ancora più attento, verificando se l'inclusione di tali *link* sia "strettamente necessaria" per conciliare i diritti dell'interessato con la libertà di informazione.

In Italia, la Corte di Cassazione ha più volte ribadito la necessità di un bilanciamento caso per caso.

Con la sentenza a Sezioni Unite n. 19681/2019, ha sottolineato l'urgenza di individuare criteri univoci per l'applicazione del

diritto all'oblio⁵. Più di recente, con l'ordinanza n. 34658/2022, la Cassazione ha compiuto un passo significativo, affermando che le autorità italiane possono ordinare una deindicizzazione globale (*global delisting*), estesa anche alle versioni extra-UE del motore di ricerca. Tale decisione deve basarsi su un bilanciamento condotto secondo gli standard di protezione dell'ordinamento italiano, senza essere vincolata dalle normative di Paesi terzi (Iorio, 2020, p. 627; Morena, 2021, p. 123; Della Giustina; de Gioia Carabellese, 2021, p. 601; Morena, 2022, p. 715; Stella, 2022, p. 731).

Il Garante per la protezione dei dati personali applica costantemente questi principi nelle sue decisioni, facendo riferimento alle Linee Guida dell'EDPB (n. 5/2019). Dai provvedimenti più recenti emerge un orientamento consolidato:

- il Garante tende a respingere le istanze di deindicizzazione quando la vicenda giudiziaria è ancora in corso, i reati contestati sono gravi (es. riciclaggio, reati di stampo mafioso) e l'interessato riveste un ruolo pubblico o professionale che giustifica l'interesse della collettività a essere informata;
- viene invece accolta la richiesta quando i fatti sono molto risalenti nel tempo, di minima rilevanza, o quando la situazione processuale si è conclusa favorevolmente per l'interessato e la notizia non è stata aggiornata, creando così una “biografia telematica diversa da quella reale”;
- il Garante valuta attentamente se gli articoli online forniscono una “rappresentazione aderente alla realtà processuale”

⁵ Cass., SS.UU., 22 luglio 2019, n. 19681, con nota di Poletti; Casarosa (2019, p. 717 ss.) ove le sezioni unite confermano l'orientamento giurisprudenziale favorevole al riconoscimento del diritto all'oblio, come disciplinato dal Regolamento (UE) 2016/679, qualora ricorrano determinate circostanze; Cass. 27 marzo 2020 n. 7559, con nota di Pardolesi; Scarpellino (2020, p. 439 ss.), ove le sezioni unite tornano a pronunciarsi sul difficile bilanciamento tra il diritto all'oblio ed il diritto alla conoscenza dell'informazione.

o se, al contrario, causano una distorsione dell'immagine dell'interessato.

In conclusione, il diritto all'oblio, e la sua principale attuazione tramite la deindicizzazione, si configura come un diritto dinamico, la cui applicazione è il risultato di un complesso e delicato processo di ponderazione. Non si tratta di un diritto incondizionato a far scomparire le informazioni, ma di una garanzia fondamentale per tutelare l'identità e la dignità della persona nell'ecosistema digitale, bilanciando la memoria collettiva con il diritto di ogni individuo a evolversi e a non essere per sempre prigioniero del proprio passato.

5 RILIEVI CRITICI

L'ordinanza in commento, ben scritta ed articolata secondo criteri normativi molto aderenti al dato formale che peraltro aveva già avuto modo di affermare sia la giurisprudenza di merito che di legittimità unitamente ad un'attenta dottrina curvata sulle medesime posizioni apre, ad avviso di chi scrive, un *vulnus* molto importante in termini di diritti fondamentali ed anche in relazione ai pubblici poteri.

Invero, definire il diritto all'oblio o alla deindicizzazione un diritto mobile ovvero un diritto che deve temperare secondo lo schema del *case by case* interessi contrapposti che vedono da un lato la riservatezza e dall'altro l'interesse pubblico alla conoscenza, *rectius* al permanere della conoscenza o conoscibilità che dir si voglia, trascura un dato significativo e cioè che, già strutturalmente, la rete non dimentica nulla di ciò che viene caricato ma per di più ancorare una cancellazione a profili di connesso interesse pubblico anche laddove un soggetto sia stato "riabilitato" da una pronuncia

di assoluzione o proscioglimento o archiviazione, azzerata di fatto il diritto a riappropriarsi della sua vita (Cassano, 1998, p. 90; Mezzanotte, 2009; Zanichelli, 2016, p. 19).

La cronaca, specie quella giudiziaria o scandalistica, ha dato buona prova di sé nel dimostrare come le persone possono essere distrutte per provvedimenti sbagliati o abnormi (si ricordi su tutti il caso di Enzo Tortora, passato come il peggiore delinquente sotto le luci dei *flash* e sui giornali di ogni tipo, per poi essere totalmente riconosciuto estraneo ai fatti); orbene, il ruolo pubblico di Tortora (ma se ne potrebbero citare tanti altri) nella chiave ricostruttiva della ordinanza in commento e alla luce delle posizioni analizzate innanzi, avrebbe sicuramente giustificato la permanenza sul *web* delle informazioni che lo riguardavano ma quanto è labile il confine tra notizia utile e pettegolezzo? Quanto è precario l'equilibrio tra dimenticare e ricordare il sensazionalismo? Il male fa sempre notizia e riempie gli organi di stampa ed il *web* in un rapporto che dovrebbe essere simmetrico rispetto all'azzeramento del male (ma tale non è) perchè mentre l'interesse pubblico alla notizia sensazionale viene sempre posto a presidio della collettività non altrettanto accade per la notizia che ripristina lo stato anteriore del fatto contestato, commesso e poi deciso in favore dell'interessato da un'autorità giudiziaria.

A mio avviso la riforma Cartabia (sicuramente criticabile per molti aspetti) aveva ed ha esattamente voluto codificare un principio di riequilibrio di un diritto vilipeso senza la possibilità di sindacato ulteriore e successivo ad una pronunzia assolutoria. Diversamente opinando si finirebbe per svuotare di sostanza un pubblico potere (la Magistratura) a vantaggio di un non meglio interesse pubblico al permanere di una "notizia" che tale non è più.

Il problema si pone in maniera ancora più critica laddove il sindacato sul se l'interesse del singolo meriti o meno maggiore

considerazione rispetto al pubblico, è demandato al motore di ricerca, cioè un soggetto privato che utilizza la notizia da volano per le inserzioni pubblicitarie che ne determinano i profitti a discapito del diritto fondamentale del singolo ad essere dimenticato in forza di una decisione di un' autorità pubblica. Una asimmetria giuridica prima che istituzionale non accettabile nel sistema delle fonti.

Ed allora *quid iuris*? La valutazione casistica sul bilanciamento degli interessi contrapposti, a parere di chi scrive, non convince e non è esatta. La giurisprudenza ha spesso avuto il merito di essere un fomante risolutivo in prospettive *de iure condendo* ma in questo caso, l'adesione incondizionata al dato letterale dell'art. 64-ter, comma 3, disp. att. cod. proc. pen. che rimanda all'art. 17 del GDPR non può essere condiviso perchè quest'ultima norma prevede considerazioni *ex ante* e non *ex post* come nel caso di una pronuncia giudiziaria resa e definitiva.

D'altra parte sfugge comprendere quale possa essere il diritto a conoscere un fatto che è stato giudicato come non integrante fattispecie di reato. Non può non considerarsi l'elemento del diritto della persona che, pur essendo stato giudicato innocente, deve essere "riesaminato" dal tribunale dei *social network* secondo canoni di colpevolezza che ne legittimano la permanenza della notizia sul *web*. E tanto sempre a voler tacere che anche la eventuale deindicizzazione di per sè non ripristinerebbe il diritto fondamentale dell'individuo alla propria protezione del dato personale che comunque sarebbe conservato nel *deep web* di cui poco si discute e, nelle rare occasioni, anche in maniera superficiale.

Apertis verbis, il giurista non può non lanciare un grido d'allarme di fronte ad una giurisprudenza come quella in commento che, si ripete, essere pregevole per ricostruzione sistematica e chiarezza espositiva ma che è carente nello sforzo interpretativo

evolutivo e non orientato alla centralità della persona e della sua tutela individuale come volute dalla Carta Costituzionale.

Il diritto all'oblio per essere uno strumento efficace di ripristino della violazione del dato personale dell'individuo inteso in senso ampio come quell'insieme di elementi relazionali che lo pongono in un contesto sociale globale, non può essere considerato un diritto mobile (concetto che già stride col principio di certezza del diritto) perchè finirebbe per essere ostaggio di una arbitraria valutazione che sotto le mentite spoglie dell'interesse pubblico al permanere della conoscenza storica, persegue l'utilità pratica dei gestori del *web* all'uso del dato personale in funzione di spinta economica delle pagine consultate. A nessuno sfugge, infatti, che il parametro dell'interesse pubblico alla notizia è valutato dai motori di ricerca (a cui il pubblico potere ha lasciato la funzione di controllo di meritevolezza delle istanze di cancellazione) a colpi di "point e click", cioè in base a curiosità delle masse a conoscere le vite di determinate persone che ricoprono ruoli esposti in ambienti istituzionali, universitari, del cinema, dello spettacolo o più in generale della vita pubblica o a *contatto pubblico* (corsivo dell'A.).

La giurisprudenza straniera (sia consentito il rinvio a Maietta, 2025, p. 683 ss.) nel giudicare una controversia risarcitoria in materia di perdita di controllo del dato ha ben evidenziato, per la prima volta il concetto, ai fini risarcitori, della valutazione della utilità pratica avuta dell'impresa rispetto ad un dato trattato in violazione del GDPR. Questo precedente, seppur reso in un contesto risarcitorio, fa emergere per la prima volta un parametro di valutazione della condotta a fini risarcitori di tipo bilaterale ovvero non soltanto il danno ricevuto dalla vittima per la illecita condotta ma anche il valore economico dei dati per il titolare del trattamento (il motore di ricerca).

Se una simile prospettiva viene attenzionata dalla (al momento) isolata giurisprudenza tedesca, evidentemente è perchè

L'uso delle notizie, *ergo* dei dati contenuti in esse, è fonte di profitto per le piattaforme le quali hanno, pertanto, un interesse molto forte alla conservazione della notizia che attrae l'utente digitale onde poter usare quella pagina come veicolo di inserzioni e messaggi pubblicitari costosamente collocati in proporzione alle misurazioni di accesso mediante *click*. Ed allora come può tributarsi imparzialità di giudizio ad un motore di ricerca che è chiamato a valutare la fondatezza della richiesta di cancellazione dei dati da parte dell'interessato? Qual è la base trasparente di giudizio? A queste domande nessun interprete né legislatore ha ancora saputo dare risposta.

In conclusione, ad avviso di chi scrive, il diritto all'oblio o al *delisting* o alla cancellazione deve essere ripensato in una chiave protettiva della sfera privata del soggetto a prescindere dall'interesse pubblico della notizia che, a parere dello scrivente, nel *web* diventa becero pettegolezzo tendente all'*hate speech* laddove vi sia stata una pronuncia giurisdizionale o una rettifica o comunque una sanatoria dei fatti storici che hanno colpito un soggetto, senza alcun potere di sindacato da parte dei motori di ricerca a cui spetta unicamente il compito di eseguire ciò che il pubblico potere ha statuito.

Su tali basi, l'ordinanza in commento non merita condivisione laddove fornisce una lettura del diritto in parola definito "mobile" perchè questo comporta una deriva interpretativa che demolisce la certezza del diritto e la continua valutazione di circostanze già scrutinate e decise.

RIFERIMENTI

AGNINO, Francesco. Il diritto all'oblio e diritto all'informazione: quali condizioni per il dialogo? In: **Rivista Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, fascicolo 2, 2018.

BALDUCCI ROMANO, Fabio. La Corte di Giustizia 'resetta' il diritto all'oblio. In: **Federalismi.it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato**, Roma, Ed. Federalismi, fascicolo 3, 2020.

BIANCA, Mirzia Rosa. Memoria ed oblio: due reali antagonisti? In: **Medialaws. Rivista di Diritto dei Media**, Milano, Ed. MediaLaws, n. 2, p. 23–36, 2019.

BEVILACQUA, Giorgia. La dimensione territoriale dell'oblio in uno spazio globale e universal. In: **Federalismi.it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato**, Roma, Ed. Federalismi, fascicolo 23, 2019.

BONAVITA, Simone; PARDOLESI, Roberto. La Corte Edu contro il diritto all'oblio? (nota a C. eur. dir. umani 19 ottobre 2017, ricorso n. 71233/13, Fuchsmann c. Germania). In: **Rivista Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, fascicolo 2, 2018.

CASSANO, Giuseppe. Il diritto all'oblio esiste: è il diritto alla riservatezza. In: **Diritto di Famiglia e delle Persone**, Milano, Ed. Giuffrè, 1998.

D'ANTONIO, Virgilio. Oblio e cancellazione dei dati nel diritto europeo. In: SICA, Salvatore; D'ANTONIO, Virgilio; RICCIO, Giovanni Maria (a cura di). **La nuova disciplina europea della privacy**. Milano: Cedam, 2016.

DELLA GIUSTINA, Camilla; DE GIOIA CARABELLESE, Pierre. L'effettività del diritto alla protezione dei dati personali (diritto all'oblio) nel mondo digitale. In: **Diritti di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, 2021.

DE MARTINIS, Paolo. Oblio, internet e tutele: l'inibitoria. In:

Quaderni de Il foro napoletano. Napoli: ESI, 2024. *Collezione Quaderni, 50.*

DI CIOMMO, Francesco. Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio. In: CUFFARO, Vincenzo; D'ORAZIO, Roberto; RICCIUTO, Vincenzo (a cura di). **I dati personali nel diritto europeo: il regolamento generale 2016/479 (e le direttive sul trattamento dei dati in ambito penalistico).** Torino: Giappichelli, 2019a. p. 351-393.

DI CIOMMO, Francesco. Il diritto all'oblio (oblito) nel regolamento Ue 2016/679 sul trattamento dei dati personali. **Il Foro Italiano**, Milão, Ed. Il Foro Italiano, p. 306 ss., 2017.

DI CIOMMO, Francesco. Le sezioni unite chiamate a fare chiarezza su quando il diritto di cronaca prevale sul diritto all'oblio: Corte di Cassazione; sezione III civile: ordinanza 5 novembre 2018, n. 28048. In: **Diritti di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, p. 95-103, 2019b.

DI CIOMMO, Francesco. Quello che il diritto non dice: internet e oblio. In: **Rivista Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, p. 1101 ss., 2014.

IANNOTTI DALLA VALLE, Aldo. Il diritto all'oblio "preso meno sul serio" alla luce della sentenza Google/CNIL della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In: **Rivista AIC**, Roma, Ed. Associazione Italiana dei Costituzionalisti, p. 495-530, 2020.

IORIO, Carmen. Diritto all'oblio e deindicizzazione: fondamenti giuridici e risarcibilità del danno, Corte d'appello di Milano; sezione II civile; 15 maggio 2020, n. 1106 627. In: **Diritti di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, 2020.

LENER, Sofia Maria. Il bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca e la scansione per Fallgruppen. In: **Jus Civile**, Torino, Ed. Giappichelli, p. 172-187, 2021.

MAIETTA, Angelo. Il danno da perdita di controllo del dato personale: una nuova frontiera della protezione dei dati personali, Tribunale di Lipsia; sezione civile; sentenza 29 Luglio 2025. In: **Diritti di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, 2025.

MAIETTA, Angelo. Legalità e diritto all'oblio: l'equilibrio instabile dei "nuovi" diritti. In: ACOCELLA, Giuseppe (a cura di). **Materiali per una cultura della legalità**. Torino: Giappichelli, 2023.

MAIETTA, Angelo. The right to be forgotten. In: **Rechtd. Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v.12, n. 2, p. 207-226, 2020.

MARTINELLI, Silvia. Diritto all'oblio e motori di ricerca: il bilanciamento tra memoria e oblio in Internet e le problematiche poste dalla de-indicizzazione. In: **Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica**, Milano, Ed. Giuffrè, 2017.

MEZZANOTTE, Massimiliano. **Il diritto all'oblio**: contributo allo studio della privacy storica. Napoli: ESI, 2009.

MINIUSSI, Davide. Il "diritto all'oblio": i paradossi del caso Google Spain. In: **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 1, p. 209-234, 2015.

MORENA, Antonfabio. Diritto all'oblio e cancellazione dei dati: i limiti del diritto di deindicizzazione. In: **Diritti di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, 2022.

MORENA, Antonfabio. La deindicizzazione: il bilanciamento tra il diritto all'oblio e il diritto di cronaca Tribunale di Milano; sezione I civile; sentenza 14 aprile 2020, n. 1416 123. In: **Diritti di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, 2021.

PARDOLESI, Roberto; SCARPELLINO, Camilla. Sulle stratificazioni del diritto all'oblio: quando sì e come. In: **Diritti di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, p. 439 ss., 2020.

PIZZETTI, Franco. **Il caso del diritto all'oblio**. Torino: Giappichelli, 2013.

PIZZETTI, Franco. La decisione della Corte di Giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni. In: **Federalismi. it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato**, Roma, Ed. Federalismi, 10-6-2014.

POLETTI, Dionara; CASAROSA, F. Il diritto all'oblio (anzi i diritti all'oblio) secondo le Sezioni Unite: Corte di Cassazione: sezioni Unite Civili: sentenza 22 luglio 2019, n. 19681. In: **Diritti di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, p. 717-724, 2019.

SCARAVILLI, Antonia Maria; SCIARRINO, Vera. Identità, memoria, oblio: verso un diritto della convergenza. In: RIZZUTO, Francesca; VACCARO, Salvo (a cura di). **Il giornalismo nell'era della disinformazione**. Milano-Udine: Mimesis, 2023.

SORO, Antonello. Oblio, identità, memoria. In: **Diritti di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, 1999.

STELLA, Marcello. Deindicizzazione: non è omessa la motivazione che rinvia agli url contenuti negli atti di parte. In: **Diritti di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, 2022.

STRADELLA, Elettra. Cancellazione e oblio: come la rimozione del passato, in bilico tra tutela dell'identità personale e protezione dei dati, si impone anche nella rete, quali anticorpi si possono sviluppare e, infine, cui prodest? In: **Rivista AIC**, Roma, Ed. Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2016.

VIGLIANISI FERRARO, Angelo. La sentenza Google Spain e il diritto all'oblio nello spazio giuridico europeo. **Contratto e Impresa/Europa**, Padova, Ed. Cedam, p. 44-74, 2015.

ZANICHELLI, Maria. Il diritto all'oblio tra privacy e identità digitale. In: **Informatica e Diritto**, Napoli, Ed. ESI, v. XXV, n. 1, p. 9-28, 2016.

Recebido em: 10-3-2026

Aprovado em: 16-4-2026

ANULAÇÃO DE SENTENÇA DE TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO: ANÁLISE DA SUBALÍNEA VII) DA ALÍNEA A) DO N.º 3 DO ARTIGO 46.º DA LAV: BREVES CONSIDERAÇÕES^{1e2}

Carlos Filipe Fernandes de Andrade Costa³

SUMÁRIO. 1 Considerações Introdutórias. A “arbitragem necessária” de conflitos de consumo. 2 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28-1-2021. 3 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14-11-2022. 4 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21-1-2020. Referências.

¹ **Como citar este artigo científico.** COSTA, Carlos Filipe Fernandes de Andrade. Anulação de sentença de tribunal arbitral de consumo: análise da subalínea VII) da alínea A) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV: breves considerações. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 87-115, jan.-abr. 2026.

² A Revista Amagis Jurídica agradece ao Instituto Português de Processo Civil (IPPC), do Senhor Professor Doutor Miguel Teixeira de Sousa (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), acessível em <<https://blogippc.blogspot.com/2026/02/anulacao-de-sentenca-de-tribunal.html>>, parceiro português, pela cessão do presente artigo científico para publicação no Brasil.

³ Doutorando em Direito, Ramo Ciências Jurídico-Processuais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Juiz-Árbitro de conflitos de consumo. Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Administrativas) pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. *E-mail*: carlosfilipecosta1991@gmail.com. *Orcid*: <https://orcid.org/0009-0009-5847-5264>.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. A “ARBITRAGEM NECESSÁRIA” DE CONFLITOS DE CONSUMO

No domínio da Resolução Alternativa de Litígios (RAL) de consumo, o crepúsculo do ano de 2025 e o dealbar do ano de 2026 ficaram marcados pela adoção, ao nível da União Europeia, da Diretiva (UE) 2025/2647 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2025, que alterou a Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013 (Diretiva RAL)⁴, e pela entrada em vigor, entre nós, do novo Regulamento Harmonizado dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Competência Genérica⁵, respetivamente.

⁴ Assim como a Diretiva (UE) 2015/2302 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015, relativa às viagens organizadas e aos serviços de viagem conexos, a Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019, destinada a assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores (Diretiva *Omnibus*) e a Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2020, relativa a ações coletivas para proteção dos interesses coletivos dos consumidores. Esta Diretiva (UE) 2025/2647 surge na sequência da descontinuação da plataforma europeia de resolução de litígios em linha (*plataforma RLL*), concretizada por via do Regulamento (UE) 2024/3228 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de dezembro de 2024, e deve ser transposta para as ordens jurídicas nacionais até 20 de março de 2028, com vista à aplicação das disposições de transposição a partir de 20 de setembro de 2028 [artigo 5.º, n.º 1 da Diretiva (UE) 2025/2647]. Entre nós, o cumprimento do imperativo europeu de transposição consistirá, expectavelmente, na introdução das necessárias alterações à Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, que estabelece os princípios e as regras a que deve obedecer o funcionamento das entidades de resolução alternativa de litígios de consumo e o enquadramento jurídico das entidades de resolução extrajudicial de litígios de consumo em Portugal que funcionam em rede (doravante, “Lei RAL”).

⁵ Elaborado pela Direção-Geral do Consumidor e pela Direção-Geral da Política de Justiça e adotado por todos os centros de arbitragem de conflitos de consumo (doravante, “centros de arbitragem” ou “centros”) de competência genérica (à exceção do CACCRAM – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira) autorizados pelo Ministério da Justiça para prosseguir as atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem destes litígios, nomeadamente o CIAB – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo – Tribunal Arbitral de Consumo, o TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, o CICAP – Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto, o CACRC – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região de Coimbra, o CACCL – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa, o CIMAAL – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Algarve, o CIMARA – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem da Região dos Açores e o CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo. O novo

Com o recente instrumento de Direito derivado da União, uma das principais novidades introduzidas na disciplina europeia da RAL de consumo – artigo 5.º, n.ºs 8 e 9 da Diretiva RAL – consistiu na imposição aos *comerciantes*⁶ de uma *obrigação de resposta*, num prazo-regra não superior a 20 dias úteis⁷, aos pedidos de informação apresentados pelas entidades de RAL⁸, destinados a obter daqueles declaração de aceitação de participação no procedimento de RAL⁹ proposto para facilitar a obtenção de solução autocompositiva ou resolução por meio de decisão heterocompositiva de cada concreto litígio emergente de contratos concluídos com *consumidores*¹⁰⁻¹¹.

Se, por um lado, esta nova obrigação não tem a virtualidade de tornar obrigatória a participação dos comerciantes nos procedimentos

Regulamento Harmonizado dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Competência Genérica (doravante, “Regulamento” ou “RH”), a que se refere o artigo 4.º, n.º 3 da Lei RAL, encontra-se acessível *online* nos sítios eletrónicos de todos os centros de arbitragem, nomeadamente em <<https://www.centroarbitragemlisboa.pt/files/Novo.Regulamento.Harmonizado.pdf>>.

⁶ Por “comerciante” entende-se “uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, quando atue, nomeadamente por intermédio de outra pessoa que atue em seu nome ou por sua conta, com fins que se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional” [artigo 4.º, n.º 1, alínea b) da Diretiva RAL].

⁷ Tratando-se de “litígios complexos” ou verificando-se “circunstâncias excecionais”, a entidade de RAL competente pode prorrogar esse prazo, que, em todo o caso, não pode exceder 30 dias úteis (artigo 5.º, n.º 9, primeiro parágrafo, terceiro período da Diretiva RAL).

⁸ “Entidade de RAL” é aquela que, “independentemente da sua designação ou referência”, se encontre “estabelecida com carácter duradouro”, “faculte a resolução de litígios através de procedimentos de RAL” e conste da lista de entidades elaborada pela autoridade competente do Estado-Membro [artigos 4.º, n.º 1, alínea h) e 20.º, n.º 2 da Diretiva RAL].

⁹ Entre nós, constituem procedimentos de RAL a mediação, a conciliação e a arbitragem [artigo 3.º, alínea j) da Lei RAL].

¹⁰ Por “consumidor” entende-se “uma pessoa singular quando atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional” [artigo 4.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva RAL].

¹¹ Sem prejuízo de as consequências da falta de resposta deverem ser estabelecidas na legislação nacional de cada Estado-Membro, caso o comerciante não responda no prazo fixado para o efeito, a entidade de RAL pode presumir que aquele se recusou a participar no procedimento de RAL e, por essa via, determinar o seu encerramento, facto do qual o consumidor deve ser informado (artigo 5.º, n.º 9, segundo parágrafo da Diretiva RAL).

de RAL¹², por outro lado, não se aplica nos casos em que os resultados da RAL puderem ser alcançados sem o consentimento do comerciante para participar no procedimento proposto ou se o profissional já se tiver comprometido contratualmente a recorrer a entidades de RAL para resolver litígios com os consumidores ou, ainda, com especial interesse para este estudo, se a participação do comerciante no procedimento de RAL for obrigatória à luz da legislação nacional do Estado-Membro onde o procedimento correrá os seus termos (artigo 5.º, n.º 9, terceiro parágrafo, alíneas a) a c) da Diretiva RAL).

Com efeito, de acordo com a legislação sectorial que, entre nós, disciplina as relações de consumo, depois de um primeiro período, de mais de duas décadas, em que a participação dos profissionais nos procedimentos de RAL se encontrou na exclusiva dependência da sua vontade¹³, a jurisdição dos tribunais arbitrais de consumo

¹² De acordo com o artigo 1.º, segundo período da Diretiva RAL, “a presente diretiva aplica-se sem prejuízo da legislação nacional que obriga à participação nesses procedimentos, desde que tal legislação não impeça as partes de exercer o seu direito de acesso ao sistema judicial”. Ora, conforme se dá nota no considerando (15) da Diretiva (UE) 2025/2647, “vários Estados-Membros já adotaram medidas nacionais que preveem a participação obrigatória dos comerciantes nos procedimentos de RAL em alguns setores específicos da economia. Em setores específicos, a participação obrigatória gerou benefícios tanto para os consumidores como para os comerciantes. Contribuiu para aumentar a confiança dos comerciantes nos regimes de RAL, o que faz aumentar a probabilidade de cumprirem as decisões em matéria de RAL. A participação obrigatória também gera benefícios tangíveis para os consumidores, uma vez que torna mais fácil, mais rápida e menos dispendiosa a resolução de litígios com os comerciantes, aumentando assim a confiança dos consumidores nos procedimentos de RAL”.

¹³ Valendo, em relação ao procedimento de RAL de mediação, o princípio da voluntariedade previsto no artigo 4.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (Lei de Mediação, doravante “LM”), subsidiariamente aplicável aos *processos de reclamação* que correm termos nos centros de arbitragem de conflitos de consumo de competência genérica “em tudo o que não colida com as características da mediação de consumo” (artigo 27.º, n.º 2 do RH), e constituindo, até aí, pressuposto basilar e inultrapassável do procedimento de RAL de arbitragem, a existência de convenção de arbitragem celebrada entre consumidor e profissional, na modalidade de *cláusula compromissória* ou de *compromisso arbitral*, por via da qual aqueles sujeitos, no exercício e dentro dos limites da sua liberdade contratual, tivessem submetido, por acordo de vontades, o litígio de consumo à decisão do tribunal arbitral [cf. artigo 1.º, n.ºs 1 e 3 da Lei da Arbitragem Voluntária – LAV, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, também ela subsidiariamente aplicável *ex vi* artigo 27.º, n.º 2 do RH].

dos centros de arbitragem institucionalizada passou a assentar, na esmagadora maioria dos casos, na “arbitragem necessária” prevista na Lei dos Serviços Públicos Essenciais¹⁴ desde o ano de 2011¹⁵, e, sobretudo, na Lei de Defesa do Consumidor¹⁶, desde o ano de 2019¹⁷.

Mais concretamente, com a publicação da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, foi alterado o artigo 14.º da Lei da Defesa do Consumidor, nomeadamente os n.ºs 2 e 3 daquele artigo e diploma legal, neles se determinando, desde então, que os conflitos de consumo de “reduzido valor económico” (i.e., cujo valor não exceda a alçada dos tribunais de 1.ª instância¹⁸) estão sujeitos a “arbitragem necessária” quando, por opção expressa dos consumidores, sejam

¹⁴ Lei n.º 23/96, de 26 de julho, sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 51/2019, de 29 de julho (doravante, “Lei dos Serviços Públicos Essenciais” ou “LSPE”).

¹⁵ Por força da Lei n.º 6/2011, de 10 de março, que procedeu à terceira alteração à Lei dos Serviços Públicos Essenciais e entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, aplicando-se às relações que subsistissem à data da sua entrada em vigor (cf. artigos 3.º e 4.º da Lei n.º 6/2011).

¹⁶ Lei n.º 24/96, de 31 de julho, sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 28/2023, de 4 de julho (doravante, “Lei de Defesa do Consumidor” ou “LdC”).

¹⁷ Sobre a aplicação no tempo da quinta alteração à Lei de Defesa do Consumidor operada pela Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, *vd.* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11-3-2021, proferido no Processo n.º 2018/20.8YRLSB-2, Relatora: Des. Gabriela Cunha Rodrigues. Salvo indicação em contrário, todos os acórdãos trazidos à liça neste estudo encontram-se acessíveis *online* em <http://www.dgsi.pt/>. Ainda antes da publicação da Lei n.º 63/2019, com vista a fomentar a participação dos profissionais nos procedimentos de RAL, a lei passou a impor, nalguns casos, a obrigatoriedade de adesão a, pelo menos, duas entidades que possibilitem a resolução alternativa de litígios, nos termos previstos na Lei RAL. Assim sucedeu no regime jurídico do crédito ao consumo (artigo 32.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, sucessivamente alterado e atualmente com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 103/2025, de 11 de setembro), no regime jurídico dos contratos de crédito a consumidores relativos a imóveis quando garantido por hipoteca ou por outro direito sobre coisa imóvel (artigo 38.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, sucessivamente alterado e com a redação em vigor que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 103/2025, de 11 de setembro) e, ainda, no regime jurídico dos serviços de pagamento e da moeda eletrónica (artigo 144.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro, sucessivamente alterado e com a redação em vigor que lhe foi conferida pela Lei n.º 73/2025, de 23 de dezembro).

¹⁸ Fixada, atualmente, em € 5.000,00 (cinco mil euros), nos termos do artigo 44.º, n.º 1 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário, sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 57/2025, de 24 de julho).

submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados, o que constituiu um alargamento do âmbito de competência do “tribunal arbitral necessário” em matéria de conflitos de consumo, até então circunscrito à “arbitragem necessária” prevista no n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho para os litígios que se inscrevessem no âmbito dos serviços públicos essenciais (elencados taxativamente no n.º 2 do artigo 1.º da LSPE), independentemente do seu valor¹⁹.

Por sua vez, o novo Regulamento Harmonizado dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Competência Genérica, em comparação com o seu predecessor²⁰, veio, além do mais, densificar as disposições dos n.ºs 5 e 6 do artigo 10.º da Lei RAL (reccionados no Regulamento por via da remissão expressa do n.º 1 do artigo 23.º do RH), fixando quais os momentos relevantes que podem constituir *dies a quo* para o prazo *máximo* de duração dos procedimentos de RAL²¹ – 90 dias a contar da data em que a entidade de RAL receba

¹⁹ Para além da subordinação (ou não) a um critério em razão do valor do litígio, entre os dois regimes previstos na Lei de Defesa do Consumidor e na Lei dos Serviços Públicos Essenciais salta à vista, ainda, a previsão, apenas no primeiro, da “mediação necessária” por opção expressa dos consumidores. Para uma apreciação crítica desta dualidade de regimes criada pela Lei n.º 63/2019, com derrogação do princípio da voluntariedade previsto no artigo 4.º da LM, *vd.* Fonseca (2023, p. 74-78).

²⁰ O Regulamento que vigorou até 31-12-2025 e ainda se aplica aos processos de reclamação apresentados pelos consumidores junto dos centros de arbitragem durante o ano de 2025 encontra-se acessível *online* em <https://www.consumidor.gov.pt/upload/processos/i006707.pdf>.

²¹ Artigo 23.º, n.º 4 do RH. De acordo com o artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento, o *processo de reclamação* [artigo 4.º, alínea e) do RH] para a resolução de conflito de consumo inicia-se com a apresentação, pelo consumidor, de *requerimento* [artigo 4.º, alínea f) do RH] em que expõe os factos que entende integrarem um litígio de consumo, identifica o reclamante e a reclamada [artigo 4.º, alíneas b) e c) do RH], e formula o pedido, sempre que possível, devidamente quantificado. Mais acrescenta o n.º 4 do mesmo artigo e texto normativo que o requerimento deve ser acompanhado de toda a documentação probatória disponível. Seguidamente, no prazo máximo de 10 dias após a apresentação do requerimento, o centro de arbitragem poderá notificar o reclamante para, em novo prazo máximo de 10 dias a contar da data da respetiva notificação, aperfeiçoar ou complementar o requerimento, nomeadamente através da junção de documentos que se afigurem necessários, sob pena de arquivamento do processo (cf. artigo 23.º, n.ºs 5 e 6 do RH). Assim, segundo o artigo 23.º, n.º 4 do RH, o requerimento do reclamante considera-se “completo”, nos termos e

o *processo de reclamação completo*²² –, e elencando um conjunto de circunstâncias suscetíveis de indiciar a “especial complexidade” do litígio e, como tal, legitimar a prorrogação daquele prazo, até duas vezes, por iguais períodos, pela entidade de RAL²³. E, bem assim, veio prescrever um prazo *máximo* de 30 dias seguidos a contar da data da realização (*rectius*, encerramento) da audiência arbitral (em lugar dos anteriores 15 dias, prorrogáveis, por igual período, por impedimento do árbitro) (artigo 15.º, n.ºs 2 e 3 do Regulamento predecessor) para a prolação da sentença pelo árbitro²⁴.

Também com interesse para os propósitos do presente estudo, merece realce o facto de o novo Regulamento, ao invés do seu antecessor, ter sido rececionado, de modo uniforme, pelos centros

para os efeitos do n.º 5 do artigo 10.º da Lei RAL: na data do seu envio à reclamada; ou no décimo primeiro dia após a data da sua apresentação, sem que o reclamante tenha sido notificado para aperfeiçoar ou complementar o processo; ou na data em que o reclamante faculta ao centro de arbitragem os elementos solicitados, após ter sido notificado para aperfeiçoar ou complementar o requerimento.

²² De notar que, à luz do disposto pelo n.º 7 do artigo 23.º do RH, o prazo de 90 dias, previsto no n.º 5 do artigo 10.º da Lei RAL, “suspende-se” (*rectius*, interrompe-se) “com a apresentação de pedido de apoio judiciário” (*rectius*, junção ao processo do documento comprovativo da apresentação de requerimento de proteção jurídica, na modalidade de apoio judiciário, para nomeação de patrono, nos termos da legislação aplicável – Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, que estabelece o regime de acesso ao direito e aos tribunais, sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 45/2023, de 17 de agosto, *maxime* o n.º 4 do seu artigo 24.º), “reiniciando-se a sua contagem a partir da notificação ao reclamante da decisão de deferimento ou de indeferimento, ou a partir da data de eventual deferimento tácito, nos termos da lei” (*rectius*, a partir da notificação ao patrono nomeado da sua designação ou da notificação ao reclamante da decisão de indeferimento do pedido de nomeação de patrono ou, ainda, do decurso do prazo para a adoção da decisão sobre o pedido de proteção jurídica, tudo cf. artigos 24.º, n.º 5 e 25.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 34/2004).

²³ Artigo 23.º, n.º 2 do RH. Não cabendo, aqui, discutir o acerto de alguns dos factos-índice, de acordo com o Regulamento, são suscetíveis de revelar a “especial complexidade” do litígio, designadamente, a “realização de peritagem” (*rectius*, a produção de prova pericial), a necessidade de tradução de documentos, a intervenção de intérprete(s) em juízo e um número total de partes processuais superior a 4 (quatro).

²⁴ Artigo 18.º, n.º 2 do RH. Nos termos do artigo 14.º, n.ºs 1 e 2 do RH, o Tribunal Arbitral é constituído por um único árbitro, designado para o processo pelo centro de arbitragem, preferencialmente de entre os árbitros inscritos na bolsa de árbitros de conflitos de consumo prevista no artigo 6.º-B da Lei RAL.

de arbitragem no que tange à regulação da competência em razão do valor²⁵ – apreciação e resolução de litígios de consumo de valor não superior a € 30.000 (trinta mil euros), à exceção daqueles em que esteja em causa a prestação de serviço público essencial, os quais podem ser sempre conhecidos pelos centros, independentemente do seu valor²⁶. Tal significa, pois, que, ao abrigo do novo Regulamento, todos os centros de arbitragem podem dirimir conflitos que superam a alçada do tribunal judicial de primeira instância, o único critério a atender para efeitos de recorribilidade da sentença arbitral²⁷.

Isto posto, atento o facto de que a grande maioria dos conflitos de consumo apresentados pelos consumidores junto dos centros são *de reduzido valor económico* – servindo-nos da terminologia adotada pela Lei de Defesa do Consumidor –, e, como tal, as sentenças finais que colocam termo ao procedimento de RAL

²⁵ A atribuição de valor à causa, atendível para efeitos de determinação da competência do centro de arbitragem, obedece às regras dos artigos 296.º e seguintes do Código de Processo Civil (Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 56/2025, de 24 de julho, doravante “CPC”), sendo este um dos casos em que deve ter lugar a aplicação subsidiária da lei processual civil *ex vi* artigo 27.º, n.º 3 do RH. De acordo com esta disposição do Regulamento, que procurou consagrar uma solução equilibrada e consentânea com as diferentes sensibilidades sobre a aplicação da lei processual civil à arbitragem (de consumo), “poderá ainda ser aplicado o Código de Processo Civil, desde que a sua aplicação se afigure adequada ao caso concreto e com eventuais adaptações à natureza informal, flexível e célere do procedimento arbitral”. Note-se que, nos termos da LAV, o CPC não é de aplicação automática, antes dependendo de “acordo das partes” (ou de previsão em disposição do Regulamento do centro de arbitragem *ex vi* artigo 6.º da LAV) ou de decisão do tribunal arbitral nesse sentido (artigo 30.º, n.º 3 da LAV).

²⁶ Artigo 7.º do RH. No caso do CACCL, a aplicação desta norma está dependente de alteração do respetivo despacho de autorização do membro do Governo responsável pela área da Justiça, nos termos do Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de dezembro, pelo que, até à publicação do necessário despacho, o CAACL só é competente para a resolução de conflitos de consumo de valor não superior a € 5.000 (cinco mil euros). Na vigência do Regulamento predecessor, o CACCL e o CACRC tinham a sua competência em razão do valor limitada, nos respetivos regulamentos internos, a causas de valor não superior a € 5.000 (cinco mil euros).

²⁷ Artigo 18.º, n.º 4 do RH. Na decorrência do que resulta plasmado no n.º 4 do artigo 39.º da LAV, a decisão arbitral só é recorrível se o árbitro tiver julgado em conformidade com o direito constituído e não “segundo a equidade ou mediante composição amigável”.

de arbitragem (artigo 44.º, n.º 1, 1.ª parte da LAV) são insuscetíveis de recurso de apelação²⁸, são instauradas, com alguma frequência, nos tribunais da Relação (artigos 49.º, n.º 2 e 59.º, n.º 1, alínea g) da LAV), ações especiais de anulação de sentença arbitral que, além de visarem, em bom rigor e de modo indevido, um reexame do mérito da causa, procuram cassar a sentença, arvorando-se os requerentes,

²⁸ A insusceptibilidade de recurso das sentenças arbitrais proferidas em relação a litígios de *reduzido valor económico* que se inserem no âmbito da “arbitragem necessária” consagrada na LdC suscita dúvidas de constitucionalidade a alguns autores, como é o caso de Mendes (2019, p. 248-249), e de Silva (2020, folhas. 222-228). Numa primeira aproximação ao problema, é digno de realce o facto de o Tribunal Constitucional nunca ter sido chamado a pronunciar-se sobre a eventual inconstitucionalidade dos regimes de “arbitragem necessária” acima explanados, mas somente sobre regimes de arbitragem necessária *proprio sensu* – distinção que se impõe e de que trataremos adiante –, por meio dos Acórdãos n.ºs 230/2013 (Processo n.º 279/2013), 781/2013 (Processo n.º 916/13) e 123/2015 (Processo n.º 763/13). Sem prejuízo, servindo-nos da doutrina jurisprudencial firmada pelo Acórdão n.º 230/2013 acerca da conexão entre o direito fundamental de acesso aos tribunais e a reserva de jurisdição estadual, ali se declarou que tal conexão reveste um carácter meramente “tendencial”, admitindo-se, em regra, que o direito de acesso aos tribunais seja assegurado apenas em via de recurso, e, inclusive, concebeu-se que, “em certas circunstâncias”, a reserva relativa de jurisdição possa ser materializada por via da atribuição ao tribunal arbitral (com expresse acolhimento constitucional nos artigos 202.º, n.º 4 e 209.º, n.º 2 da CRP) da “primeira e última palavra” na composição do litígio – logo, excluindo o direito ao recurso –, contanto seja superado o teste do princípio da proporcionalidade na limitação imposta ao direito de acesso aos tribunais estaduais, nomeadamente nas dimensões de *necessidade* e de *proibição do excesso*, atenta a “natureza dos direitos e interesses em jogo” (cf. artigo 18.º, n.º 2 da CRP). Afastou-se, porém, a preterição do direito à reapreciação judicial nos casos em que a atuação do tribunal importe a afetação de direitos fundamentais, *maxime* daqueles que integram o catálogo dos “Direitos, Liberdades e Garantias” e, ainda, dos direitos fundamentais de natureza análoga *ex vi* artigo 17.º da CRP. Neste sentido, Silva e Mirante (2020, p. 104) sustentam que “a “arbitragem necessária” neste ramo de Direito assume especificidades que exigem uma resposta diferente quer do ponto de vista da sua admissibilidade constitucional, quer em relação à jurisprudência que foi proferida pelo Tribunal Constitucional quanto ao regime jurídico que regula o Tribunal Arbitral do Desporto [...], sobretudo, a sua função: a protecção, no plano jurisdicional, da parte tendencialmente mais fraca da relação jurídica”, concluindo pela desnecessidade de existência de um recurso ordinário da decisão para os tribunais estaduais a fim de assegurar a constitucionalidade do regime de “arbitragem necessária” no domínio do Direito do Consumo. Na jurisprudência dos nossos tribunais superiores, apenas temos conhecimento de um aresto que se pronunciou sobre a questão da constitucionalidade do regime de “arbitragem necessária” da LdC, posicionando-se no sentido da não inconstitucionalidade: trata-se do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11-2-2021, proferido no Processo n.º 202/20.3YRPRT.P1, Relatora: Des. Deolinda Varão, tirado no âmbito de ação de anulação de sentença arbitral do CICAP.

ocasionalmente, no fundamento de anulação que vem previsto na subalínea vii) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV.

Para o Tribunal da Relação territorialmente competente anular a sentença arbitral com base no fundamento acima posto em destaque, tem aquela de ser *notificada* às partes depois de decorrido o prazo *máximo* de “12 meses a contar da data de aceitação do último árbitro” ou outro que as partes da demanda, até à aceitação do primeiro árbitro, tenham convencionado, tal como determina o n.º 1 do artigo 43.º da LAV.

Ante todo o exposto, pergunta-se: como têm os nossos tribunais da Relação decidido acerca da alegada verificação daquele fundamento de anulação em relação a sentenças prolatadas por tribunais arbitrais de consumo e postas em crise por via do meio de impugnação regulado no artigo 46.º da LAV?

2 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO DE 28-1-2021

Iniciando o nosso périplo pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28-1-2021 (proferido no Processo n.º 298/20.8YRPRT, Relator: Des. Aristides Rodrigues de Almeida), seguido por arestos posteriores²⁹, que conheceu e apreciou um pedido de anulação de sentença proferida pelo CICAP, pretendia-se, ali, o expurgo da ordem jurídica de decisão com fundamento na ultrapassagem do prazo *máximo* (então aplicável) de 15 dias seguidos para a sua prolação e, ainda, no incumprimento do prazo *máximo* de 90 dias previsto no n.º 5 do artigo 10.º da Lei RAL e no

²⁹ Foi o caso do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 24-4-2025, proferido no Processo n.º 71/25.7YRGMR, Relatora: Des. Maria Amália Santos e do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-9-2025, proferido no Processo n.º 327/24.6YRPRT, Relator: Des. Alberto Taveira.

artigo 17.º do Regulamento predecessor³⁰.

Para sustentar a improcedência da questão suscitada, o tribunal da Relação pronunciou-se, separadamente, sobre cada um dos prazos acima enunciados, começando por realizar um cotejo entre o prazo legal de 12 meses prescrito na LAV e o prazo regulamentar de 15 dias, do qual extraiu as seguintes ideias essenciais:

- por um lado, não deixou de relevar o “modo muito semelhante como se encontram redigidas as normas” em confronto³¹ – note-se, inclusive, que o artigo 43.º da LAV toma a epígrafe “Prazo para proferir sentença” – e, bem assim, não perdeu de vista que o prazo estatuído na LAV está pensado para “compreender situações em que a arbitragem se pode mostrar muito complexa e demorada”, o que, “em condições normais”, não sucederá com a generalidade dos litígios de consumo;
- mas por outro lado, e decisivamente, enfatizou a diferença de realidades, que se desenvolvem em momentos temporalmente bastante diversos, subjacentes à consagração de um e outro prazos, pois, enquanto o prazo do artigo 43.º da LAV se refere ao prazo *máximo* dentro do qual o processo de arbitragem – incluindo todo o “tempo necessário à *instrução e julgamento* do litígio e elaboração da *sentença*” – deve estar concluído com a notificação da respetiva sentença às partes, o prazo regulamentar reporta-se somente ao período de que o árbitro dispõe, após a conclusão da audiência arbitral, para proferir a sentença.

³⁰ Que tomava a seguinte redação: “Os *processos de reclamação* não podem ter duração superior a 90 dias, a não ser que o litígio revele especial complexidade, podendo então ser prorrogado no máximo por duas vezes, por iguais períodos, nos termos do n.º 5 e 6 do artigo 10.º da Lei RAL” [itálico nosso].

³¹ O artigo 15.º, n.º 2 do Regulamento predecessor rezava assim: “A sentença arbitral, cujo original fica depositado no Centro, é notificada às partes com o envio de cópia simples, no prazo máximo de 15 dias seguidos a contar da data da realização da audiência”.

Deste modo, concluiu a Relação do Porto que resultava irremediavelmente comprometida qualquer tentativa de *equiparação* entre os dois prazos em questão. Diversa foi, porém, a pronúncia do tribunal sobre o prazo de conclusão dos procedimentos de RAL estabelecido na Lei n.º 144/2015 e rececionado pelo Regulamento, pelo menos quanto à motivação da sua tomada de posição.

Não obstante a “*enorme diferença*” da duração dos dois prazos – “no primeiro caso, *12 meses, prorrogáveis por iguais períodos, uma ou mais vezes*, por decisão fundamentada que pode não estar associada à complexidade do processo; no segundo caso, *3 meses [rectius, 90 dias], prorrogáveis por igual período apenas até duas vezes* e apenas em situações de especial complexidade”, a Relação principiou o seu iter decisório pela constatação de que os objetos de regulação de um e outro prazos se aproximam – o prazo da Lei RAL é um “prazo máximo para a conclusão dos processos de reclamação” e a norma da LAV “fixa um prazo máximo para a conclusão do processo arbitral” –, sendo, neste caso, outra, na perspetiva do tribunal, a pedra de toque para a formulação, *in fine*, de um juízo contrário à verificação do invocado fundamento de anulação: quer a regra da Lei RAL, quer o preceito regulamentar são normas imperfeitas, desprovidas de sanção para o cenário da inobservância do prazo nelas indicado.

Por outras palavras, considerou a Relação do Porto que, na ausência de estatuição no sentido do encerramento automático do processo findo aquele prazo de 90 dias, forçoso é concluir que o mesmo é meramente “regulador ou disciplinador do procedimento”, cingindo-se as suas consequências, *in extremis*, à exclusão do centro de arbitragem da lista de entidades de RAL elaborada e atualizada pela Direção-Geral do Consumidor (artigo 17.º, n.ºs 4 e 5 da Lei RAL). Donde, só ocorrerá o esgotamento do poder jurisdicional do

árbitro quando o processo de reclamação “incluir a realização de arbitragem e o seu curso se prolongue para além do prazo do artigo 43.º da Lei da Arbitragem Voluntária”.

Com o devido respeito, entendemos que a corte estadual de cassação descurou que, por força da aplicação conjugada do n.º 1 do artigo 43.º e do artigo 6.º, ambos da LAV, ao prazo supletivo de 12 meses se sobrepõe aquele que emana da aplicação do regulamento do centro de arbitragem institucionalizada para o qual as partes hajam remetido (no caso, ao qual as partes aderiram e se subordinaram, nos termos da convenção de arbitragem que celebraram)³². Note-se que a alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV remete para “o prazo máximo para o efeito fixado *de acordo com o artigo 43.º*” e não para o prazo máximo fixado *no artigo 43.º* da LAV, o que bem se compreende, porquanto o prazo para prolação de sentença estabelecido no diploma que rege a arbitragem voluntária é suscetível de ser derogado por acordo dos sujeitos processuais “até à aceitação do primeiro árbitro”, como resulta, inequivocamente, da primeira parte do n.º 1 daquele artigo 43.º, devendo aquela referência ao acordo entre as partes contemplar o disposto no Regulamento.

3 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO DE 14-11-2022

Um segundo aresto que decidiu uma ação de anulação de sentença de tribunal arbitral de consumo cuja causa de pedir assentava no fundamento de anulação aqui em apreço foi o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14-11-2022 (proferido no Processo n.º 164/22.2YRPR, Relator: Des. Miguel Baldaia de Morais). Vi-

³² Neste sentido, Andrade (2023, p. 181-182). Como bem assinalam Ataíde e Craveiro (2020, p. 81-82), “a especialidade da arbitragem institucionalizada está, ainda, em que a submissão do litígio a determinada entidade implica a aceitação do respectivo Regulamento”.

sava-se, ali, a cassação de sentença prolatada pelo CICAP, respeitante a litígio que se inscrevia no domínio da “arbitragem necessária” instituída pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 14.º da Lei de Defesa do Consumidor, tendo o requerente aduzido que a anulação da decisão se impunha por conta do facto de ter sido proferida e notificada para além do prazo estabelecido para o efeito pelo Regulamento (então, como vimos, de 15 dias seguidos).

Para concluir no sentido da não verificação do fundamento de anulação, a Relação do Porto expendeu o raciocínio lógico de argumentação que, a seguir, se descreve *pari passu*:

- I. estando em causa um litígio submetido, por “lei especial” (artigo 1.136.º, n.º 1 do CPC), a “arbitragem necessária”, o mesmo rege-se pelo disposto nos artigos 1.136.º a 1.139.º do CPC (assim como pela Lei RAL e pelo Regulamento do centro de arbitragem) e, subsidiariamente, pela LAV;
- II. ora, em harmonia com o disposto pelo n.º 2 do artigo 1.138.º do CPC, “se a decisão não for proferida dentro do prazo, este é prorrogado por acordo das partes ou decisão do juiz, respondendo pelo prejuízo havido e incorrendo em multa os árbitros que injustificadamente tenham dada causa à falta; havendo nova falta, os limites da multa são elevados ao dobro”;
- III. logo, o prazo adrede fixado no Regulamento para prolação da sentença reveste a natureza de “prazo meramente indicativo ou ordenador”³³, à semelhança dos prazos estabelecidos no Código de Processo Civil para os atos dos juízes (cfr. art. 156º, n.ºs 4 e 5), podendo, embora, gerar uma consequência de cariz sancionatório”³⁴.

³³ No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5-12-2024, proferido no Processo n.º 49/24.8YRGMR, Relator: Des. Paulo Reis, a propósito de sentença arbitral proferida pelo CNIACC.

³⁴ *Vd.*, a este propósito, o Regulamento n.º 1241/2025, de 24 de novembro, aprovado pelo Conselho Superior de Magistratura (Regulamento da Aceleração Processual).

Em benefício do entendimento assumido, o tribunal respaldou-se em dois acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa³⁵, tirados a propósito de conflitos emergentes de direitos de propriedade industrial relativos a medicamentos genéricos, que se subsumiam ao regime (entretanto revogado³⁶) de arbitragem necessária plasmado nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro.

Sempre com o respeito devido, qual o pecado original em que, na nossa opinião, incorreu o coletivo de juizes do Tribunal da Relação do Porto?

Aderindo, acriticamente, ao *nomen* que o legislador atribuiu à modalidade de arbitragem prevista nos n.º 2 e 3 do artigo 14.º da LdC (assim, também, no regime do n.º 1 do artigo 15.º da LSPE), a Relação assumiu que, em virtude de (suposta) imposição daquela lei especial, o litígio apreciado e decidido pelo CICAP teria de ser forçosamente conhecido, pelo menos em 1.ª instância, por tribunal arbitral adstrito a centro de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizado.

³⁵ Acórdãos de 16-3-2017, proferido no Processo n.º 416/15.8YRLSB.L1-6, Relatora: Des. Maria Manuela Gomes e de 24-4-2018, proferido no Processo n.º 1333/17.2YRLSB-1, Relator: Des. Manuel Ribeiro Marques. No primeiro dos referidos acórdãos, procurando justificar-se a natureza meramente ordenadora do “prazo global para conclusão da arbitragem” de um ano previsto no Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, declarou-se que “[...] não se compreenderia que, *estando as partes obrigadas ao juízo arbitral* (que, é em regra, mais tolerante e facilitador do que o ‘oficial’) tivessem menos direitos, ou mais restrições, do que teriam na Justiça estatal, *quando esta lhes foi vedada ‘ope legis’*. Ademais, quando o Estado abdica de uma parcela da sua soberania fá-lo, em primeira linha, para facilitar a vida dos cidadãos e lograr maior rigor, que não para a dificultar ou burocratizar” [itálicos nossos]. Esta fundamentação veio a ser retomada por aquele Acórdão de 24-4-2018, afastando-se a aplicação da cominação expressa no n.º 3 do artigo 43.º da LAV, “atenta a natureza jurídica da arbitragem necessária – não baseada na autonomia privada, mas *imposta por lei como o único meio de contencioso susceptível de ser usado*” [itálico nosso].

³⁶ Pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, que aprovou o novo Código da Propriedade Industrial, deixando às partes a opção entre o recurso a arbitragem voluntária ou ao tribunal judicial competente.

Esta foi, na verdade, a premissa errônea que fulminou a validade de todo o raciocínio judiciário, porquanto a denominada “arbitragem necessária”, embora se encontre prescrita em lei especial – *in casu*, a Lei de Defesa do Consumidor (assim, também, na Lei dos Serviços Públicos Essenciais) –, não dispensa – nem podia dispensar³⁷ – “o elemento voluntarístico que é imanente à arbitragem tradicionalmente considerada” (Monteiro; Silva; Mirante, 2019, p. 15), conquanto, de modo diverso à arbitragem voluntária, não se baseie num fundamento contratual – uma convenção de arbitragem –, mas antes numa manifestação de vontade exclusiva do consumidor.

Dito de outra forma, a constituição do tribunal arbitral “opera de forma unilateralmente impositiva” (Cardoso; Nazaré, 2015, p. 35, nota de rodapé 12), por um “ato singular de vontade”³⁸ – e não *ex lege*, por imperativo legal oponível a ambos os litigantes –, conferindo-se ao consumidor o *poder de optar* (Duarte, 2016, p. 467) pela jurisdição arbitral e, dessa forma, produzir na esfera jurídica do profissional demandado, “com inevitável necessidade, um certo efeito jurídico – no caso, o efeito jurídico-processual de afastamento da tutela jurisdicional-estadual” (Duarte, 2016, p. 467).

Se é certo que a concessão do *direito potestativo* (Cardoso; Nazaré, 2015, p. 35, nota de rodapé 12) ao sujeito (tendencialmente)

³⁷ Como vimos, de acordo com o artigo 1.º, segundo período da Diretiva RAL, “a presente diretiva aplica-se sem prejuízo da legislação nacional que obriga à participação nesses procedimentos, desde que tal legislação não impeça as partes de exercer o seu direito de acesso ao sistema judicial” [itálico nosso]. Sobre este comando normativo releva o disposto no considerando (49) da mesma Diretiva, mormente quando aí se esclarece que o instrumento de Direito derivado da União “deverá aplicar-se sem prejuízo de eventuais regras nacionais que tornem obrigatória ou sujeita a incentivos ou sanções a participação dos comerciantes nesses procedimentos, ou vinculativos os seus resultados para os comerciantes, desde que tal legislação não impeça as partes de exercer o seu direito de acesso ao sistema judicial, tal como previsto no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” [itálico nosso].

³⁸ Ventura (1986, p. 298 e 304), recusando o autor a possibilidade de que “um só constitua um tribunal competente quanto a outrem ou o force a abandonar a jurisdição estadual de que pode socorrer-se”.

mais débil da relação jurídica de consumo – e consequente colocação da sua contraparte em *estado de sujeição* – brota de fonte legal, que define o âmbito objetivo e subjetivo dos litígios por ela abarcados, e constitui mesmo expressão de uma *ratio essendi* de disponibilização de uma solução célere, acessível e eficaz para as *small claims*³⁹, não menos verdade é que o fundamento da competência do tribunal arbitral radica, em última linha e de modo determinante, na autonomia da vontade do consumidor (Ataíde; Craveiro, 2020, p. 82, nota de rodapé 166).

Reconhecendo-se, pois, um “direito à arbitragem”⁴⁰ ao consumidor, que dispensa qualquer forma de consentimento ou adesão (plena ou pontual⁴¹) por banda do profissional⁴², e faltando

³⁹ Artigo 10.º da Lei RAL. Como bem notam Silva e Mirante (2020, p. 96), “na sua generalidade, a maior fatia da litigiosidade no âmbito de relações jurídicas de consumo tem traços muito característicos e que impedem que a resposta dada pelo sistema judicial de matriz tradicional seja adequada aos mesmos”, nomeadamente o seu “valor económico reduzido ou diminuto” e a “necessidade de tutela em matérias tão intrinsecamente ligadas às necessidades básicas da vida – tais como as que se verificam a propósito dos serviços públicos essenciais”, as quais reclamam maior celeridade, enquanto requisito “indissociável do efeito útil da decisão”. Servindo-nos do ensinamento de Nogueira (1996, p. 16 e nota de rodapé 27), é curioso notar que o primeiro regime jurídico de arbitragem necessária (ali designada como “obrigatória”) identificado pelo historiador remonta ao século XIII e traduz-se, precisamente, na subtração de litígios cujo valor se situasse abaixo de certo montante da esfera dos tribunais do Estado Português.

⁴⁰ Sobre o “direito à arbitragem”, não o concebendo como direito potestativo, porque, no seu entender, “ninguém tem o direito de impor uma arbitragem a outrem se este não quiser ir para a arbitragem”, antes o entendendo como um “direito imperfeito”, por não conferir ao seu titular “a faculdade de ter uma arbitragem forçada” (Quardros, 2012, p. 258).

⁴¹ Como explicam Ataíde e Craveiro (2020, p. 81), no domínio particular da arbitragem de conflitos de consumo, importa distinguir entre a *adesão pontual*, declaração por via da qual o profissional manifesta aceitar a intervenção da entidade de RAL para resolução de um específico conflito atual, e a *adesão plena*, declaração por intermédio da qual o profissional manifesta aceitar a intervenção da entidade de RAL para dirimir todo e qualquer conflito de consumo, presente ou futuro, por ela abrangido. Sobre a adesão plena ao centro de arbitragem, regem os artigos 18.º, n.º 1 da Lei RAL e 12.º, n.º 3 do Regulamento.

⁴² Trata-se, mesmo, de uma solução mais arrojada do que aquela que se prevê para as arbitragens administrativa e tributária, respetivamente, no artigo 187.º, n.º 2 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, sucessivamente alterado, vigora com a redação que lhe foi conferida pela Declaração de Retificação n.º 1-A/2025/1, de 6 de janeiro, doravante “CPTA”) e no

até, na arbitragem de conflitos de consumo, aquele reduto mínimo de poder dispositivo das partes que, de acordo com alguma doutrina, permite encarar a verdadeira arbitragem necessária como modalidade de arbitragem⁴³ – afinal, a escolha do árbitro que irá decidir o litígio é uma prerrogativa cometida pelo Regulamento ao centro de arbitragem (nomeadamente, ao seu Diretor)⁴⁴ –, somos do entendimento que estamos, na realidade, em presença de uma “terceira via de arbitragem” (Cardoso; Nazaré, 2015, p. 35, nota de rodapé 12) que, embora reúna em si mesma elementos que a fazem propender ora para a arbitragem necessária, ora para a arbitragem voluntária, não se confunde com nenhuma das modalidades típicas e melhor se compreende, na sua essência e autonomia, se assumir, como vem propondo a doutrina, a designação “arbitragem potestativa”⁴⁵.

artigo 4.º, n.º 1 do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, sucessivamente alterado, vigora com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro, doravante “RJAMT”), onde se faz depender a vinculação de/a cada ministério/administração tributária à jurisdição do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) de portaria do Governo que estabeleça o tipo e o valor máximo dos litígios abrangidos. Em concretização do disposto pelo n.º 2 do artigo 187.º do CPTA, foram adotadas três portarias de vinculação à jurisdição do CAAD: Portarias n.ºs 1120/2009, de 30 de setembro (serviços centrais, pessoas coletivas públicas e entidades que funcionam no âmbito do Ministério da Justiça), 1149/2010, de 4 de novembro (vários serviços e organismos do Ministério da Cultura), e 219/2014, de 21 de outubro (vários serviços do Ministério da Educação e Ciência); à luz do n.º 1 do artigo 4.º do RJAMT, foi emitida a Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, que vincula vários serviços e organismos do Ministério das Finanças e da Administração Pública à jurisdição do CAAD.

⁴³ É o caso de Cardoso e Nazaré (2015, p. 45-46). Contra, considerando que, por força da ausência do elemento contratual, se trata de uma “arbitragem aparente”, Monteiro; Silva; Mirante (2019, p. 17). Já Quadros (2012, p. 257) refere que a expressão “arbitragem necessária” encerra uma *contradictio in terminis*, pois, de acordo com a teoria clássica da arbitragem, este meio de resolução alternativa de litígios “constitui uma manifestação da jurisdição voluntária”.

⁴⁴ Artigo 14.º, n.º 1 do RH. Este é, aliás, um aspeto salientado por Carvalho; Pinto-Ferreira; Carvalho, (2021, p. 188) para afastar a aplicação das regras dos artigos 1.137.º e 1.138.º do CPC (correspondentes, na versão primitiva do CPC, aos artigos 1.083.º e 1.084.º, a que se referem os autores) à “arbitragem necessária” prevista na LSPE.

⁴⁵ Assim, *inter alia*, Duarte (2016, p. 464-467), Silva (2023, p. 298-317), e Antunes (2024, p. 626). Consideramos esta designação preferível a “arbitragem necessária unilateral”, como proposto por Cebola (2012, p. 30), ou “arbitragem voluntária imperfeita”, como sugere Abreu (2024, p. 203).

Isto porque, apesar de “o poder de provocar a constituição do tribunal arbitral” (Almeida, 2008, p. 93) não emanar de uma convenção de arbitragem, sempre podemos afirmar, *mutatis mutandis*, que o exercício do direito potestativo pelo consumidor desencadeia um efeito *análogo* (Duarte, 2016, p. 467) ao “efeito positivo central” (Almeida, 2008, p. 93) da convenção.

Este é, a nosso ver, um aspeto crucial para considerarmos que, a despeito da sua natureza anfíbia, prevalece a componente *ex voluntate* sobre a dimensão *ex lege* da arbitragem potestativa de conflitos de consumo, não sendo, então, o julgamento arbitral prescrito por lei especial (Fonseca, 2024, p. 58) e, como tal, carecendo de sentido a aplicação a esta terceira modalidade de arbitragem do regime dos artigos 1.136.º a 1.139.º do CPC⁴⁶.

4 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA DE 21-1-2020

Um terceiro e último aresto que julgamos pertinente trazer à liça, com interesse para os objetivos a que se propõe este estudo, é o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21-1-2020 (proferido no Processo n.º 211/19.5YRCBR, Relator: Des. Falcão

⁴⁶ No Acórdão de 24-4-2025, proferido no âmbito da ação de anulação de sentença arbitral do CIAB que, sob o n.º 267/24.9YRGMR, correu termos pelo Tribunal da Relação de Guimarães, tendo a autora invocado a inobservância do prazo máximo de 15 dias seguidos a contar da data da realização (*rectius*, encerramento) da audiência, não se deixou de reconhecer que, por força da dupla remissão (ou remissão sucessiva) da subalínea vii) do n.º 3 do artigo 46.º para o n.º 1 do artigo 43.º, ambos da LAV, e desta última norma para o “prazo acordado pelas partes”, ter-se-ia de atender ao prazo decorrente da aplicação do Regulamento do centro de arbitragem (*ex vi* artigo 6.º da LAV), porém, em seguida, verificando-se que estava em causa um conflito de consumo sujeito à “arbitragem necessária” prevista no artigo 14.º da LdC, acabou-se por declarar que o litígio se regia pelo disposto nos artigos 1.136.º a 1.139.º do CPC, nomeadamente pelo n.º 2 do artigo 1.138.º da lei processual civil, onde “não se estabelece um prazo perentório para a prolação da decisão arbitral, revestindo o prazo fixado para a prolação da decisão natureza de prazo meramente indicativo ou ordenador”.

de Magalhães). Sendo este, tanto quanto é do nosso conhecimento, o primeiro aresto que, na presente década do século XXI, decidiu uma ação de anulação de sentença de tribunal arbitral de consumo em que o fundamento de anulação da subalínea vii) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV foi apontado pelo demandante, nele se discutiu a remoção da ordem jurídica de sentença do CACRC relativa a litígio que se inscrevia no âmbito da “arbitragem necessária” instituída pelo n.º 1 do artigo 15.º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, aduzindo-se que a anulação da decisão se impunha por força do decurso do prazo *máximo* de 90 dias previsto no n.º 5 do artigo 10.º da Lei RAL e no já referido artigo 17.º do Regulamento predecessor.

Para sustentar a improcedência da questão suscitada, o Tribunal da Relação de Coimbra desenvolveu, à semelhança do que viria a fazer a Relação do Porto no seu acórdão de 28-1-2021 acima analisado, um cotejo entre os prazos legais de 12 meses e de 90 dias prescritos, respetivamente, na LAV e na Lei RAL e enfatizou os seguintes aspetos:

1. enquanto o prazo previsto na LAV é um prazo *máximo* para notificação da sentença final às partes, o prazo previsto na Lei RAL é um prazo *máximo* de “duração do processo”;
2. ao passo que o prazo previsto na LAV começa a contar-se a partir da aceitação do primeiro árbitro (ou, no caso da arbitragem de conflitos de consumo, do árbitro único), o prazo previsto na Lei RAL encontra o seu termo inicial na “data em que a entidade de RAL receba o processo de reclamação completo”.

Afirmando, no enalço do que antecede, uma ausência de congruência entre os prazos colocados em confronto – acentuada pela substancial diferença da sua duração –, a Relação de Coimbra

aflorou uma discussão, ainda hoje pertinente, a respeito do primeiro aspeto acima exaltado, que pode sintetizar-se nos seguintes termos: tendo presente que, nos termos do disposto pela alínea e) do artigo 8.º da Diretiva RAL, “o resultado dos procedimentos de RAL é disponibilizado no prazo de 90 dias a contar da data em que a entidade de RAL tiver recebido o processo completo de queixa” e, bem assim, que, entre nós, os procedimentos de RAL de consumo obedecem a uma “lógica de *multi-step dispute resolution*, em que a mediação surge como fase prévia, seguida da conciliação e da arbitragem (Carvalho; Pinto-Ferreira; Carvalho, 2021, p. 130), deve entender-se que aquele prazo de 90 dias se aplica ao *processo de reclamação*, i.e., ao “processo apresentado no Centro de Arbitragem com vista à resolução de um conflito de consumo, por via da mediação, conciliação ou arbitragem” [artigo 4.º, alínea e) do RH], globalmente considerado, como insinua a redação do n.º 3 do artigo 23.º do RH – referindo-se ao “início da contagem do *prazo de duração do processo no Centro de Arbitragem*” [itálico nosso] – ou a *cada um dos procedimentos de RAL*, i.e., aos procedimentos de mediação, conciliação e arbitragem, como sugere a aplicação conjugada dos artigos 3.º, alínea j) e 10.º, n.º 5 da Lei RAL?

O Tribunal da Relação de Coimbra aderiu à segunda posição, respaldando-se em doutrina qualificada que defende, ainda, a aplicação do prazo de 90 dias sobretudo à mediação e alerta para a possível insuficiência do mesmo prazo para uma “tramitação típica de um processo de arbitragem” (Carvalho; Pinto-Ferreira; Carvalho, 2021, p. 131).

Na nossa humilde opinião, não se mostra assegurada hoje – como já não estava garantida na vigência do pretérito Regulamento – a desejável unidade e coerência de soluções normativas extraídas da Lei RAL e do instrumento infralegal. Mesmo na ausência de uma regra idêntica à prevista no artigo 17.º do Regulamento predecessor,

estamos em crer que a estruturação do “processo de reclamação” no atual RH continua a assentar numa compreensão unitária do conjunto dos procedimentos de RAL, nele se autonomizando somente duas fases: a fase de *mediação* (artigo 11.º) e a fase de *conciliação e arbitragem* (artigos 12.º a 19.º), porquanto a conciliação surge enxertada na arbitragem, tendo lugar no início da audiência arbitral (artigos 15.º, n.º 1 e 16.º, n.º 1 do RH)⁴⁷.

Feita este reparo prévio e socorrendo-nos dos resultados da atividade desenvolvida pelos centros de arbitragem, resulta evidente que os processos de reclamação, na sua conceção unitária, têm uma duração média inferior a 90 dias⁴⁸, sendo, naturalmente, a fase de arbitragem, quando soçobra a tentativa de autocomposição do litígio, aquela que mais contribui – e com o novo Regulamento, prevemos que assim continue a ser, até de forma mais vincada⁴⁹ – para o pro-

⁴⁷ Embora a letra das normas convocadas não aponte, *prima facie*, para o entendimento que preconizamos, se considerarmos que, diversamente do que sucedia à luz do Regulamento predecessor, a conciliação é, agora, tentada exclusivamente pelo árbitro (e já não pelo Diretor do Centro ou pelo jurista responsável pelo processo) e que o artigo 13.º do RH se refere à “Submissão do processo à fase de arbitragem”, omitindo qualquer referência à conciliação, cremos que a autonomia da conciliação é meramente formal e não resiste à dinâmica conferida pelo Regulamento à marcha do processo finda a fase de mediação. Na doutrina, assinalando que a *conciliação de consumo* se apresenta “como uma figura de contornos algo imprecisos no quadro geral dos meios alternativos de resolução de conflitos” (Antunes, 2024, p. 621).

⁴⁸ De acordo com o “Relatório de Atividades – 2024” da Direção-Geral do Consumidor, p. 83, publicado em abril de 2025 e acessível *online* em <https://www.consumidor.gov.pt/quem-somos/instrumentos-de-gestao/relatorio-de-atividades>, o tempo médio de duração dos processos nas entidades de RAL foi de 59 dias, menos 21 dias do que no ano anterior (80 dias em 2023).

⁴⁹ Considerando que o novo Regulamento prevê, inovadoramente, que, após a submissão do *processo de reclamação* à fase de conciliação e arbitragem, o árbitro tem de proferir um despacho, que pode tomar um de três sentidos: determinar a realização de audiência de julgamento, precedida de tentativa de conciliação; dispensar a realização da audiência, quando os elementos trazidos ao processo já habilitem à prolação da sentença arbitral; ou decidir o arquivamento do processo, quando os elementos trazidos ao processo habilitem a tal decisão [artigo 13.º, n.º 2, alíneas a), b) e c), respetivamente, do RH]. Ora, na hipótese de prolação do despacho (fundamentado) que vem previsto na alínea b), reservado para litígios em que esteja em causa unicamente a resolução de questões de direito e os elementos já trazidos ao processo pelo reclamante – e apenas por este – se mostrem suficientes à prolação da sentença arbitral, qualquer das partes tem a faculdade de requerer, potestativamente, a realização da audiência *no prazo de 5 dias* a contar da notificação do despacho

telamento do seu encerramento, até porque a fase de mediação não encerra uma mediação *proprio sensu*.

Afinal, em harmonia com o que dispõe o n.º 3 do artigo 11.º do RH, a (dita) mediação pode decorrer “por meio de sucessivos contactos bilaterais intermediados pelo centro de arbitragem, até se concluir por um acordo ou pela impossibilidade de o mesmo se conseguir” – e, na prática, assim se verifica em todos os centros de arbitragem, à exceção do CIAB –, sem que haja lugar à celebração de um protocolo de mediação e à realização de sessões de mediação com intervenção de um mediador de conflitos (*vd.*, a este propósito, os artigos 16.º e seguintes da LM), o que a aproxima, materialmente, de outro procedimento de RAL: a *negociação*⁵⁰.

No entanto, uma tentativa de preencher a primeira parte do n.º 1 do artigo 43.º da LAV por aplicação do prazo *máximo* de 90 dias a que alude o n.º 5 do artigo 10.º da Lei RAL parece-nos estar, por ora, votada ao insucesso.

[artigo 13.º, n.º 3, alínea a)], e, se nenhuma das partes fizer uso de tal prerrogativa, a reclamada é notificada para apresentar contestação *no prazo de 10 dias* a contar da data da notificação, findo o qual o árbitro ou profere sentença arbitral ou conclui que, atendendo ao conteúdo da contestação apresentada, é conveniente a realização de outras diligências, nomeadamente, a audiência arbitral [artigo 13.º, n.º 3, alínea b)]. Por sua vez, no caso de prolação do despacho que vem previsto na alínea c), pensado, nomeadamente, para o cenário de conhecimento oficioso de exceções dilatórias que obstem à apreciação do mérito da causa, conquanto a correspondente regra não o determine *expressis verbis*, em obediência à estrita observância do princípio do contraditório, na sua dimensão de proibição das decisões-surpresa [artigo 30.º, n.º 1, alínea c) da LAV e artigo 3.º, n.º 3 do CPC], não pode tal decisão deixar de ser precedida da audição das partes, mediante concessão de prazo simultâneo para o efeito, sob pena de se poder configurar um fundamento de anulação da sentença arbitral [artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea ii) da LAV], à imagem do que sucedeu com a Decisão Singular tirada no âmbito da ação de anulação da decisão arbitral que, sob o n.º 303/25.1YRPRT, correu termos pelo Tribunal da Relação do Porto (não publicada).

⁵⁰ Formalmente, esta *negociação* assume, todavia, o *nomen* de “mediação”, considerando que, como bem adverte Antunes (2024, p. 614), o elenco de procedimentos de RAL de consumo constante da Lei n.º 144/2015 é taxativo, “não sendo admissíveis ou relevantes [...] outras modalidades ou procedimentos extrajudiciais de resolução (tais como, por exemplo, a negociação), diversamente do que sucede com a cláusula geral plasmada no artigo 4.º, alínea g) da Diretiva RAL.

Em sentido favorável a tal exercício de subsunção, para além da identidade de espectro a que obedece cada um dos prazos em referência, poderíamos esgrimir a possibilidade, concedida ao árbitro, de prorrogação do prazo *máximo* de 90 dias em presença de um litígio de “especial complexidade”, como cláusula de salvaguarda, entendida *cum grano salis*, do potencial risco de caducidade da arbitragem por conta de uma fase de mediação mais extensa. Todavia, em sentido oposto, não nos parecendo defensável mesclar ambos os preceitos para, assim, obter uma disposição conjugada que não se encontra *de pleno* numa ou noutra normas (concordando, neste particular, com o referido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28-1-2021), colocam-se dois óbices:

1. a inexistência, na prática dos centros de arbitragem, de uma declaração, refletida nos autos, de aceitação do encargo (artigo 12.º da LAV) pelo árbitro, relevante para a fixação do *dies a quo* do prazo;
2. a inclusão, no prazo de 90 dias, do hiato temporal correspondente à fase de mediação.

Se em relação ao primeiro obstáculo destacado ainda concedemos que, mesmo na ausência de uma aceitação documentada nos autos, sempre podemos fazer corresponder tal momento ao primeiro ato processual praticado pelo árbitro, que exprime, por via de comportamento concludente, a sua intenção de assumir tal encargo (aceitação tácita)⁵¹, já a superação do segundo entrave identificado,

⁵¹ Neste sentido, a segunda parte do n.º 2 do artigo 12.º da LAV, *maxime* no segmento “nem por outra forma revelar a intenção de agir como árbitro”. Atenta a tramitação da fase de (conciliação e) arbitragem prevista no Regulamento, previsivelmente o primeiro ato do árbitro coincidirá com o despacho de gestão processual previsto no n.º 2 do artigo 13.º do RH. Reconduzindo o início da contagem do prazo de 12 meses previsto no n.º 1 do artigo 43.º da LAV ao momento da primeira intervenção do árbitro documentada nos autos de processo que correu termos pelo CICAP, *vd.* o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13-9-2022, proferido no Processo n.º

em nome da segurança e a certeza jurídica, sempre terá de passar, salvo melhor opinião, por uma modificação ao Regulamento que, promovendo a desejável harmonização com a Lei RAL, passe a prever a aplicação do prazo *máximo* de 90 dias para a conclusão da fase de (conciliação e) arbitragem (e um outro prazo, que nada obsta – e a experiência prática aconselha – que seja inferior – *e.g.*, 30 dias –, para a fase de mediação)⁵²⁻⁵³⁻⁵⁴.

154/22.5YRPRT, Relator: Des. Rodrigues Pires. De modo diverso, no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13-11-2025, proferido no Processo n.º 59/25.8YRPRT, Relator: Des. José Manuel Correia, e relativo, também, a ação de anulação de sentença arbitral do CICAP, fixou-se como *dies a quo* a data da apresentação da reclamação de consumo (agora designada *requerimento*) junto do centro de arbitragem.

⁵² Refira-se, com o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21-1-2020, que, em obediência aos ditames da boa-fé, a invocação, em ação de anulação de sentença arbitral, do fundamento de anulação aqui em análise não pode ser precedida de um comportamento processual do requerente, no seio do processo de arbitragem, que exprima uma renúncia à impugnação – cf. artigo 46.º, n.º 4 da LAV.

⁵³ Um putativo terceiro óbice que poderíamos ser tentados a assinalar prender-se-ia com o facto de o *dies ad quem* do prazo de 12 meses prescrito no n.º 1 do artigo 43.º da LAV corresponder ao momento em que a sentença final é *notificada* às partes e não ao instante em que aquela é *proferida*. Cremos, contudo, que também o prazo máximo de 90 dias mencionado no n.º 5 do artigo 10.º da Lei RAL não pode deixar de contemplar o derradeiro ato de notificação da sentença arbitral às partes, enquanto condição de eficácia subjetiva da decisão. O Regulamento dedica um preceito específico à notificação da sentença arbitral – artigo 18.º, n.º 3 do RH –, em conformidade com o qual a decisão que coloca termo ao litígio é dada a conhecer às partes através da plataforma a que se refere o seu artigo 9.º – a *Plataforma RAL+* – ou por via postal, com o envio de cópia simples, no prazo máximo de 5 dias seguidos a contar da data da remessa da sentença arbitral pelo árbitro. A *Plataforma RAL+* foi criada e encontra-se regulada pelo Decreto-Lei n.º 26/2024, de 3 de abril, que já conheceu duas alterações, operadas pelos Decretos-Leis n.ºs 56/2024, de 10 de setembro e 18/2025, de 18 de março, em ambos os casos para adiar a aplicação do diploma aos procedimentos e processos nos julgados de paz não previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 10.º, bem como nos centros de arbitragem de conflitos de consumo que integram a Rede de Arbitragem de Consumo (RAC). Nos termos da redação em vigor do artigo 10.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 26/2024, estava prevista a implementação da *Plataforma RAL+* nos meios alternativos de resolução de litígios atrás indicados a partir de 1 de janeiro de 2026, o que não veio a concretizar-se.

⁵⁴ Em face do disposto na parte final do n.º 6 do artigo 45.º da LAV, pode questionar-se, com pertinência, se deve (ou não) considerar-se incluído no prazo *máximo* para encerramento da arbitragem o conjunto de prazos previstos, nos n.ºs 1 a 5 do mesmo artigo e diploma, para os pedidos de *retificação de erros* (de cálculo, materiais, tipográficos ou outros de natureza idêntica) e *esclarecimento* (de alguma obscuridade ou ambiguidade) da sentença final ou prolação de *sentença adicional*. Sobre a querela doutrinária em torno da melhor interpretação do artigo 45.º, n.º 6, *in fine* da LAV, *vd.* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-11-2024, proferido no Processo n.º

De iure condendo, estamos em crer que este seria o melhor caminho a seguir⁵⁵, até porque nos parece desajustado o entendimento, hoje reinante, de que a resolução extrajudicial de conflitos de consumo, mormente a arbitragem, se subordina a dois prazos: um meramente indicativo ou ordenador, embora legalmente prescrito como *máximo*, de 90 dias⁵⁶; e um perentório, aplicável apenas à fase de arbitragem, que somente se completa ao fim de 12(!) meses.

REFERÊNCIAS

ABREU, Marcelino António. Arbitragem voluntária, institucionalizada, de consumo no direito português, à luz da Lei 63/2011, de 14 de dezembro e Lei 144/2015, de 8 de outubro – questões relevantes. In: VADELL, Lorenzo Mateo Bujosa (Dir). **Nuevas perspectivas del derecho en iberoamérica**. v. II.

790/23.2YRLSB.S1, Relatora: Cons. Paula Leal de Carvalho, que decidiu no sentido de que “o prazo para o termo do processo arbitral com a prolação da ‘sentença final’ a que se reporta o art. 44.º, n.º 1, da LAV, não inclui o subsequente prazo para a retificação, esclarecimento ou ‘sentença adicional’ a que se reporta o art. 45.º da LAV”. Em idêntico sentido posicionou-se o acima referido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13-11-2025, nele se proclamando que entendimento diverso importaria “uma compressão do prazo para a conclusão do processo não só injustificada, porque não prevista na lei, como inaceitável, porque fortemente potenciadora do risco de não notificação tempestiva da decisão a proferir e, com isso, o efeito drástico da extinção automática do processo e da perda de competência dos árbitros para que decidissem novamente o litígio”.

⁵⁵ O qual deve ser acompanhado de alteração em conformidade dos protocolos de cooperação celebrados entre centros de arbitragem e entidades reguladoras dos serviços públicos essenciais (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, Autoridade Nacional de Comunicações e Autoridade da Mobilidade e dos Transportes) ao abrigo dos artigos 4.º-A e 4.º-B da Lei RAL e acessíveis *online* nos sítios eletrónicos de todos os centros de arbitragem, nomeadamente em <https://www.centroarbitragemlisboa.pt/infinst.php>, *maxime* da alínea a) da “Cláusula Quinta – Requisitos e níveis de qualidade de serviço”, onde se estabelece o dever dos centros de “assegurar que os processos no âmbito setorial da Entidade Reguladora sejam findos num prazo médio igual ou inferior a 90 (noventa) dias, a contar da data em que o Centro de Arbitragem receba o processo de reclamação completo”.

⁵⁶ Reputando a solução de “criticável”, mas afirmando que, *de iure conditio*, “a regra parece clara, pelo que o poder jurisdicional do árbitro se esgota findo o prazo previsto nos n.ºs 5 e 6 [do artigo 10.º da Lei RAL] (Carvalho; Pinto-Ferreira; Carvalho, 2021, p. 192).

Porto-Salamanca: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos / Universidad de Salamanca, 2024.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos. In: Centro de Arbitragem Comercial, Associação Comercial de Lisboa (org). **I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria portuguesa: intervenções**. Coimbra: Almedina, 2008.

ANDRADE, José Robin de. Anotação ao artigo 43.º da LAV. In: VICENTE, Dário Moura (Coord.). **Lei da arbitragem voluntária anotada**. 6. ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2023.

ANTUNES, José Engrácia. **Direito do consumo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2024.

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas; CRAVEIRO, Inês Sítima. Arbitragem institucionalizada de litígios de direito do consumo: apontamentos ao âmbito de aplicação da Lei n.º 144/2015, de 08 de setembro (mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo) . In: **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, n.º 13, Coimbra, Ed. Almedina, 2020.

CARDOSO, António de Magalhães; NAZARÉ, Sara. A arbitragem necessária: natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão. In: MIRANDA, Agostinho Pereira de (org.). **Estudos de direito da arbitragem em homenagem a Mário Raposo**. Lisboa: Universidade Católica, 2015.

CARVALHO, Jorge Morais; PINTO-FERREIRA, João Pedro; CARVALHO, Joana Campos. **Manual de resolução alternativa de litígios de consumo**. Coimbra: Almedina, 2017 (reimpressão de 2021).

CEBOLA, Cátia Marques. Mediação e arbitragem de conflitos de consumo: panorama português. In: **Revista Portuguesa de Direito**

do Consumo, Coimbra, Ed. Associação Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 70, junho de 2012.

DUARTE, Paulo. A chamada “arbitragem necessária” de “litígios de consumo” no domínio dos serviços públicos essenciais: âmbito, natureza e aspectos processuais. In: ALMEIDA, Carlos Ferreira de (Coord.). **Estudos de direito do consumo: homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira**. Lisboa: Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor (DECO), 2016.

FONSECA, Tiago Soares da. **Arbitragem e mediação potestativa nos conflitos de consumo por opção do consumido**: comentários ao artigo 14.º da Lei de Defesa do Consumidor. Coimbra: Almedina, 2023.

MENDES, Sofia Ribeiro. A arbitragem necessária de consumo: uma tensão recorrente do legislador nacional. In: **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, n.º 12, Coimbra, Ed. Almedina, 2019.

MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela. **Manual de arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019.

NOGUEIRA, José A. A. Duarte. A arbitragem na história do direito português (subsídios). In: **Revista Jurídica**: Nona Série, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, n.º 20, novembro 1996.

QUADROS, Fausto de. Arbitragem “necessária”, “obrigatória”, “forçada”: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. In: MIRANDA, Jorge et al (Org.). **Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles**, vol. II, Coimbra, Almedina, 2012.

SILVA, Ana Margarida Rodrigues Ferreira da. A arbitragem de consumo nos ordenamentos jurídicos português e espanhol:

estudo comparado. Tese (Doutoramento em doutoramento “Gestión y Resolución de Conflictos: Menores, Familia y Justicia Terapéutica”)– Universidade de Vigo, Escola Internacional de Doutoramento, 2020 (sob a orientação dos Professores Doutores Pablo Grande Seara e Jorge Morais Carvalho).

SILVA, Ana Margarida Rodrigues Ferreira da. A prevalência da arbitragem potestativa nos litígios de consumo. In: **Revista Eletrónica de Direito**, Porto, Centro de Investigação Jurídico-Económica, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, v. 31, n. 2, junho 2023.

SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela. Da constitucionalidade da arbitragem necessária: o caso da arbitragem no direito do consumo. In: **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, n.º 13, Coimbra, Ed. Almedina, 2020.

VENTURA, Raúl. Convenção de arbitragem. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados, ano 46, v. II, setembro de 1986.

Recebido em: 6-3-2026

Aprovado em: 20-4-2026

REGIME JURÍDICO DE CONTRATAÇÃO EM MATÉRIA DE PETRÓLEO E DO GÁS EM MOÇAMBIQUE¹

Edson da Graça Francisco Macuácu²

Casimiro Carlos Cossa³

RESUMO

Com a descoberta de jazidas de hidrocarbonetos em Moçambique e visando fazer uma gestão mais criteriosa com intuito de assegurar que tais recursos possam garantir o bem-estar da população moçambicana no geral, assim como garantir uma exploração sustentável, por meio da Resolução n.2 5/98, de 3 de março, o Governo aprovou a Política Energética e, posteriormente, pela Resolução nº 62/2009, de 14 de outubro, aprovou a Política de Desenvolvimento de Energias Novas e Renováveis. Acto contínuo e de forma sucessiva foi aprovada a respectiva estratégia por meio da Resolução 24/2000, de 3 de outubro, posteriormente revogada pela Resolução nº 10/2009, de 4 de junho, todas do Conselho de Ministros. Neste jaez, para o caso específico do Petróleo e do Gás, sendo o país considerado como um Eldorado do Gás, há toda a necessidade de se estabelecer regras de contratação mais favoráveis, tendo, para o efeito, sido aprovada a Lei n. 9 21/2014, de 18 de agosto (Lei dos Petróleos) e o Decreto

¹ **Como citar este artigo científico.** MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco; COSSA, Casimiro Carlos. Regime jurídico de contratação em matéria de petróleo e do gás em Moçambique. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 117-142, jan.-abr. 2026.

² Doutor em Direito. Doutor em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano. Pós-Doutorando em Direito. Secretário de Estado da Ciência e Ensino Superior. Docente na Faculdade de Direito na Universidade Eduardo Mondlane. *E-mail:* macuacua.edson@gmail.com

³ Mestre em Direito Administrativo. Juiz de Direito. *E-mail:* casycossa@yahoo.com.br

n. 9 34/2015, de 31 de dezembro (Regulamento das Operações Petrolíferas). Deste modo, constitui escopo do presente trabalho analisar o regime de contratação do petróleo e gás em Moçambique, de modo a aferir se o regime jurídico em vigor se justapõe com os justos interesses da sociedade nacional.

Palavras-chave: Petróleo, gás, regime jurídico, contratação.

ABSTRACT

With the discovery of numerous hydrocarbon deposits in Mozambique and aiming at a more careful management in order to ensure that they can guarantee the well-being of the Mozambican population in general as well as guaranteeing sustainable exploration, through Resolution No. 5 / 98, of March 3, the Government approved the Energy Policy and, subsequently, by Resolution no. 62/2009, of October 14, the Development Policy for New and Renewable Energies was approved. Continuous act and successively to approve the respective strategy through Resolution no. 24/2000, of 3 October, subsequently revoked by Resolution no. 10/2009, of 4 June, all of the Council of Ministers for the specific case of Oil and Gas, the country being considered as an Eldorado do Gas, there is all the need to establish more favourable contracting rules, with Law no. 21/2014 being approved, of August 18 (Petroleum Law) and Decree No. 34/2015, of December 31, (Regulation of Petroleum Operations). Thus, it is the scope of the present work to analyse the Oil and gas-contracting regime in Mozambique, in order to assess whether the legal regime in force is juxtaposed with the just interests of national society.

Keywords: Oil, gas, legal regime, contracting.

SUMÁRIO: 1 Enquadramento Legal. 2 Natureza Jurídica dos Contratos do Petróleo e do Gás. 3 Regimes Contratuais mais Comuns. 4 Contratação do Petróleo no Direito Comparado. 4.1 O Regime de Contratação da República Federativa do Brasil. 4.2 O Regime de Contratação da República de Angola. 5 O Caso Moçambicano. 6 Conclusão. Referências.

1 ENQUADRAMENTO LEGAL

Moçambique é um país rico em hidrocarbonetos que, geridos da melhor forma, facilmente poderão contribuir para a melhoria da qualidade de vida dos seus concidadãos, evitando-se, desse modo, a eventual pilhagem, contribuindo para uma exploração racional e sustentável dos recursos, promovendo o desenvolvimento local.

De acordo com o plasmado no nº 1 do artigo 98 da Constituição da República de Moçambique, doravante tratada por CRM, os recursos naturais situados no solo e no subsolo, nas águas interiores, no mar territorial, na plataforma continental e na zona económica exclusiva são propriedade do Estado. À luz do disposto nas alíneas f) e h) do nº 2 do artigo retrocitado, o potencial energético e as jazidas minerais, constituem bens do domínio público.

Com efeito, visando à materialização do preceito constitucional supra, o país, não dispondo de recursos humanos qualificados e recursos financeiros para levar a bom porto os investimentos nessa área, impõe-se a adopção de um quadro legal favorável à atracção de investidores nacionais e ou estrangeiros vis a vis acautelar os interesses nacionais.

Entretanto, para que esta riqueza do petróleo e do gás se traduza em ganhos exponenciais para o país, é pertinente que no âmbito da contratação de empresas para a pesquisa e exploração se adopte um regime jurídico de contratação mais favorável, que permita uma maior transparência e benefícios para o desenvolvimento local, uma maior captação da renda fiscal, repartição de ganhos advenientes da produção e empoderamento aos cidadãos e as empresas nacionais, assim como acautelar o futuro das gerações vindouras.

Foi nesse contexto que foi criado o Instituto Nacional do Petróleo (INI), pelo Decreto nº 25/2004, de 20 de agosto, que, à luz

do previsto n.º 1 do artigo 22 da Lei nº 21/2014, de 18 de agosto, é uma pessoa colectiva de direito público, dotada de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e é tutelado pelo Ministro que superintende às actividades petrolíferas.

O Instituto Nacional do Petróleo (INI) enquanto regulador é o responsável pelo processo de “contratação em matéria do petróleo e do gás”.

O Instituto Nacional do Petróleo (INI), em nome do Estado moçambicano, tem promovido concursos públicos para concessões de blocos de pesquisa e exploração de petróleo e do gás e fiscalizando as empresas concessionárias, nos termos do previsto no Regulamento das Operações Petrolíferas, aprovado pelo Decreto nº 34/2015, de 31 de dezembro.

2 NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DO PETRÓLEO E DO GÁS

Segundo Lima (2012), “um regime jurídico da exploração e produção do petróleo é um conjunto de normas, regras e princípios que regulam as actividades inerentes à indústria petrolífera num determinado local ou Estado”.

Relativamente aos contratos na área do petróleo e do gás, debate-se a sua natureza no sentido de serem qualificados como do direito público ou do direito privado.

De acordo com o disposto na alínea d) do nº 2 do artigo 176 da Lei n. 14/2011, de 10 de agosto, os contratos de concessão de uso privativo de domínio público são administrativos. Tendo em conta que nesta matéria, tanto na fase de formação assim como nas fases de celebração e de execução, os contratos buscam subsídios importantes no domínio privado, há correntes doutrinárias que sustentam que

tais contratos são do Direito Privado; e outros consideram-nos *sui generes*, tendo em conta a sua natureza híbrida.

A este respeito, apesar do nosso quadro jurídico-legal, mormente a Lei nº 21/2014, de 18 de agosto, Lei dos Petróleos, definir, expressamente, o contrato de concessão como sendo contrato administrativo, esta posição não é pacífica do ponto de vista doutrinal.

Na verdade, há correntes que defendem que sendo contratos administrativos com objecto passível de acto administrativo, é inquestionável a natureza pública na fase inicial concretamente de prospecção. No entanto, visto que o produto obtido passa a ser uma *commodity* a natureza pública deixa de ser defensável.

Relativamente a este debate, Francisco Briosa e Gala, defende a tese da tipicidade das formas contratuais atípicas no comércio internacional do petróleo, posição que, entretanto, perfilhamos no sentido de que as partes gozam de autonomia da vontade e que dentro da sua atipicidade os contratos se tornam típicos, bastando “que desempenhem uma função económico social, que estejam difundidos na prática negocial e que exista de alguma forma uma recepção pela ordem jurídica”, pelo que, consideramos que os contratos de petróleo e do gás são atípicos.

3 REGIMES CONTRATUAIS MAIS COMUNS

Hodiernamente, no que concerne às operações da indústria do petróleo e do gás, existem três partes, designadamente *upstream*, *midstream* e *downstream*.

Com efeito, o *upstream* engloba as actividades de procura, identificação e localização das fontes de petróleo, e ainda o transporte deste petróleo extraído até as refinarias, onde será processado. São as actividades inerentes à exploração, perfuração e produção.

Midstream é a fase em que as matérias-primas são transformadas, nas refinarias, em produtos prontos para o uso específico, convertendo por exemplo o crude, entre outros produtos, em gasolina, diesel, etc.

Downstream corresponde à parte da logística, ou seja, o transporte dos produtos da refinaria até os locais de consumo, compreendendo o transporte, distribuição e comercialização.

Deste modo, para a operacionalização das partes anterior e proximamente mencionadas, na actividade ou área do petróleo e do gás, existe uma vasta gama de tipos de contratos consoante a especificidade do objecto pretendido, nomeadamente na pesquisa, na prospecção, na extracção e na exploração do petróleo e do gás.

Entretanto, Macuácu divide os contratos, por um lado, no plano vertical (“quer dizer das relações que se estabelecem entre o Estado-anfitrião e a Companhia ou empresa petrolífera”), pontificam os contratos de concessão, os contratos de prestação de serviços e os contratos de partilha de produção, e por outro no plano horizontal [“O das relações que directamente intercedem entre as diversas companhias petrolíferas entre si temos os contratos de empreendimento comum (joint ventures), onde perfilam os acordos de actividade conjunta (joint-operating agreements), os acordos de proposta conjunta (joint-bidding agreements), corporate e non-corporate joint-operating agreements.”].

Neste sentido, no plano vertical temos, *prima facie*, o contrato de concessão considerado por muitos autores como clássico v.g. Macuácu (2019, Viera de Andrade e Marcos (2011-2014), que consiste em o Estado conceder ou atribuir à companhia petrolífera o direito de desenvolvimento da actividade, ao transferir para o ente privado (empresa contratada) os seus direitos e os riscos inerentes à operação. Quer isto dizer que o Estado se limita a auferir

contrapartidas financeiras e a arrecadar de receitas e *royalties*, abstendo-se de ganhos inerentes aos lucros das operações, assim como livra-se do risco ao eventual fracasso do negócio, desde a não descoberta do produto na pesquisa ou existência de quantidades não comercialmente sustentáveis.

Este modelo contratual, segundo Macuácuá, apresenta as seguintes características: amplas áreas de concessão, sem direito de desistência, da parte a parte; longa duração do contrato, sem possibilidade de revisão, podendo em certos casos ultrapassar 65 anos; direitos exclusivos sobre as operações de *downstream*; direito de propriedade sobre as reservas de petróleo em favor das companhias petrolíferas estrangeiras; isenção de todos os impostos e taxas aduaneiras; pagamentos de um reduzido valor de *royalty* sobre o volume total de petróleo produzido; transferência para o Governo local da área concedida e dos equipamentos remanescentes ao final da concessão; fixação arbitrária e unilateral do preço do petróleo extraído, sem qualquer participação.

Em segundo lugar, temos o contrato de prestação de serviço por meio do qual o Estado celebra o acordo com o ente privado para qualquer dos objectos pesquisa, prospecção, extracção e exploração do petróleo e do gás, limitando-se a efectuar o pagamento do serviço solicitado. Nesta conformidade, o Estado não abdica da titularidade dos direitos e dos proventos advenientes dos ganhos inerentes a esta actividade. Assim, assume a totalidade dos riscos. Neste sentido, caso a pesquisa resulte em insucesso, o Estado é que cai em prejuízos. Em caso de sucesso, a totalidade dos ganhos são do Estado, sem necessidade de partilhar com nenhuma entidade.

Daqui decorre que na actualidade, tendo em conta que esta tipologia de contratos acarreta riscos avultados para a despesa pública, aliado aos poucos recursos disponíveis nos Estados, muitas

nações desaplicam-no, verificando-se, ainda, em países asiáticos e latino-americanos, dado o excesso de liquidez financeira e existência de jazidas enormes, que colocam-nos com pouco risco na descoberta do produto.

Segundo Lima (2012) “o contrato de prestação de serviços é utilizado em países do Médio Oriente, no Irão e na Arábia Saudita devido a que nestes o direito de explorar e produzir hidrocarbonetos é de atribuição exclusiva, não delegável, da NOC. E também utilizado na América Latina, mais precisamente no México e no Equador”.

De resto, observa-se que o Estado encarrega a companhia petrolífera da realização dos serviços, recebendo a entidade contratada, concretamente a empresa, o preço da actividade. Há casos em que simultaneamente o Estado é detentor da companhia petrolífera.

Como se pode depreender, este regime de contrato está diametralmente em lado oposto ao contrato de concessão.

Por último, temos o Contrato de Partilha de Produção, que se encontra numa posição intermédia entre os contratos retromencionados. Por conseguinte, resulta vítreo nestes acordos que ambas as partes, concretamente o Estado e a empresa, partilham a distribuição entre si dos proventos da actividade do petróleo e do gás produzidos, pese embora a actividade seja realizada, em regime de exclusividade, pela empresa contratada, que de forma concomitante assume todos os riscos (geológicos, comerciais e financeiros), inerentes a operação.

E um dos critérios normalmente ajustado de partilha do petróleo assenta na distinção entre o petróleo inicialmente arrecadado (o designado “cost Oil”), que é totalmente reservado à companhia petrolífera, pagando-se esta, dessa forma, do seu investimento,

e o petróleo subsequentemente obtido (o designado “profit Oil”), este já objecto de repartição entre as partes, de acordo com percentagens a acordar (Leitão, 2015, p. 140).

É permitido que as partes contraentes durante a execução do contrato possam alterar o acordado inicialmente, máxime no que tange à assunção dos riscos operacionais, de parte a parte, como se observa na cláusula “sole risk”.

De resto, o Contrato de Partilha de Produção apresenta as seguintes características: a propriedade dos hidrocarbonetos permanece no Estado, não sendo admitida qualquer forma de propriedade privada sobre eles, salvo em relação à quota atribuída como remuneração contratual na partilha da produção à quota atribuída como remuneração contratual na partilha da produção; o Estado mantém controlo sobre a actividade, sendo a outra parte que assume a responsabilidade pela execução; a companhia petrolífera submete anualmente os seus programas de trabalho e orçamento à aprovação pelo Estado; a companhia petrolífera assegura o financiamento e a transferência de tecnologia e assume todos os riscos dessa actividade; a companhia petrolífera tem direito a uma parte na proporção pré-estabelecida (profit Split); todo o equipamento importado para o Estado detentor ficará a ser pertença deste, salvo quanto ao equipado locado ou objecto de subcontratos de prestação de serviços, o que constitui o corolário da propriedade do Estado, sobre os recursos petrolíferos e os activos destinados à exploração petrolífera.

É mister asseverar que todos os tipos de contratos mencionados apresentam vantagens e desvantagens, pelo que caberá a cada Estado, tendo em conta as suas especificidades, necessidades e robustez do sistema de controlo interno, adoptar o regime jurídico

que se lhe caracteriza e conseqüentemente o modelo contratual mais favorável.

Neste sentido, militam como vantagens e desvantagens dos contratos de concessão e de partilha de produção as seguintes.

Na concessão, tem-se em primeiro lugar, que o contrato é mais simples, preciso e de fácil entendimento para as partes envolvidas, o que facilita o processo de fiscalização por parte das entidades competentes; em segundo lugar, o carácter progressivo das alíquotas de participação especial, ou seja, a evolução de percentagem a que o Estado tem direito sobre os lucros das empresas com a actividade no bloco, conforme eles incrementem, uma relação de *win win* pois, com o aumento do volume de receitas, o Estado simultaneamente se beneficia desse incremento em termos de arrecadação; em terceiro lugar, o Estado não assume nenhum risco financeiro na exploração e produção do petróleo e do gás; em quarto lugar, no âmbito dos leilões o contrato de concessão no caso em que o esforço das empresas tem relevância na alocação dos rendimentos futuros na actividade petrolíferas, pois, como que não é possível reproduzir as receitas expedidas no sistema de partilha, torna a alíquota de participação especial o critério de escolha de vencedor do leilão em vez de ser fixado previamente pelo Governo no contrato.

O contrato de concessão apresenta as seguintes desvantagens: o facto de se basear essencialmente numa receita das *royalties* e impostos, e o facto de necessitar que o Estado detentor possua um sistema fiscal e de controlo da receita muito eficaz, sem o que as companhias petrolíferas tenderão a evadir os pagamentos. Por outro lado, as companhias petrolíferas estão constantemente sujeitas às alterações no sistema fiscal, o que aumenta o risco político.

O contrato de partilha de produção apresenta as seguintes vantagens: em primeiro lugar, incrementa o poder do Estado em

exercer a política comercial no sector do petróleo, como por exemplo, definir o preço e o volume da *commodity* que será exportado ou retirado internamente e refinado; em segundo lugar, a possibilidade que o sistema de partilha oferece ao Governo de fazer políticas de subsídios.

Há que assinalar que a partilha de produção apresenta desvantagens, no que concerne aos riscos financeiros que o Estado assume, assim como as dificuldades que se tem de controlar e avaliar do *cost Oil* e *profit Oil*, facto que propicia maiores fraudes.

Todavia, há que ter presente que em qualquer dos regimes contratuais, caso o Estado não disponha de um bom sistema de controlo, em termos de regulação e da administração tributária, a susceptibilidade de evasão fiscal e fraudes será muito alta por parte das empresas concessionárias.

4 CONTRATAÇÃO DO PETRÓLEO NO DIREITO COMPARADO

4.1 O REGIME DE CONTRATAÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Segundo Mello, em Brasil, pela sua Constituição Federal e sua Lei de Petróleo, adoptou-se ao modelo de contrato de concessão. *In casu*, a empresa concessionária, após o pagamento das obrigações tributárias, apropria-se, plenamente da produção, cabendo ao Estado ficar com *royalties*, com a Participação Especial e o Pagamento pela Ocupação ou Retenção de Área. Deste modo, vislumbra-se que a posição assumida se equipara à nossa.

Entretanto, um novo marco na regulação daquele país surge em 31 de agosto de 2009, quando quatro Leis fizeram passar a

“Cessão onerosa à Petrobras na forma de capitalização, pelo Tesouro Nacional, dos 41 blocos exploratórios contíguos ao Campo de Tupi via contratação directa, com reservas estimadas de 5 bilhões de petróleo, sem pagamento de bônus de assinatura muito menos participações especiais” (Mello, 2009). Assim, a empresa do Estado passou a deter blocos com uma percentagem de 100% da estrutura accionária, situação que a nosso entender deve, a breve trecho, ser adoptada em Moçambique.

4.2 O REGIME DE CONTRATAÇÃO DA REPÚBLICA DE ANGOLA

Em Angola, a par do que acontece em Moçambique, com a Empresa Nacional de Hidrocarbonetos, existe uma empresa pública nacional, a Sonangol E.P., a qual é o braço empresarial do Estado na exploração do petróleo.

Os mecanismos de escolha e contratação das empresas são feitos por processo de licitação, por via de concursos públicos. No entanto, é-lhes permitido fazer licitações especiais por via de ajustes directos assim como a licitação de empresas de pequeno porte controladas por cidadãos angolanos. O que não se observa em Moçambique.

Segundo Lima (2012), “a atribuição de concessões está a cargo da Sonangol, enquanto concessionária nacional. Só este organismo pode atribuir direitos de exploração de petróleo e de gás natural no território e na faixa continental, situação diversa da moçambicana”.

De acordo com o disposto no artigo 14.9 da Lei nº 10/2004, de 12 de novembro, em Angola “é permitida a concessionária nacional associar-se com entidades nacionais ou estrangeiras de comprovada

idoneidade e capacidade técnica e financeira, mediante prévia autorização do Governo.”. Além disso, que as associações referidas anteriormente, podem revestir a forma de sociedade comercial; contrato de consórcio; contrato de partilha de produção, bem como é permitido à concessionária nacional o exercício de operações petrolíferas através de contratos de serviços de risco.

Daí que Leitão (2015), sustenta que “o único modelo contratual vedado em Angola para o exercício das operações petrolíferas é o modelo da prestação de serviços clássica, sendo aceites todos os outros modelos”.

Um novo marco no regime contratual emergiu recentemente, com a aprovação do Decreto Presidencial n. 2 271/20, que estabelece o regime jurídico para a promoção e desenvolvimento da actividade do conteúdo local do sector dos petróleos (Lei do Conteúdo Local), aplicável às associadas da concessionária nacional e às sociedades comerciais angolanas e de direito angolano que prestem serviço e fornecem bens ao sector dos petróleos.

Assim, de entre as várias inovações decorrentes do diploma legal supramencionado, uma vez que existem muitas empresas nacionais certificadas inscritas na Agência Nacional do Petróleo e Gás, às empresas concessionárias que operam nos blocos ficam vedadas a contratação de serviços básicos como por exemplo, transporte, segurança, etc., exercidos por empresas estrangeiras, salvo determinadas excepções, quando não haja no mercado nacional. Neste último caso, mediante autorização do Governo.

5 O CASO MOÇAMBICANO

No direito pátrio, resulta vítreo que o legislador assumiu uma posição um tanto ambígua relativamente à tipicidade dos contratos.

Na verdade, diante dos vários regimes contratuais, por um lado, optou por consagrar o contrato de concessão, à luz do disposto no artigo 28 e seguintes da Lei n.º 1/2014, de 18 de agosto – Lei dos Petróleos – mas, por outro lado, criou mecanismos de partilha de produção, no artigo 31 e seguintes da Lei n.º 27/2014, de 23 de setembro (que “Estabelece o regime Específico de Tributação e de Benefícios Fiscais das Operações Fiscais das Operações Petrolíferas”).

Com efeito, a Lei n.º 27/2014, de 23 de setembro, estabeleceu-se que:

ARTIGO 32 (Partilha de produção)

1. As disposições relativas à recuperação de custos e ao direito a lucro constantes do artigo anterior são aplicáveis ao petróleo de modo a que o Estado e a concessionária tenham direito, em quotas participativas indivisas, ao petróleo disponível para venda pela concessionária em período determinado.

2. Salvo se o Governo determinar de outro modo no contrato de concessão, a venda desse petróleo deve ser efectuada numa base conjunta com a concessionária e esta detém esses direitos em proporções indivisas iguais às proporções de petróleo disponível a que cada parte tinha direito durante esse período e tais determinações do Governo não devem afectar os volumes de petróleo sujeitos a contrato.

3. Em conformidade, as receitas da venda de petróleo, efectuada numa base conjunta em qualquer período determinado, são divididas entre o Estado e a concessionária, independentemente do número de parceiros na joint-venture nas proporções do seu direito indiviso ao petróleo vendido.

[...].

À luz do preceituado no artigo 18 do Modelo de Contrato de Concessão de Pesquisa e Produção de Petróleo, aprovado pela Resolução n. 25/2016, de 3 de outubro, prevê-se, de forma expressa,

que o Estado e cada concessionária serão coproprietários do petróleo extraído, em partes indivisíveis, até que cada qual assuma individualmente a titularidade e a entrega da sua quota –parte do petróleo produzido no ponto de entrega.

Além disso, por força do disposto no n.º 1 do artigo 9 do Modelo, aprovado pela Resolução retro citada, estabelece-se que

As Concessionárias devem suportar e pagar todos os custos em que incorram na execução das Operações Petrolíferas em que as Concessionárias participem, recuperando esses custos até o limite de 60% (“Petróleo de Custo”), na medida do permitido pelo disposto neste CCPP incluindo o Anexo “C” deste CCPP (doravante referidos como “Custos Recuperáveis”), e será remunerada exclusivamente pela atribuição às Concessionárias da titularidade sobre quantidades de Petróleo de acordo com os termos do Regime Específico de Tributação e de Benefícios das Operações Petrolíferas (Lei n.º 27/2014, de 23 setembro), do respectivo Regulamento, aprovado pelo (Decreto n. 32/2015, de 31 de dezembro), e do código do IRPC.

E no n.º 7, fixa-se os quantitativos de partilha, nos termos seguintes:

Factor R	Quota-parte do Governo	Quota-parte da concessionária
Inferior a 1	15%	85%
Igual ou superior a 1 e inferior a 1.5	25%	75%
Igual ou superior a 1.5 e inferior a 2	35%	65%
Igual ou superior a 2 e inferior a 2.5	50%	50%
Igual ou superior a 2.5	60%	40%

Como se depreende dos dados anteriores e próximos, esta situação se assemelha à característica dos contratos de partilha de produção, segundo o qual a “companhia petrolífera tem direito a

uma parte do petróleo destinado a amortizar os seus custos (Cost Recovery). Após a recuperação dos custos, o excedente será repartido entre as partes na proporção pré-estabelecida (Profit Split).”.

Destarte, podemos considerar que o regime de contratação em matéria do petróleo e do gás em vigor em Moçambique é misto.

De acordo com o plasmado no nº 1 do artigo 28 da Lei nº 21/2014, de 18 de agosto, regime jurídico em vigor, consagra quatro tipos de contrato, designadamente, contrato de reconhecimento, contrato de pesquisa e produção, contrato de construção e operação de sistemas de oleodutos e gasoduto. Paralelamente, foi consagrada a modalidade de concurso público, de acordo com o estabelecido no artigo 21 retrocitado, conjugado com o artigo 5 do Regulamento das Operações Petrolíferas, aprovado pelo Decreto n. 34/2015, de 31 de dezembro.

Deste modo e para efeito de concurso, o artigo 5 do Regulamento supracitado impõe que

ARTIGO 5 (Concurso Público).

1. Os contratos de concessão para a realização de operações petrolíferas, resultam de concurso público cujos procedimentos devem ser publicados quer nos jornais de maior circulação no país quer eletronicamente no portal do Governo.
2. Os procedimentos do concurso para a outorga de contratos de concessão devem incluir, no mínimo os seguintes:
 - a) os termos e condições sob concurso e negociáveis;
 - b) os prazos mínimos para submissão dos pedidos que não devem ser inferiores a 3 meses no caso do contrato de concessão de reconhecimento e 6 meses para os restantes contratos de concessão e o contrato de concessão modelo.

Para o efeito, caso uma determinada empresa pretenda concorrer para os contratos de concessão deve solicitar, mediante

um requerimento, ao Ministro que superintende a área dos Petróleos, conforme o plasmado nos nº 1 dos artigos 7, 9, 11 e 13 todos do Regulamento das Operações Petrolíferas, aprovado pelo Decreto nº 34/2015, de 31 de dezembro.

Os termos de contrato obedecem aos requisitos estabelecidos nos artigos 8, 10, 12 e 14 do Regulamento suprarreferido, nos quais se indicam as cláusulas obrigatórias, dentre outras as seguintes:

- a identificação das partes do contrato de concessão;
- sendo uma pessoa jurídica estrangeira ter capacidade civil e sede estatutária em Moçambique;
- a identificação da área do contrato de concessão;
- o tratamento da matéria sobre o uso e aproveitamento da terra e direitos conexos;
- as obrigações mínimas de trabalho;
- a duração das várias fases das operações petrolíferas;
- o tratamento de informação confidencial;
- os direitos de pesquisa, desenvolvimento e produção;
- a indicação do operador; o acesso de terceiros aos sistemas de oleodutos ou gasodutos;
- os termos da participação do Estado;
- os requisitos ambientais específicos;
- o plano de formação de técnicos nacionais das instituições envolvidas nas operações petrolíferas;
- os requisitos para o plano de conteúdo local;
- a resolução de litígios;
- a cláusula anticorrupção, etc.

Relativamente à cláusula anticorrupção, é importante referir que por força do previsto no artigo 6 da Lei nº 6/2004, de 17 de junho (introduz mecanismos complementares do combate à corrupção), impõe que em todos os contratos em que o Estado, autarquias locais ou outras pessoas de direito público, é obrigatória a inclusão desta cláusula e que em caso de sua omissão, o contrato se torna nulo e de nenhum efeito.

Calcorreando estas cláusulas, vislumbra-se que na letra os contratos obedecem um ritual alegadamente internacional e que acautela os interesses nacionais. Todavia, do ponto de vista micro, constata-se, à vista desarmada, que embora os contratos apresentem esse requinte, não passa de mero folclore, senão vejamos: todas as empresas que foram concessionadas blocos de exploração de gás, máxime no Bloco de Rovuma, não possuem uma sede estatutária em Moçambique, aliando ao facto de não estarem inscritos na Bolsa de Valores.

O país ainda não conta com uma lei de conteúdo local de forma a espelhar como se acautela os interesses das participações empresariais nacionais no acesso ao negócio. Ainda a este respeito, para o caso dos projectos da Bacia do Rovuma, Área 1 e 4, a matéria foi atribuída um carácter excepcional ao ser regida pelo Decreto-Lei nº 2/2014, de 2 de dezembro.

Esta situação tem sido fonte de vários debates sociais, incluindo a Confederação das Associações Económicas (CTA), as organizações da sociedade civil (OSC), assim como os partidos políticos, principalmente da oposição, que clamam pela aprovação deste instrumento de forma a potenciar a participação do empresariado nacional no negócio, ainda que seja como fornecedores de bens ou prestadores de serviços, assim como fortalecer os ganhos por parte das populações nacionais no geral e, em especial, das regiões onde se situam as jazidas.

Na verdade, existe uma proposta de iniciativa do Governo em parceria com a Confederação das Associações Económicas (CTA), submetido a uma auscultação e debate público carecendo ainda de consenso entre as partes para a sua remissão à Assembleia da República. Todavia, enquanto o diploma legal não é aprovado, por iniciativa do Governo, assim como das empresas concessionadas têm havido muitos fóruns de divulgação de potencialidades de negócio, na Bacia do Rovuma (ENH, Anadarko, etc.), bem como pela Sasol, S.A., na Província de Inhambane. Contudo, nada de concreto ainda foi convencionado de forma a assegurar os melhores interesses do empresariado nacional.

Sobre este aspecto, coloca-se, por outro lado, se a lei é exclusiva ao cidadãos naturais e residentes dos locais da extracção dos hidrocarbonetos ou a todo moçambicano. Assim, venceu no projecto em alusão a tese nacional, ou seja, apartando-se do conteúdo local visto na dimensão territorial passando para conteúdo nacional de modo a abranger todos os cidadãos nacionais tendo em conta a unicidade do Estado, prevista no artigo 8 da CRM.

Quanto aos termos de participação do Estado, de acordo com o estabelecido no artigo 33, nº 1, alínea a), ponto (i), da Lei nº 15/2011, de 10 de agosto, a participação do Estado situa-se entre os 5% a 20%. Estranhamente, em nenhuma das concessões o Estado detém uma participação de 20%.

Adicionalmente, o nº 2 do artigo 19 da Lei nº 21/2014, de 18 de agosto obriga a que o Governo assegure que uma percentagem das receitas geradas na produção de petróleo seja canalizada para o desenvolvimento das comunidades das áreas onde se realizam as operações. Debalde, pois assiste uma inércia no cumprimento do definido na Lei.

Tratando-se de contratos que implicam a arrecadação de receitas e a realização de despesas por parte do Estado, antes da

produção de efeitos jurídicos estão sujeitos à fiscalização prévia por parte do Tribunal Administrativo, ao abrigo do disposto na alínea a) do artigo 59, alínea c) do nº 1 dos artigos 60 e 61 todos da Lei nº 14/2014, de 14 de agosto, alterada e republicada pela Lei nº 8/2015, de 6 de outubro, conjugado com o nº 2 do artigo 3 do Modelo de Contrato de Concessão de Pesquisa e Produção de Petróleo, aprovado pela Resolução nº 25/2016, de 3 de outubro, que estabelece que “antes da verificação da respectiva Data Efectiva, este CCPP terá que ser aprovado pelo Conselho de Ministros, os acordos a ele pertencentes terão que ser assinados por cada Concessionária, e terá de ser obtido o visto do Tribunal Administrativo”.

Quanto aos prazos, matéria disciplinada no artigo 18 do Regulamento das Operações Petrolíferas, aprovado pelo Decreto nº 34/2015, de 31 de dezembro, o contrato de concessão de pesquisa e produção é atribuído em regime de exclusividade e dividido em dois períodos, sendo de oito anos para pesquisa e até trinta anos para desenvolvimento e produção. No que concerne ao contrato de concessão de sistemas de oleoduto ou gasoduto ou de infraestruturas tem a duração de máxima de trinta anos, a contar da data da aprovação do plano de desenvolvimento.

Relativamente à prorrogação, é mister referir que é permitido, à luz do estabelecido no artigo 19 do Regulamento das Operações Petrolíferas, aprovado pelo Decreto n. 34/2015, de 31 de dezembro, bastando para o efeito, submeter um requerimento dirigido ao Ministro que superintende a área dos Petróleos, acompanhado de um mapa de localização, com indicação das respectivas coordenadas, a parte da área do contrato de concessão objecto do pedido de prorrogação.

No que concerne à prorrogação, trata-se de uma “situação excepcional” que se difere, apenas, nos termos económicos oferecidos

pela concessionária se revelem favoráveis para o interesse nacional. Para tal, incumbe a concessionário submeter a entidade competente, o correspondente requerimento, conforme se constata do artigo 20 do diploma legal em apreciação.

No que tange à extinção, de acordo com o estatuído no artigo 22 do Regulamento das Operações Petrolíferas, aprovado pelo Decreto n. 9 34/2015, de 31 de dezembro, os contratos de concessão extinguem-se por termo do contrato de concessão; por renúncia de direitos ao abrigo do contrato de concessão e revogação.

Perante estas cláusulas obrigatórias e calcorreado o Contrato celebrado entre o Governo da República de Moçambique, Anadarko Moçambique Área 1 e a Empresa Nacional de Hidrocarbonetos E.P. tendo como objecto a concessão, pesquisa e produção da Área 1 “offshore” do Bloco de Rovuma República de Moçambique, constata-se que tal contrato observa o disposto na lei e foi sujeito à fiscalização prévia do Tribunal Administrativo.

Eis, no entanto, as epígrafes do contrato que é composto por 35 artigos e 6 anexos: Artigo I - Documentos contratuais; Artigo 2 - Definições; Artigo 3 - Direitos contratuais e sua duração; Artigo 4 - Obrigações de trabalho e durante o período de pesquisa; Artigo 5 - Condução de operações petrolíferas; Artigo 6 - Descoberta comercial e desenvolvimento; Artigo 7 - Abandono de áreas; Artigo 8 - Registos e relatórios; Artigo 9 - Recuperação de custos e direito à produção; Artigo 10 - Determinação do valor do petróleo; Artigo 11 - Termos fiscais e outros encargos; Artigo 12 - Bonus de produção; Artigo 13 - Regras sobre o levantamento; Artigo 14 - Conservação do petróleo e prevenção de perdas; Artigo 15 - Desmobilização; Artigo 16 - Seguros; Artigo 17 - Gás Natural; Artigo 18 - Emprego e formação; Artigo 19 - Indeminização e responsabilidade; Artigo 20 - Titularidade; Artigo 21 - Direitos de Inspeção; Artigo 22 -

Contabilidade e auditoria; Artigo 23 - Confidencialidade; Artigo 24 - Cessão; Artigo 25 - Força maior; Artigo 26 - Regime cambial; Artigo 27 - Natureza e âmbito dos direitos da concessionária; Artigo 28 - Protecção ambiental; Artigo 29 - Renúncia e resolução; Artigo 30 - Consulta, arbitragem e perito independente; Artigo 31 - Lei aplicável; Artigo 32 - Língua; Artigo 33 - Acordo de operações conjuntas; Artigo 34 - Acordos futuros; e Artigo 35 - Notificações.

Quanto aos anexos temos os seguintes: Anexo A - descrição da área do contrato; Anexo B - Mapa da área do contrato; Anexo C – Procedimentos contabilísticos e financeiros; Anexo D - Modelo de garantia bancária; Anexo E - Modelo de garantia de cumprimento; e Anexo F - Acordo de operações conjuntas.

Ora, como se apura este contrato não acautela muitas questões como de conteúdo local, na vertente dos ganhos das empresas nacionais e de contratação da mão de obra moçambicana, facto que no dia a dia se reveste em prejuízos para a sociedade nacional.

6 CONCLUSÃO

Moçambique conta com um regime jurídico misto de contratação no âmbito do petróleo e do gás. Entretanto, apesar de a Lei n.º 21/2014, de 18 de agosto, Lei do Petróleo, prever que os contratos neste âmbito são de concessão, o mesmo legislador, simultaneamente, previu mecanismos de partilha de produção em outros diplomas legais, designadamente na Lei n.º 27/2014, de 23 de setembro, lei que estabelece o regime específico de tributação e de benefícios fiscais das operações petrolíferas, e na Resolução n.º 25/2016, de 3 de outubro.

Neste contexto, pode se concluir que o regime de contratação adoptado em Moçambique é misto, uma vez que do ponto de vista

formal está consagrado o contrato de concessão, mas, materialmente estão previstos mecanismos de partilha de produção.

Ora, esta solução adoptada, tendo em conta as vantagens e as desvantagens de cada um dos regimes contratuais, visava conferir maiores ganhos para o país que, contudo, dada às fragilidades apontadas, como os casos da ausência da lei do conteúdo local, a ineficácia do INP como regulador tem permitido que o Tesouro não possa assegurar uma colecta efectiva das receitas eventualmente devidas.

Com efeito, visto que ainda persistem algumas imperfeições no regime adoptado urge sanear visando assegurar os justos e legítimos interesses superiores da nação.

Neste sentido, propõe-se, por um lado, que a entidade reguladora, Instituto Nacional do Petróleo (INP) cumpra, efectivamente, com o seu papel, nomeadamente obrigando as empresas concessionárias a terem uma sede estatutária em Moçambique, assim como a se inscreverem na Bolsa de Valores.

Por outro lado, que a entidade competente aprove com a maior celeridade a Lei do conteúdo local.

Que se proceda com a revisão legislativa quanto a Lei do Petróleo e do Gás, quanto a modalidade de contratação, de modo a não prever exclusivamente o concurso público, passando a incluir o regime especial do ajuste directo, para os casos em que os blocos sejam adjudicados à Empresa Nacional dos Hidrocarbonetos (ENH), pois, só assim, poder-se-á proteger as gerações vindouras e incrementar os ganhos para o país, como aliás procedeu o Brasil.

Daí que o regime misto adoptado não tem mostrado mais ajustado a realidade nacional, por não estar a conseguir prover muitos ganhos para a economia em termos de arrecadação de receitas,

assim como na absorção de mão de obra local e disponibilização de negócios aos nacionais.

Sendo certo que o país dispõe de reservas bastante assinaláveis jazidas de gás que só por si são factores de atracção de investidores apesar dos riscos associados, e tendo sido adoptado o regime misto, há que clarificar as zonas de penumbra em termos de regulamento de modo a assegurar os justos interesses da sociedade nacional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de; MARCOS, Rui de Figueiredo. **Direito do Petróleo** (Projeto de Investigação). Faculdade de Direito de Coimbra. Universidade de Coimbra, 2011-2014.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

GALA, Francisco José Serra Briosa. A tipicidade das formas contratuais atípicas no comércio internacional do petróleo. Monografia (Pós-Graduação em Direito da Energia)– Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. [S. d.]. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/646-964.pdf>>.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Os contratos no direito do petróleo e do gás. In: VICENTE, Dário Moura (Coord.). **Direito dos petróleos: uma perspectiva lusófona**. 2. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2015.

LIMA, Ângela Maria Domingos. *Lex petrolea: um estudo comparativo da “Lei do Petróleo” em Países de Língua Oficial Portuguesa: Brasil, Angola, São Tomé e Príncipe, Timor,*

Moçambique e Portugal. Dissertação (Mestrado)– Universidade Lusíada, 2012. 328 f. Porto, 2012.

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco. **Direito do petróleo e do gás em Moçambique**. Maputo: Escolar, 2019.

MELLO, Felipe Macieira de. Regime de concessões vs. regime de partilha de produção: impactos para exploração do petróleo. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, dezembro de 2013. Disponível em: <www.ecom.puc-rio.br>.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique, de 22 de dezembro de 2004, publicada no BR nº 51 - F Série.

MOÇAMBIQUE. Decreto nº 16/2012, de 4 de julho, BR, nº I Série.

MOÇAMBIQUE. Decreto nº 34/2015, de 31 de dezembro, publicado no BR nº 104, I Série.

MOÇAMBIQUE. Decreto-Lei nº 2/2014, de 2 de dezembro, publicado no BR nº I Série.

MOÇAMBIQUE. Lei nº 1/2018, de 12 de junho, publicada no BR n. 115 - 2Q I Série.

MOÇAMBIQUE. Lei nº 8/2015, de 6 de outubro, publicada no BR nº 79 - Suplemento, I Série.

MOÇAMBIQUE. Lei nº 15/2011, de 10 de agosto, publicada no BR nº I Série.

MOÇAMBIQUE. Lei nº 21/2014, de 18 de agosto, publicada no BR nº 66, 2.Q Suplemento, I Série.

MOÇAMBIQUE. Lei nº 27/2014, de 23 de setembro, publicada no BR nº 76 - 5º Suplemento,

MOÇAMBIQUE. Resolução nº 5/98, de 3 de março, publicada no BR nº 8 - 2.Q Suplemento, I Série.

MOÇAMBIQUE. Resolução nº 24/2000, de 3 de outubro, publicada no BR nº 39 - 4.2 Suplemento, I Série.

MOÇAMBIQUE. Resolução nº 25/2016, de 3 de outubro, publicada no BR n.2 118 - Suplemento, I Série.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito administrativo geral**: actividade administrativa. t. III. Lisboa: Dom Quixote, 2010.

SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque de. **Noções de direito administrativo**. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

VICENTE, Dário Moura (Coord.). **Direitos dos petróleos**: uma perspectiva lusófona. 2. ed., rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2015.

Recebido em: 20-1-2026

Retificação em: 24-3-2026

Aprovado em: 29-3-2026

5

AMBITO DI APPLICAZIONE E PRINCIPI GENERALI DELLA LEGGE 23 SETTEMBRE 2025, N. 132, RECANTE “DISPOSIZIONI IN MATERIA DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE”¹

Fortunato Costantino²

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Articolo 1 – Finalità e Ambito di Applicazione. 3 Articolo 2 – Definizioni. 3 Articolo 2 – Definizioni. 4 Articolo 3 – Principi Generali. 4.1 Comma 1 – I Diritti Fondamentali come Orizzonte della Tecnica. 4.2 Comma 2 – Qualità, Appropriatezza e Trasparenza dei Dati. 4.3 Comma 3 – Centralità dell’Uomo e i Principi di Conoscibilità, *Spiegabilità*, Sorveglianza Umana. 4.4 Comma 4 – Tutela del Metodo Democratico e della Sovranità Nazionale. 4.5 Comma 5 – Coordinamento con l’AI Act. 4.6 Comma 6 – Cybersicurezza e Resilienza. 4.7 Comma 7 – Accessibilità e Disabilità. 5. Rilievi conclusivi. 6 Gli Impatti Potenziali del Digital Omnibus in una Prospettiva *de Iure Condendo*. 6.a Effetti sul Coordinamento tra Fonti Europee e Nazionali (articolo 1). 6.b Incidenza sulle Definizioni e sul Lessico Giuridico dell’IA (articolo 2). 6.c Impatto sui Principi Generali Nazionali (articolo 3). Riferimenti

¹ **Como citar este artigo científico.** COSTANTINO, Fortunato. Ambito di applicazione e principi generali della legge 23 settembre 2025, n. 132, recante “disposizioni in materia di intelligenza artificiale. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 143-191, jan.-abr. 2026.

² Professore Dottore in Giurisprudenza. Professore della European School of Economics. *E-mail*: costantinofortunato@libero.it

1 PREMESSA

La Legge 23 settembre 2025, n. 132, recante “*Disposizioni in materia di intelligenza artificiale*”, rappresenta il primo intervento sistematico del legislatore italiano volto a disciplinare in modo trasversale l’impatto dell’intelligenza artificiale sulla società, sull’economia e sull’azione delle pubbliche istituzioni. Il provvedimento si colloca in una fase storica contrassegnata da una profonda accelerazione tecnologica, in cui i sistemi di IA, e in particolare quelli a carattere generativo o agentic, iniziano a incidere in modo strutturale su ambiti ad alta densità normativa e valoriale, quali la sanità, la giustizia, il lavoro, l’amministrazione pubblica, la formazione e la sicurezza.

La Legge n. 132/2025 si inserisce nel solco tracciato dal Regolamento (UE) 2024/1689 (c.d. AI Act), approvato dal Parlamento europeo nel marzo 2024 e destinato a entrare in vigore progressivamente entro il biennio successivo. In tale contesto, la scelta del legislatore nazionale non è stata quella di elaborare una disciplina autonoma, bensì di affiancare e integrare il quadro normativo europeo, in coerenza con l’articolo 117, primo comma, della Costituzione italiana e con il principio del primato del diritto dell’Unione. La legge italiana si propone così di fornire un inquadramento di principi e strumenti normativi utili a orientare l’interpretazione e l’applicazione dell’IA nel contesto ordinamentale interno, nel rispetto delle competenze nazionali e delle specificità del sistema giuridico italiano.

In questa prospettiva, i primi tre articoli della legge n. 132/2025 assumono una funzione fondativa e assiologica di sistema e delineano il perimetro di applicazione della disciplina, enunciano i valori ispiratori dell’intervento regolatorio e pongono le basi concettuali per la costruzione di un diritto dell’intelligenza artificiale coerente con i principi dello Stato costituzionale di diritto.

L'articolo 1 individua le finalità e l'ambito di applicazione della legge, collocandosi all'interno di un'impostazione esplicitamente antropocentrica e precauzionale dell'uso dell'IA, coerente con le raccomandazioni del Consiglio d'Europa e con i valori sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza).

L'articolo 2 fornisce la definizione tecnica e giuridica di “sistema” e “modello” di intelligenza artificiale”, mutuando in larga parte la terminologia del Regolamento UE, e contribuendo a costruire la grammatica normativa della materia.

L'articolo 3, infine, enuncia una serie di principi generali – tra cui trasparenza, accuratezza, non discriminazione e sostenibilità – destinati a costituire criteri interpretativi e direttive per l'attuazione della legge da parte di tutti i soggetti coinvolti, pubblici e privati.

Letti nel loro insieme, tali articoli non si limitano semplicemente a introdurre una disciplina legale in ambito tecnologico, ma esprimono una dichiarazione di indirizzo politico, finalizzata a promuovere uno sviluppo tecnologico responsabile e sostenibile, che valorizzi l'innovazione nel rispetto dei diritti fondamentali, della legalità e della coesione sociale. In questo contesto, l'approccio normativo adottato si fonda su un equilibrio tra la stabilità giuridica dei principi generali e la flessibilità regolatoria necessaria per affrontare le mutazioni tecnologiche del futuro prossimo attraverso decreti attuativi, regolamenti e altre fonti secondarie. Queste fonti, unitamente alle future interpretazioni giurisprudenziali, rappresentano il meccanismo dinamico con cui la norma può rispondere alle esigenze di flessibilità e aggiornamento, senza compromettere i principi di base sanciti dalla legge.

L'intero impianto normativo prefigura insomma un modello di governance delle tecnologie emergenti che integra in modo armonico l'evoluzione della scienza e la protezione dei diritti fondamentali,

con una forte enfasi sull'accountability e sull'adattabilità delle norme. La legge, pur nella sua oggettiva necessità di ulteriori sviluppi normativi e interpretativi, è integralmente costruita su un principio di precauzione giuridica³, volto a evitare che l'innovazione possa travolgere i diritti e i valori costituzionali su cui si fonda la democrazia italiana.

Nei paragrafi che seguono, si propone un'analisi sistematica dei primi tre articoli della legge, mediante il confronto tra il dato normativo e il quadro giuridico, nazionale ed europeo, vigente, con l'obiettivo di mettere in evidenza le principali implicazioni applicative e le criticità potenziali di una normativa destinata, per sua natura, ad accompagnare un'evoluzione tecnologica continua e dinamica. Particolare attenzione sarà dedicata al ruolo che i principi e le definizioni enunciate possono svolgere nel guidare la prassi interpretativa e applicativa, costituendo una base solida per la costruzione di un diritto dell'IA coerente con l'ordinamento costituzionale e multilivello.

Un apposito paragrafo sarà infine dedicato al possibile impatto del Digital Omnibus, il pacchetto legislativo presentato dalla European Commission⁴ il 19 novembre 2025 con l'obiettivo dichiarato di razionalizzare e aggiornare la normativa digitale dell'Unione, inclusi alcuni elementi chiave del AI Act e del General

³ Il principio di precauzione giuridica è stato oggetto di ampie discussioni in dottrina, specialmente per quanto riguarda la sua applicazione in ambito ambientale e tecnologico. Per un contributo ampio sullo stato dell'arte del principio nei vari ambiti del diritto, cfr. Balletti; Foglia (2023).

⁴ Le proposte di regolamento dell'Unione europea seguono la procedura legislativa ordinaria. Dopo la presentazione da parte della Commissione europea, il testo viene discusso e modificato dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'UE, che devono raggiungere un accordo comune (tramite negoziati interistituzionali, i cosiddetti "triloghi"). Una volta adottato formalmente da entrambe le istituzioni, il regolamento viene pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ed entra in vigore alla data indicata nel testo stesso, generalmente il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione. Essendo direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, non richiede recepimento nazionale, salvo eventuali misure interne di adeguamento laddove previste.

Data Protection Regulation (GDPR). Le modifiche prospettate, una volta approvate, inciderebbero direttamente o indirettamente anche sulla Legge n. 132/2025, che è costruita come norma di raccordo e integrazione rispetto al quadro europeo.

2 ARTICOLO 1 – FINALITÀ E AMBITO DI APPLICAZIONE

L'articolo 1 della legge n. 132/2025 svolge una funzione fondativa e programmatica all'interno del quadro normativo italiano sull'intelligenza artificiale. Benché formulato in modo sintetico, esso assume una rilevanza strategica nella costruzione del sistema italiano di governance dell'intelligenza artificiale e va letto come norma di scopo, in senso tecnico: esso orienta l'intero impianto normativo e specifica la ratio sottesa alla legge. In tal senso, assume un ruolo interpretativo e integrativo, in quanto consente di ancorare la disciplina dei singoli articoli (es. art. 3 sui principi generali o art. 6 sugli obblighi dei fornitori) a un disegno politico-legislativo coerente e finalizzato.

Esso definisce, in primo luogo, l'ambito di applicazione della legge, estendendo la disciplina a tutte le fasi del ciclo di vita dei sistemi di IA, dalla ricerca e sviluppo, alla sperimentazione, fino all'adozione e all'impiego operativo. Questa definizione ampia include non soltanto i prodotti finali, ma anche i processi e le attività preliminari, sottolineando l'importanza di un approccio regolatorio che intervenga sin dalle fasi iniziali di progettazione e testing, in coerenza con i principi di "by design" e "by default" sanciti a livello europeo⁵.

⁵ I principi di "by design" e "by default" sono sanciti dall'art. 25 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), che impone agli operatori l'integrazione sin dalla fase di progettazione di misure tecniche e organizzative adeguate per assicurare la protezione dei dati personali e il rispetto della normativa applicabile ("privacy by design"). Inoltre, la protezione deve essere garantita mediante impostazioni predefinite restrittive ("privacy by default"), affinché l'utente non debba intervenire per assicurarsi un livello elevato di tutela. Nell'ambito specifico dell'intelligenza artificiale, tali prin-

Al centro della norma si pone un richiamo esplicito all'uso "corretto, trasparente e responsabile" dell'intelligenza artificiale, inserito in una prospettiva chiaramente antropocentrica. Questo richiamo non rappresenta una semplice asserzione valoriale, bensì svolge una funzione giuridica precisa ovvero di orientare l'intero impianto normativo alla tutela dei diritti fondamentali della persona e della sua dignità, che trovano tutela nell'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella Costituzione italiana, in particolare nei principi espressi negli articoli 2, 3 e 32. In tale prospettiva, la legge italiana si colloca in un filone regolatorio che riconosce l'IA come strumento e mezzo al servizio della persona umana, e non quale entità autonoma o sostitutiva, ribadendo così una concezione etico-giuridica fondata sulla centralità dell'essere umano, e legittimando anche in questo ambito una nozione di antropocentrismo che, nel contesto giuridico, diviene un vero e proprio paradigma normativo che pone la persona umana al centro dell'ordinamento, orientando le norme e le politiche alla protezione e valorizzazione della dignità, dell'autonomia e dei diritti individuali⁶.

L'enfasi sull'antropocentrismo si traduce in una serie di obblighi e principi regolatori volti a salvaguardare valori quali la libertà, l'uguaglianza e l'inclusione sociale, prevenendo che lo sviluppo tecnologico possa produrre discriminazioni o violazioni

cipi sono stati estesi e declinati nel Regolamento (UE) 2024/1689 relativo alla disciplina dei sistemi di IA, nonché nelle Linee Guida Etiche sull'Intelligenza Artificiale adottate dall'High-Level Expert Group on AI della Commissione Europea (2019), che sottolineano l'importanza di integrare garanzie di trasparenza, accountability, sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali direttamente nella progettazione e nel funzionamento dei sistemi AI.

⁶ Sul concetto di antropocentrismo in ambito giuridico e i suoi sviluppi nel diritto tecnologico e dell'IA si vedano, tra gli altri, Floridi (2013), che sottolinea come l'antropocentrismo nel diritto informatico sottenda un orientamento verso la tutela della persona nell'interazione con le tecnologie digitali; Hildebrandt (2015), che approfondisce il rapporto tra tecnologie intelligenti e diritti umani in un'ottica antropocentrica; Sartor (2022) e Sartor; Lagioia (2020) per una riflessione sull'impatto dell'intelligenza artificiale sul diritto e la necessità di un'impostazione normativa che preservi la centralità della persona umana.

dei diritti fondamentali. In questa prospettiva, l'articolo richiama implicitamente la necessità di un bilanciamento tra innovazione tecnologica e tutela dei valori costituzionali e sovranazionali, allineandosi alle più recenti strategie e direttive europee in materia di intelligenza artificiale e tecnologie digitali.

Va inoltre sottolineato che l'approccio antropocentrico e l'importanza attribuita al controllo umano nell'impiego dell'intelligenza artificiale si radicano nel principio giuridico della *riserva di umanità*, che rappresenta un presidio essenziale del nostro ordinamento volto a garantire, nel settore de quo, che le tecnologie non assumano il ruolo di soggetti decisionali autonomi in ambiti che toccano i diritti, le libertà fondamentali e la dignità della persona (Per una compiuta analisi del principio, cfr. Gallone, 2023; Gallone, 2024). La riserva di umanità si configura, in questa prospettiva, non solo come clausola di garanzia, ma come vera e propria condizione strutturale di legittimità dell'agire pubblico e privato assistito da automazione.

La dottrina più recente ha messo in luce come tale principio non possa ridursi a un mero richiamo etico, ma debba essere considerato alla stregua di un criterio giuridico operativo, che impone la presenza di un controllo umano effettivo, e non meramente simbolico o postumo, su tutte le decisioni automatizzate che incidono sulla sfera giuridica individuale. Ciò implica non soltanto la possibilità di intervento, ma anche la concreta attribuzione di responsabilità giuridica a soggetti umani specificamente identificabili per ruolo e posizione. La riserva di umanità rappresenta, dunque, il fondamento di una progettazione regolativa che rifugge modelli di "delegazione cieca" alla macchina, esigendo invece l'integrazione di meccanismi di sorveglianza umana attiva, anche in chiave preventiva⁷.

⁷ Cfr. Regolamento (UE) 2024/1689, art. 14, par. 4, lett. g).

Il principio della riserva di umanità trova un solido ancoraggio nella Costituzione italiana, in particolare nell'articolo 2, che riconosce i diritti inviolabili della persona, e nell'articolo 3, che vieta ogni forma di discriminazione e richiede l'effettività della tutela (Rodotà, 2012). Ma è soprattutto l'articolo 97, al comma 2, a offrire, sia pure in ottica interpretativa e finalistica, un aggancio diretto per il tema in esame, stabilendo che "l'ordinamento degli uffici, la determinazione delle attribuzioni e la regolamentazione dei ruoli, nonché la definizione delle responsabilità, sono stabiliti per legge o per regolamento". Questa disposizione, tradizionalmente letta in chiave organizzativa, assume oggi un rilievo sistemico alla luce dell'impiego dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione pubblica: la chiara determinazione di ruoli e responsabilità, in particolare nei casi di decisioni supportate da IA, diviene infatti condizione necessaria per garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, la tracciabilità delle scelte e, soprattutto, la sussistenza di un controllo umano effettivo che impedisca il totale disancoramento del potere decisionale da soggetti giuridici responsabili.

Sotto questo profilo, la riserva di umanità non solo si colloca al crocevia tra organizzazione amministrativa e garanzie procedurali, ma si intreccia con la funzione giurisdizionale, la quale, secondo una larga parte della dottrina (*ex coeteribus*, Gallone, 2023), non può mai essere automatizzata senza comprometterne l'essenza garantista e il presidio costituzionale dei diritti. Anche nel contesto giurisprudenziale, seppur in via indiretta, si rinviene un orientamento teso a escludere che le decisioni automatizzate possano operare in assenza di verifica, motivazione e revisione da parte di un soggetto umano⁸.

⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 7 dicembre 2022, n. 8472.

Sul piano sovranazionale, il principio di riserva di umanità riceve un'esplicita consacrazione nell'articolo 22 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), che vieta le decisioni basate unicamente su trattamenti automatizzati in assenza di tutele adeguate, tra cui il diritto a ottenere l'intervento umano e a contestare la decisione. La tutela contro il rischio di "disumanizzazione" dell'amministrazione digitale viene ulteriormente rafforzata dal nuovo Regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale (AI Act), il quale – nella disciplina dei sistemi ad alto rischio – richiede la presenza di meccanismi di supervisione umana che siano proporzionati, effettivi e idonei a garantire la sicurezza, la trasparenza e la legalità dell'utilizzo dei sistemi. In tale ottica, la legge italiana sull'IA deve essere letta e applicata in chiave sistemica, come parte di un ordinamento multilivello integrato, nel quale le norme nazionali dialogano con i vincoli e le garanzie poste dal diritto europeo.

Ne consegue che ogni decisione pubblica e, per estensione, ogni decisione privata di rilievo giuridico, che si avvalga di strumenti di intelligenza artificiale deve necessariamente contemplare una fase di supervisione umana, idonea a garantirne la legalità, l'efficacia e la compatibilità con i principi costituzionali. La mancata previsione di tale controllo, o la sua mera formalizzazione priva di contenuto sostanziale, determina non solo un deficit procedurale, ma può condurre a vizi di legittimità degli atti amministrativi e, nei casi più gravi, a violazioni dei diritti fondamentali suscettibili di censura costituzionale e sovranazionale.

Per una piena comprensione dell'ambito di applicazione della legge, è inoltre essenziale richiamare la definizione di "sistema di intelligenza artificiale" contenuta nell'articolo 2, su cui si dirà più diffusamente nel prossimo paragrafo, che riprende integralmente quella fornita dall'art. 3, n. 1 del Regolamento (UE) 2024/1689 (AI Act). Tale definizione assume rilievo non solo tecnico, ma

propriamente giuridico, poiché individua l'oggetto specifico della regolazione, delimitando l'ambito soggettivo e oggettivo della disciplina. In base a tale disposizione, un sistema di IA è definito come un sistema progettato per operare con elementi di autonomia e che, ricevendo dati, può inferire in modo automatico obiettivi o output. Si tratta di una formulazione volutamente ampia e flessibile, idonea a ricomprendere una varietà crescente di tecnologie che, anche in assenza di una piena autonomia decisionale, possono produrre effetti significativi su individui, enti e sistemi sociali. In questa prospettiva, il legislatore adotta una nozione funzionale, incentrata sugli effetti dell'output generato dal sistema (decisioni, raccomandazioni, classificazioni, previsioni, ecc.), piuttosto che sulla sua struttura interna o sul tipo di algoritmi impiegati.

Risulta quindi evidente che il campo di applicazione della legge si estende a tutte quelle soluzioni tecnologiche che, operando in modalità automatica o semi-automatica, esercitano un'influenza diretta o indiretta sui comportamenti individuali, sulle decisioni organizzative o sulle dinamiche sociali. Questi sistemi non si limitano a svolgere semplicemente funzioni esecutive o di supporto, ma assumono un ruolo attivo e strategico nella gestione e nell'orientamento di processi complessi, configurandosi come autentici "sistemi di governance tecnologica".

In questa prospettiva, la normativa rompe con la tradizionale visione del software come mero strumento passivo e strumentale, e riconosce invece l'intelligenza artificiale come un soggetto giuridico distinto, che necessita di una disciplina autonoma e specifica. Uno spostamento paradigmatico rivoluzionario che configura l'intelligenza artificiale non più come una semplice estensione tecnologica, ma come un sistema autonomo di governance che richiede un regime giuridico ad hoc, capace di rispondere alle sfide etiche, sociali e giuridiche emergenti dall'adozione su larga scala.

Si comprende bene allora il perché dell'adozione di criteri di responsabilità differenziata, dell'introduzione di obblighi di trasparenza e spiegabilità delle decisioni automatizzate, nonché la previsione di meccanismi di sorveglianza umana e di intervento correttivo nel contesto di una disciplina articolata secondo un approccio basato sul rischio, che consenta di calibrare le misure di prevenzione e controllo in funzione dell'impatto potenziale delle applicazioni AI su diritti fondamentali, sicurezza e principi etici.

L'articolo 1, infatti, nel delineare i principi generali, richiama espressamente la necessità di istituire misure di vigilanza, monitoraggio e mitigazione dei rischi derivanti dall'uso dell'IA, con attenzione particolare ai profili etici, giuridici, sociali ed economici. Questa impostazione riflette l'approccio del diritto dell'Unione Europea, che ha introdotto un modello di regolazione *ex ante* basato sul rischio (*risk-based regulation*), ispirato a principi di precauzione, proporzionalità e trasparenza⁹. Tale modello si fonda su un principio di precauzione, che impone di agire anche in assenza di certezza scientifica; su un principio di proporzionalità, che commisura gli obblighi normativi al livello di pericolo concreto; e su un principio di trasparenza, che richiede la conoscibilità e comprensibilità dei sistemi da parte degli utenti e delle autorità di controllo.

Il Regolamento (UE) 2024/1689 individua quattro livelli di rischio in relazione ai sistemi di intelligenza artificiale:

- rischio inaccettabile (proibito) proprio di quei sistemi che presentano un impatto gravemente lesivo dei diritti fondamentali e delle libertà civili, come sistemi di manipolazione subliminale, social scoring da parte di autorità pubbliche (sul modello cinese), sistemi di identificazione biometrica remota in tempo reale in spazi pubblici, salvo

⁹ Cfr. Considerando n. 30, 34 e 47 del Reg. (UE) 2024/1689.

eccezioni rigorose (esempio pratico: un sistema IA che valuta i cittadini per l'accesso a benefici pubblici sulla base del loro comportamento online o del reddito dei genitori);

- alto rischio. È la categoria centrale del regolamento. Rientrano qui i sistemi impiegati in ambiti sensibili per la persona, come giustizia, occupazione, sanità, educazione, sicurezza, infrastrutture critiche e in generale i sistemi che prendono decisioni automatizzate con effetti legali o simili per le persone. Tali sistemi devono rispettare obblighi rigorosi, tra cui la valutazione della conformità, registrazione, documentazione tecnica, gestione del rischio, audit, sorveglianza umana, ecc.(esempio pratico: un algoritmo usato da un tribunale per suggerire la misura cautelare più adeguata in fase preliminare o un sistema usato da un datore di lavoro per filtrare automaticamente i CV in fase di selezione);
- rischio limitato. In questa fascia rientrano i sistemi che non pongono rischi significativi, ma che possono generare effetti collaterali, ad esempio in termini di trasparenza. Sono richiesti obblighi informativi, come avvisare l'utente che sta interagendo con un sistema di IA o con contenuti generati artificialmente (esempio pratico: una chatbot che risponde a domande del cliente sul sito web di un'azienda o un software di generazione automatica di testi);
- rischio minimo o trascurabile. È la categoria residuale, che copre la maggior parte degli utilizzi quotidiani dell'IA (es. raccomandazioni di contenuti su una piattaforma di streaming, assistenti vocali per uso privato). In questi casi non sono previsti obblighi specifici, ma è incentivata l'adozione volontaria di codici di condotta o pratiche etiche.

Dal punto di vista delle fonti, la legge n. 132/2025 si configura come una norma di principio e di coordinamento, che recepisce e specifica a livello interno gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, in particolare dal Regolamento (UE) 2024/1689, rispetto al quale riconosce espressamente il primato e il carattere vincolante, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. e dell'art. 288 TFUE. In tale ottica, il rinvio alla normativa europea non opera solo come tecnica di richiamo statico, ma come rinvio mobile e dinamico, che impone una lettura sistemica della disciplina e una costante attività interpretativa volta a garantire l'effettività del diritto sovranazionale¹⁰.

In conclusione, l'articolo 1 si configura come una clausola generale di indirizzo che definisce la cornice valoriale, assiologica e regolatoria dell'intera disciplina sull'intelligenza artificiale. Tuttavia, la sua concreta attuazione dipenderà dalla capacità degli operatori – pubblici e privati – e delle autorità di controllo di tradurre questi principi in regole tecniche, protocolli procedurali e presidi di responsabilità giuridica effettiva. L'efficacia della legge, in ultima analisi, sarà legata alla costruzione di un ecosistema regolatorio interdisciplinare, partecipato e adattivo, capace di tenere insieme innovazione e garanzie, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e della coerenza sistemica dell'ordinamento. In quest'ottica già dalla struttura normativa dell'art. 1 si può enucleare la necessità, nel contesto di un governo giuridico della IA, della costruzione di un sistema di governance multilivello, in cui convergano competenze di autorità nazionali e sovranazionali, enti di normazione per la

¹⁰ Sul tema del rapporto tra diritto interno e diritto comunitario, si veda la storica Corte cost., sent. 5 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, p. 1613 ss., che ha rappresentato una svolta significativa nel riconoscere la prevalenza del diritto comunitario sulle norme interne incompatibili, pur ribadendo la necessità di un controllo di costituzionalità fondato sull'art. 11 Cost. Più tardi, sul rafforzamento della piena efficacia del diritto comunitario, vedasi Corte cost., sent. 8 giugno 1989, n. 232 che, tra l'altro, chiarisce ulteriormente il dovere del giudice nazionale di disapplicare la norma interna contrastante con il diritto comunitario direttamente efficace.

creazione di standard tecnici (es. CEN-CENELEC- ETSI), organismi di vigilanza e attori economici, secondo una logica di responsabilità condivisa e co-regolazione.

In questo contesto, il principio di legalità richiede una reinterpretazione che tenga conto delle peculiarità e della complessità delle tecnologie emergenti. Non si tratta più di un semplice vincolo formale volto a garantire che le norme siano emanate da un'autorità competente, ma di un principio dinamico che deve assicurare coerenza e adeguatezza tra il quadro normativo e le innovazioni tecnologiche. Pertanto, esso, andando oltre il tradizionale ambito della riserva di legge, finisce con l'estendersi a un sistema integrato e multilivello di regolazione, in cui si combinano regole tecniche, standard europei armonizzati, linee guida e codici di condotta. Questo modello normativo ibrido consente di modulare l'intervento regolatorio in modo flessibile, garantendo al contempo uniformità e certezza del diritto su scala sovranazionale. Gli standard tecnici e le regole armonizzate, in particolare, svolgono un ruolo cruciale nel tradurre i principi giuridici in requisiti operativi concretamente applicabili, facilitando l'adozione di buone pratiche comuni e la certificazione della conformità dei sistemi tecnologici. Le linee guida e i codici di condotta, spesso elaborati da enti di settore o organismi di auto-regolamentazione, arricchiscono tali strumenti fornendo indicazioni più dettagliate e contestualizzate, favorendo così un'effettiva compliance normativa e una governance responsabile.

Si tratta, in definitiva, di un approccio integrato che risponde alla necessità di una regolazione agile e tempestiva, capace di adattarsi rapidamente ai continui sviluppi tecnologici senza rinunciare ai principi fondamentali dello Stato di diritto, quali la trasparenza, la responsabilità e la tutela dei diritti fondamentali. Ne deriva un equilibrio tra certezza giuridica e flessibilità normativa, essenziale per governare l'innovazione in modo sostenibile ed eticamente responsabile.

3 ARTICOLO 2 – DEFINIZIONI

L'articolo 2 della legge n. 132/2025 individua alcune definizioni essenziali per la corretta interpretazione e applicazione della disciplina. Il legislatore nazionale, in una scelta di coerenza sistemica, si limita a richiamare le definizioni contenute nel Regolamento (UE) 2024/1689, riservandosi di integrare soltanto quelle funzionali al contesto interno. La disposizione prevede inoltre una clausola finale di rinvio mobile alle definizioni contenute nel diritto unionale, che si applicano anche per tutti gli aspetti non specificamente disciplinati dalla norma italiana. Le definizioni espressamente richiamate sono le seguenti:

- *sistema di intelligenza artificiale*: “Un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall’input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali.”;
- *modello di intelligenza artificiale*: “Un modello di IA, anche laddove tale modello di IA sia addestrato con grandi quantità di dati utilizzando l’autosupervisione su larga scala, che sia caratterizzato una generalità significativa e sia in grado di svolgere con competenza un’ampia gamma di compiti distinti, indipendentemente dalle modalità con cui il modello è immesso sul mercato, e che può essere integrato in una varietà di sistemi o applicazioni a valle, ad eccezione dei modelli di IA utilizzati per attività di ricerca, sviluppo o prototipazione prima di essere immessi sul mercato.”;
- *dato*: “Qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o

informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva.”.

La rilevanza giuridica di tali definizioni è duplice; da un lato, esse determinano l’ambito oggettivo di applicazione della normativa, dall’altro, fungono da criterio di qualificazione tecnica e normativa dei soggetti, degli scopi e processi coinvolti.

L’assunzione della definizione di “sistema di IA”, modellata su quella dell’art. 3 AI Act, consente di distinguere nettamente tra strumenti informatici generici e quelli che, per le loro caratteristiche funzionali, sono soggetti a regole di trasparenza, sorveglianza e conformità. La centralità dell’output generato (previsioni, raccomandazioni, decisioni) e la capacità di influenzare l’ambiente operativo (fisico o digitale) rappresentano i tratti distintivi rispetto a software tradizionali.

L’inclusione della definizione di modello di IA rafforza la struttura modulare della disciplina: il modello, in quanto elemento sottostante al sistema, diviene oggetto di attenzione regolatoria autonoma, soprattutto alla luce della crescente diffusione di modelli generativi (es. LLM, foundation models) la cui complessità e opacità sollevano interrogativi in tema di accountability e explainability.

Infine, la definizione di dato riflette un’impostazione ampia e tecnologicamente neutra, coerente con le esigenze del trattamento automatizzato. Ciò è particolarmente rilevante nei contesti in cui la qualità e provenienza dei dati incide direttamente sulla correttezza e imparzialità degli output del sistema IA.

Deve immediatamente osservarsi che l’articolo 2 della legge, pur formalmente limitato alla funzione definitoria, assume una valenza strategica in quanto le definizioni ivi adottate non sono

neutre, ma costituiscono la preconditione tecnica per l'applicazione del sistema di classificazione del rischio. In altri termini, sapere cosa si intende per "sistema di IA", "modello di IA" e "dato" è la base per stabilire a quale livello di rischio esso appartenga e quali obblighi giuridici comporti. La possibilità cioè di attribuire un sistema a un livello di rischio dipende direttamente dalla definizione normativa adottata. Ad esempio, un sistema che usa immagini per il riconoscimento facciale potrebbe essere valutato come ad "alto rischio" solo se rientra nella definizione formale di "sistema di IA" contenuta nel regolamento e, per rimando, nell'articolo 2 della legge italiana. Lo stesso vale per i modelli di IA per finalità generali, che possono assumere livelli di rischio differenziati in base al loro uso effettivo. Inoltre, la definizione nazionale di "dato", molto ampia, influenza il modo in cui si valutano i rischi derivanti dai dataset: se un sistema è addestrato su dati audiovisivi, personali o sensibili, le problematiche di bias, discriminazione, o violazione della privacy devono essere considerate nella valutazione del rischio.

In questo senso, l'articolo 2 non è un semplice articolo tecnico, ma costituisce la base semantico-giuridica della regolazione per livelli di rischio, da esso dipendendo la corretta classificazione e la conseguente applicazione del regime normativo previsto dal regolamento europeo. Il modello risk-based adottato dal diritto europeo e recepito dalla legge italiana impone infatti una forte interconnessione tra principi generali (art. 1), definizioni tecniche (art. 2), e obblighi operativi. È attraverso questa filiera logico-normativa che si può garantire un equilibrio tra innovazione e tutela, tra progresso e controllo, tra efficienza e diritti.

Nel commentare e applicare la legge sull'IA, è dunque essenziale non trattare l'articolo 2 come una clausola neutra o puramente descrittiva, ma come una struttura portante del sistema di classificazione del rischio, la cui esatta articolazione costituisce

la condizione stessa di legittimità e funzionalità della regolazione dell'intelligenza artificiale nel nostro ordinamento.

Sul piano critico, si può osservare che l'adozione di definizioni unionali tramite rinvio comporta un certo grado di instabilità normativa: modifiche future al Regolamento UE o interpretazioni evolutive da parte della Commissione o della Corte di giustizia potrebbero incidere sull'ambito applicativo della legge interna. Inoltre, la genericità di alcune definizioni (in particolare quella di "modello di IA") potrebbe rendere necessaria una futura opera di specificazione settoriale, soprattutto in ambiti ad alta sensibilità (es. sanità, giustizia, lavoro pubblico).

Nel complesso, l'articolo 2 svolge un ruolo cruciale nella costruzione di un lessico normativo condiviso e tecnicamente rigoroso, necessario per governare la complessità e la rapida evoluzione dei sistemi di intelligenza artificiale. La precisione terminologica rappresenta infatti un presupposto indispensabile per una coerenza interpretativa e una corretta applicazione delle norme, elementi fondamentali in un contesto regolatorio così articolato e innovativo.

Tuttavia, si deve rilevare che il ricorso prevalente a definizioni ancorate a fonti europee di carattere generale, come il Regolamento (UE) 2024/1689, espone il sistema normativo a un rischio non trascurabile, quello di non riuscire a cogliere tempestivamente le future innovazioni tecnologiche, soprattutto nel campo tecnologico e dell'IA in continua e rapida trasformazione. In altri termini, la legge potrebbe diventare rapidamente obsoleta o parzialmente inefficace, in quanto le categorie tecniche e i confini definiti oggi potrebbero risultare insufficienti o inadeguati domani.

Questa criticità si inserisce in un fenomeno ben noto alla dottrina giuridica, che lo storico del diritto Giovanni Tamassia

sintetizzava efficacemente affermando che il diritto nasce inevitabilmente “vecchio” rispetto ai fenomeni sociali, economici e tecnologici che intende regolare (Tamassia, 1923). Questa lentezza normativa, intrinseca alla natura stessa del diritto, è particolarmente acuta in settori altamente dinamici come quello digitale, dove la tecnologia evolve spesso a ritmi esponenziali e con modalità imprevedibili.

Per fronteggiare questa sfida, la disciplina dell’intelligenza artificiale richiede una costante opera di revisione, integrazione e specificazione normativa, capace di garantire un delicato e necessario equilibrio tra la flessibilità regolatoria, per adattarsi alle innovazioni e ai cambiamenti tecnologici, e la certezza del diritto, indispensabile per assicurare tutela effettiva dei diritti fondamentali e prevedibilità per operatori e utenti. Solo attraverso un meccanismo dinamico di aggiornamento e governance normativa, che si avvalga anche di contributi interdisciplinari e di un dialogo costante con i settori tecnico-scientifici, sarà possibile mantenere la funzionalità e l’efficacia del quadro regolatorio.

In ultima analisi, la sfida normativa nell’era dell’IA è quella di un diritto proattivo ma prudente, in grado di anticipare senza soffocare l’innovazione tecnologica, di normare senza limitare indebitamente lo sviluppo, e di garantire solidità e adattabilità in un contesto globale caratterizzato da profonde e continue trasformazioni¹¹.

4 ARTICOLO 3 – PRINCIPI GENERALI

L’articolo 3 della legge italiana sull’intelligenza artificiale (IA), rappresenta il cuore assiologico e normativo della disciplina

¹¹ Floridi (2013), per cui questa tensione rappresenta la “sfida regolatoria del secolo” che impone di costruire un sistema normativo agile e resiliente, in grado di bilanciare sviluppo tecnologico e tutela dei diritti fondamentali.

nazionale. Esso enuncia sette principi generali che governano l'intero ciclo di vita dei sistemi e modelli di intelligenza artificiale per finalità generali (general-purpose AI), delineando un quadro di garanzie, limiti e finalità costituzionalmente orientato, in armonia con il diritto dell'Unione europea e i trattati internazionali.

4.1 COMMA 1 – I DIRITTI FONDAMENTALI COME ORIZZONTE DELLA TECNICA

Il primo comma dell'articolo 3 stabilisce che la ricerca, la sperimentazione, lo sviluppo e l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale devono conformarsi al rispetto dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali, nonché a una serie di principi trasversali: trasparenza, proporzionalità, sicurezza, protezione dei dati personali, riservatezza, accuratezza, non discriminazione, parità di genere e sostenibilità.

Tale disposizione riveste un evidente valore sistemico e finalistico, in quanto individua una vera e propria cornice costituzionalmente orientata allo sviluppo tecnologico, che esclude ogni concezione neutra o meramente tecnocratica dell'innovazione. L'enunciazione dei principi ivi esposta si configura come vincolo giuridico sostanziale, atto a orientare tanto la governance dei sistemi quanto la loro concreta applicazione nei contesti pubblici e privati.

La norma richiama implicitamente un ampio spettro di disposizioni costituzionali: dall'art. 2, che tutela la persona nella sua dimensione inviolabile e relazionale, all'art. 3, in chiave di eguaglianza sostanziale e rimozione delle disuguaglianze, fino agli artt. 13, 15 e 21, che garantiscono la libertà personale, la segretezza delle comunicazioni e la libertà di manifestazione del pensiero. A ciò si aggiungono gli artt. 32 (diritto alla salute), 41 (limite sociale

e ambientale dell'iniziativa economica) e 117 Cost., per il suo riferimento vincolante al rispetto degli obblighi internazionali ed europei, inclusi la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la CEDU.

In questo contesto, il principio di proporzionalità assume un rilievo specifico, configurandosi come criterio-guida per valutare la legittimità dell'impiego dell'IA rispetto agli obiettivi perseguiti. Tale principio, di derivazione euro-unitaria (Palladino, 2024), impone che ogni intervento sia necessario, adeguato e non eccedente rispetto allo scopo, trovando applicazione sia nella dimensione costituzionale interna (art. 97 Cost.) sia nel controllo multilivello dell'azione amministrativa e tecnologica. La proporzionalità opera così come strumento di bilanciamento tra l'innovazione e la salvaguardia dei diritti fondamentali, secondo un modello di "legalità tecnologica" ispirato alla tutela effettiva della persona.

Il richiamo al principio di non discriminazione e parità di genere poggia direttamente sui valori costituzionali e gli obblighi nazionali e sovranazionali che vietano ogni forma di discriminazione, sia essa diretta o indiretta. Tale disposizione assume particolare rilievo nel contesto dell'intelligenza artificiale, settore nel quale si manifestano rischi concreti legati alla presenza di bias algoritmici. Questi ultimi, in presenza di dati di addestramento distorti o parziali, possono tradursi in una riproduzione automatizzata delle disuguaglianze preesistenti, contravvenendo così al principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3 della Costituzione (Peruzzi, 2021). Il principio di uguaglianza sostanziale, infatti, non si limita a vietare discriminazioni formali, ma impone di eliminare gli effetti discriminatori di fatto, un'esigenza che trova una nuova declinazione nelle sfide poste dall'intelligenza artificiale. Il diritto antidiscriminatorio si confronta quindi con la necessità di regolamentare i dati di addestramento e di garantire la trasparenza

e la correttezza dei modelli, al fine di prevenire fenomeni di discriminazione indiretta (Dunn, 2022; Ingraio, 2024, p. 170 e ss.).

Parallelamente, il richiamo alla sostenibilità inserisce nel quadro normativo un'attenzione inedita agli impatti ambientali e sociali dell'intelligenza artificiale.

Sul piano ambientale, le fasi di creazione e training degli algoritmi richiedono un consumo energetico significativo, con conseguenze rilevanti in termini di emissioni di gas serra e impatto ecologico. Ciò impone un'applicazione rigorosa del principio di precauzione e responsabilità, in linea con gli obiettivi di sostenibilità ambientale sanciti da normative europee e internazionali, quali il Green Deal e l'Accordo di Parigi.

Sul piano sociale, l'adozione dell'IA comporta rischi concreti di esclusione digitale, dovuti alla disegualianza nell'accesso alle tecnologie e alla disparità nelle competenze digitali. Queste condizioni possono generare nuove forme di marginalizzazione economica e sociale, evidenziando la necessità di un approccio integrato alla sostenibilità che includa anche la dimensione sociale e la governance (Tomasi, 2024, p 47 e ss.).

La dottrina giuridica ha riconosciuto come tali problematiche richiedano un modello di governance responsabile dell'intelligenza artificiale, capace di coniugare principi tradizionali di tutela dei diritti con strumenti di accountability e trasparenza specifici per i sistemi algoritmici (Alvisi; Di Nella, 2024). Questo approccio multidisciplinare è fondamentale per garantire che l'innovazione tecnologica sia coerente con i principi di equità, non discriminazione e sostenibilità.

4.2 COMMA 2 – QUALITÀ, APPROPRIATEZZA E TRASPARENZA DEI DATI

Questo comma si concentra su uno degli assi portanti dell'architettura regolativa dell'intelligenza artificiale: la qualità dei dati. Esso stabilisce che lo sviluppo dei sistemi di IA debba fondarsi su dati e processi che garantiscano correttezza, attendibilità, sicurezza, qualità, appropriatezza e trasparenza, nel rispetto di un principio di proporzionalità settoriale. Tale impostazione implica che la severità dei requisiti debba essere graduata in base all'ambito applicativo e al livello di rischio connesso, secondo una logica coerente con l'approccio risk-based proprio del AI Act europeo.

Il riferimento alla qualità e appropriatezza dei dati comporta, sul piano operativo e giuridico, la necessità di un controllo ex ante sull'intero ciclo della data governance, con particolare attenzione alla provenienza, alla pertinenza, all'affidabilità e alla non distorsività dei dataset. È in questa prospettiva che si inseriscono i concetti di *data lineage* e *data stewardship*, ormai essenziali per garantire tracciabilità, responsabilizzazione e controllo nelle fasi di acquisizione, normalizzazione e conservazione dei dati¹².

In particolare, l'uso di dataset storici o raccolti per finalità divergenti rispetto allo scopo attuale del trattamento espone a rischi

¹² Sul piano tecnico-operativo, i concetti di data lineage e data stewardship costituiscono due elementi centrali della data governance, specie nei settori soggetti a regolamentazione intensiva come l'intelligenza artificiale. Il data lineage consiste nella tracciabilità completa del ciclo di vita del dato, inclusi origine, trasformazioni, trasferimenti e utilizzo, ed è fondamentale per garantire auditabilità, responsabilità e trasparenza nel trattamento algoritmico. La data stewardship, invece, implica l'attribuzione formale di responsabilità per la qualità, la sicurezza e la conformità legale dei dati, assicurando un presidio organizzativo e normativo sul loro corretto utilizzo. Entrambi i concetti sono sviluppati nel contesto degli standard ISO e della normativa europea più recente: ISO/IEC 38505-1:2017 – Information technology – Governance of IT – Governance of data – Part 1: Application of ISO/IEC 38500 to the governance of data, International Organization for Standardization; European Commission, Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance (Data Governance Act); European Commission, High-Level Expert Group on AI – Ethics Guidelines for Trustworthy AI, 2019.

elevati di distorsione predittiva, con possibili effetti discriminatori indiretti. Ciò impone una valutazione non solo tecnica ma anche giuridica dell'appropriatezza funzionale del dato, alla luce del principio di contestualità e minimizzazione già elaborato in ambito privacy dall'art. 5, par. 1, lett. c) del GDPR.

Il richiamo alla trasparenza dei processi non si esaurisce nella pubblicità delle scelte algoritmiche, ma si estende all'intero ciclo di vita del sistema, imponendo che ogni decisione assunta dagli sviluppatori sia adeguatamente documentata, motivata e rendicontabile. Si tratta di un'applicazione evolutiva del principio di accountability, già previsto all'art. 5, par. 2, del GDPR, ora esteso – e rafforzato – nel contesto dell'IA, in particolare per i sistemi ad alto rischio, come previsto dagli articoli 9 (Sistema di gestione dei rischi) e 10 (Dati e governance dei dati) dell'AI Act europea.

In tale quadro, emerge con chiarezza la necessità di una responsabilità multilivello lungo l'intera filiera dell'intelligenza artificiale, dai fornitori di dataset agli sviluppatori di modelli, fino agli integratori e utilizzatori finali. Il legislatore prefigura così un sistema in cui ciascun attore sia titolare di specifici doveri di diligenza, controllo e rendicontazione, in un regime di responsabilità distribuita, coerente con l'impianto europeo.

Non va infine trascurato il raccordo con i principali standard tecnici e normativi in materia, a partire dagli standard internazionali ISO/IEC (come lo ISO/IEC 25012:2008 sulla qualità dei dati), fino ai recenti Data Governance Act (Reg. UE 2022/868) e Data Act (Reg. UE 2023/2854), che stabiliscono regole comuni sulla condivisione e il riutilizzo dei dati nel contesto dell'economia digitale europea. L'allineamento ai suddetti framework consente non solo una maggiore interoperabilità dei sistemi, ma anche una più robusta tutela degli interessi fondamentali coinvolti.

4.3 COMMA 3 – CENTRALITÀ DELL’UOMO E I PRINCIPI DI CONOSCIBILITÀ, *SPIEGABILITÀ*, SORVEGLIANZA UMANA

Il terzo comma afferma il principio fondamentale della supremazia decisionale dell’essere umano, vincolando la ricerca, lo sviluppo e l’impiego dei sistemi di intelligenza artificiale al rispetto dell’autonomia personale, alla prevenzione del danno e ai requisiti di *conoscibilità, spiegabilità e sorveglianza umana effettiva*.

Tale previsione normativa risponde sostanzialmente alla problematica nota come *automation bias*, ossia la tendenza, da parte degli operatori umani, a deferire in modo acritico e sistematico le decisioni ai sistemi automatizzati. Tale fenomeno si manifesta quando gli utenti attribuiscono eccessiva fiducia alle raccomandazioni o ai risultati prodotti dall’intelligenza artificiale, riducendo il proprio grado di scrutinio critico e di intervento attivo nel processo decisionale. L’*automation bias* rappresenta un rischio significativo soprattutto in contesti caratterizzati da elevata complessità tecnico-operativa, dove la mole e la sofisticatezza delle informazioni possono sovraccaricare le capacità cognitive degli operatori, portandoli a delegare automaticamente la responsabilità al sistema tecnologico. Inoltre, condizioni di stress, urgenza o pressione decisionale aggravano questo fenomeno, riducendo ulteriormente la capacità di intervento umano consapevole. È il caso, ad esempio, della giustizia predittiva, dove algoritmi complessi suggeriscono decisioni su misure cautelari o valutazioni del rischio di recidiva¹³; dell’ambito

¹³ È divenuto famoso al riguardo il caso COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), un sistema automatizzato utilizzato negli Stati Uniti per valutare il rischio di recidiva dei detenuti, influenzando decisioni giudiziarie come la concessione della libertà condizionale e la determinazione delle pene. Nonostante l’obiettivo dichiarato di aumentare l’efficienza e l’imparzialità nelle decisioni giudiziarie, numerosi studi e casi giudiziari hanno messo in luce gravi problemi di discriminazione algoritmica, in particolare verso la popolazione afroamericana. Un caso emblematico è rappresentato dall’inchiesta del ProPublica nel 2016, che ha evidenziato come COMPAS tende a sovrastimare il rischio di recidiva per imputati afroamericani, mentre sottostima quello per i bianchi,

medico, in cui sistemi automatizzati possono influenzare diagnosi e terapie; o della sicurezza pubblica, dove decisioni critiche possono essere prese in tempi molto rapidi sulla base di analisi automatizzate di dati sensibili.

L'*automation bias* non solo mina l'autonomia decisionale umana, ma può anche tradursi in conseguenze gravi e ingiustizie sistematiche, come la perpetuazione di errori algoritmici, discriminazioni involontarie e mancate verifiche critiche. Per questo motivo, il legislatore impone che la supremazia decisionale rimanga sempre saldamente nelle mani dell'essere umano, garantendo un'effettiva sorveglianza e un intervento consapevole sulle decisioni automatizzate. Solo in questo modo è possibile mitigare i rischi connessi alla delega automatica e preservare i diritti fondamentali degli individui e a presidio di tale scopo superiore sono posti i requisiti di conoscibilità, spiegabilità e sorveglianza umana.

Il concetto di conoscibilità indica la capacità del sistema di intelligenza artificiale di rendere accessibili e comprensibili le informazioni relative ai processi decisionali automatizzati. Non si tratta soltanto della possibilità tecnica di accedere ai dati o agli algoritmi, ma anche della chiarezza e della trasparenza con cui tali informazioni vengono presentate agli utenti, agli operatori e agli organi di controllo. La conoscibilità si configura quindi come un prerequisito fondamentale per la spiegabilità e per l'esercizio di un controllo efficace sulle decisioni automatizzate, contribuendo a

alimentando così disparità razziali ingiustificate nel trattamento giudiziario. Tali bias sono imputabili a dati storici distorti e a modelli di apprendimento automatico non adeguatamente calibrati per prevenire discriminazioni. La sentenza *State v. Loomis* (Wisconsin, 2016) ha riconosciuto l'utilizzo di COMPAS come supporto decisionale, ma ha sollevato dubbi sull'opacità del sistema, sulla mancanza di trasparenza nelle sue logiche interne e sulla difficoltà per la difesa di contestare i risultati algoritmici. Questo caso rappresenta un punto di riferimento cruciale nel dibattito giuridico sull'uso dell'intelligenza artificiale nella giustizia, sottolineando l'importanza di garantire spiegabilità, equità e supervisione umana per mitigare i rischi di discriminazione automatizzata.

prevenire fenomeni di opacità algoritmica e favorendo responsabilità, trasparenza e fiducia nell'uso dell'intelligenza artificiale.

Il principio di spiegabilità (explainability) si configura quale garanzia funzionale dell'autodeterminazione informata dell'utente o del soggetto interessato, imponendo che le modalità, i criteri e le logiche sottostanti alle decisioni automatizzate siano rese accessibili, comprensibili e verificabili. Da un punto di vista tecnico, la spiegabilità può essere declinata in vari livelli:

- *spiegabilità tecnica*, rivolta agli sviluppatori e ai regolatori, che riguarda la comprensione degli algoritmi e dei modelli;
- *spiegabilità funzionale*, che si focalizza sulla capacità di illustrare come una determinata decisione viene presa;
- *spiegabilità decisoria*, che rende chiaro all'utente finale il motivo della decisione automatizzata e le sue possibili implicazioni.

Questi livelli sono cruciali per assicurare trasparenza e fiducia nei sistemi di IA, e rappresentano una premessa indispensabile per esercitare un controllo consapevole e responsabile.

Il concetto di “sorveglianza umana” (human oversight), va inteso come strumento di controllo preventivo e correttivo, finalizzato a evitare fenomeni di deresponsabilizzazione e automatismo decisionale incontrollato. La sorveglianza umana deve essere concreta e sostanziale, non meramente formale o simbolica, e deve essere integrata sin dalla fase di progettazione del sistema, in ossequio al principio di *human oversight by design*. Questo approccio implica la predisposizione di meccanismi che consentano all'operatore umano di intervenire efficacemente nelle decisioni automatizzate, correggendo o sospendendo l'azione del sistema quando necessario.

In ambito normativo europeo, il principio della supervisione umana trova espressione nel Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (AI Act), che impone l'obbligo di *human oversight* per i sistemi ad alto rischio, nonché nel Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR), e in particolare nell'articolo 22, che riconosce il diritto degli interessati a non essere soggetti a decisioni basate unicamente su processi automatizzati, compresa la profilazione, senza un intervento umano significativo.

Questa cornice giuridica sottolinea come la presenza umana lungo tutto l'arco del processo algoritmico non sia un mero requisito formale, ma una condizione sostanziale per garantire la tutela dei diritti fondamentali. Anzi da questo angolo visuale si potrebbe sostenere che all'obbligo di *human oversight* corrisponda un autonomo e nuovo diritto soggettivo digitale alla sorveglianza (Costantino, 2024).

Tale diritto per la sua connaturata attinenza alla salvaguardia della dignità, libertà e sicurezza della persona deve intendersi alla stregua di uno strumento di enforcement dei diritti delle personalità e dei diritti inviolabili della persona nella sfera di rilevanza della relazione digitale, con una disciplina quindi non limitata a quella del Codice Civile o di contingenti norme speciali ma estesa alla garanzia costituzionale per il tramite in particolare dell'art. 2 Cost..

Una lettura che appare ancora più convincente ove si aderisca all'interpretazione di certa dottrina che, superando il tradizionale dibattito sulla natura di norma chiusa o aperta dell'art. 2 Cost., riconosce a quest'ultima il ruolo di vera e primigenia norma tesa a tutelare, non già e non solo i diritti-situazioni giuridiche soggettive attive circoscritti a previsioni specifiche già determinate dal Costituente quanto piuttosto il valore in sé della libera formazione della personalità dell'individuo e pertanto capace di conferire

legittimazione costituzionale anche a quei diritti di nuova emersione e manifestazione nella storia evolutiva dei rapporti sociali e che tuttavia sono impliciti nel o enucleabili dal contesto della Costituzione (Modugno, 1995).

In conclusione, il terzo comma rappresenta una risposta normativa articolata e avanzata alle sfide poste dall'adozione massiva di sistemi di IA, affermando un equilibrio imprescindibile tra innovazione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali, attraverso la centralità della supervisione umana, la spiegabilità delle decisioni automatizzate e la prevenzione dei rischi di delega incontrollata alle macchine.

Va però dato conto delle numerose criticità connesse all'effettiva implementazione pratica del principio di *human oversight*. In primo luogo, emerge la necessità imprescindibile di una formazione specialistica e continua per gli operatori umani incaricati di monitorare i sistemi di intelligenza artificiale. Questi devono infatti possedere competenze multidisciplinari che spaziano dalla comprensione tecnica degli algoritmi e dei modelli di machine learning, fino alla conoscenza delle implicazioni etiche e giuridiche delle decisioni automatizzate. La carenza di tali competenze può compromettere la capacità di identificare anomalie, bias o errori nei processi decisionali automatizzati, riducendo l'efficacia del controllo umano.

In secondo luogo, la sorveglianza umana può essere gravata da un significativo sovraccarico cognitivo, soprattutto in contesti caratterizzati da volumi elevati di dati e decisioni da monitorare in tempo reale. Questo sovraccarico può indurre fenomeni di affaticamento mentale e ridurre la vigilanza, con il rischio di trasformare l'intervento umano in una mera formalità piuttosto che in un'effettiva barriera di controllo.

Infine, la letteratura scientifica e giuridica sottolinea i limiti intrinseci dell'intervento umano all'interno di sistemi complessi e altamente automatizzati. L'interazione con algoritmi opachi, spesso descritti come "scatole nere" (black box), rende difficoltoso per gli operatori comprendere appieno il funzionamento interno del sistema e le ragioni precise alla base delle decisioni prese. Ciò può portare a una delega implicita e inconsapevole del potere decisionale, con conseguente deresponsabilizzazione e riduzione della capacità di intervento corretto. Inoltre, l'intervento umano rischia di essere influenzato da bias cognitivi propri, che possono interferire con la capacità di giudizio critico e obiettivo sulle decisioni algoritmiche.

Queste criticità, ampiamente discusse in letteratura (Wachter; Mittelstadt; Floridi, 2017, p. 76) evidenziano come il principio di human oversight debba essere supportato da adeguati strumenti tecnici, organizzativi e formativi, nonché da un quadro normativo chiaro e vincolante che definisca ruoli, responsabilità e modalità di intervento umano nei sistemi automatizzati.

4.4 COMMA 4 – TUTELA DEL METODO DEMOCRATICO E DELLA SOVRANITÀ NAZIONALE

Il quarto comma esplicita una preoccupazione politico-istituzionale connessa all'intrinseca adattabilità dei sistemi di intelligenza artificiale a forme opache di manipolazione, idonee a comprimere in maniera sistematica e massiva le libertà cognitive degli individui. Per tale ragione, il legislatore introduce un principio programmatico fondamentale: l'IA non deve in alcun modo compromettere il metodo democratico, la libertà del dibattito politico né le competenze delle istituzioni territoriali, nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà e dell'autonomia degli enti locali.

Tale previsione si iscrive nel solco delle gravi interferenze elettorali e delle manipolazioni cognitive subliminali recentemente denunciate a livello internazionale, grazie all'utilizzo di algoritmi basati su IA nei social network finalizzati a influenzare opinione pubblica e processi elettorali. Non è infatti revocabile in dubbio che specie nell'era algoritmica si assiste sempre più ad una profonda riscrittura delle dinamiche geo-politiche all'interno delle quali le tecniche di comunicazione digitale rivestono un ruolo estremamente critico. Nell'ecosistema comunicativo contemporaneo, infatti, dominato dalle piattaforme digitali e dall'iper-personalizzazione dei contenuti, il profiling e il targeting comportamentale si configurano come strumenti centrali non solo per finalità commerciali, ma anche – e sempre più spesso – per scopi politici, inclusi quelli illeciti o manipolativi.

Il *profiling* consiste nella raccolta e nell'analisi sistematica di dati personali, relativi a comportamenti, interessi, orientamenti ideologici e attività online degli utenti, allo scopo di costruire profili dettagliati e predittivi. Tali informazioni, spesso acquisite mediante piattaforme social o tramite terze parti non sempre trasparenti, permettono di delineare con precisione segmenti di popolazione particolarmente sensibili a determinati temi o narrazioni.

Questo processo di profilazione è propedeutico al *targeting*, ossia alla diffusione selettiva e mirata di contenuti verso individui o gruppi specifici, sulla base delle caratteristiche rilevate. Nel contesto politico, ciò si traduce nella possibilità di indirizzare messaggi personalizzati, spesso sotto forma di “dark ads”, ossia annunci visibili solo al destinatario selezionato, che possono avere finalità manipolative, disinformative o polarizzanti.

L'utilizzo congiunto di profiling e targeting apre così la strada a forme di interferenza illecita nel dibattito democratico, poiché

consente a soggetti terzi – talvolta esterni al contesto nazionale – di influenzare clandestinamente l’opinione pubblica e, in ultima istanza, l’esito di processi elettorali. I messaggi veicolati possono essere progettati per rafforzare paure latenti, alimentare divisioni sociali, o minare la fiducia nelle istituzioni democratiche, facendo leva su bias cognitivi e vulnerabilità emotive dell’elettorato.

Un esempio emblematico è rappresentato dal caso Cambridge Analytica¹⁴, in cui dati raccolti in modo opaco sono stati utilizzati per influenzare voti referendari ed elettorali (come nel caso della Brexit o delle presidenziali statunitensi del 2016), dimostrando come l’uso disinvolto di queste tecniche possa alterare l’equilibrio informativo e compromettere la libera formazione dell’opinione pubblica.

Inoltre, il carattere algoritmico e opaco di questi processi rende difficilmente rilevabili tali interferenze da parte delle autorità competenti e degli stessi cittadini. Questo scenario solleva gravi questioni etiche, giuridiche e democratiche, in quanto si assiste a un’inversione del paradigma informativo dal momento che non è più l’elettore a cercare l’informazione, ma è l’informazione, sovente manipolata, a cercare l’elettore, sulla base di un profilo psicografico invisibile e non controllabile. In definitiva, il ricorso ad algoritmi finalizzati a profiling e targeting nelle strategie di comunicazione politica, se non regolamentato da normative rigorose e trasparenti,

¹⁴ Il caso Cambridge Analytica ha rappresentato uno dei più eclatanti scandali legati alla raccolta e all’uso illecito dei dati personali nel contesto politico. Tra il 2016 e il 2018, la società di consulenza politica ha raccolto, senza il consenso esplicito degli utenti, dati di milioni di profili Facebook attraverso un’applicazione terza, sfruttando queste informazioni per realizzare campagne di profilazione psicografica volte a influenzare elettoralmente i cittadini in diversi paesi, tra cui gli Stati Uniti e il Regno Unito. L’operazione ha sollevato preoccupazioni fondamentali su privacy, trasparenza e manipolazione dell’opinione pubblica, evidenziando come le tecnologie digitali possano essere utilizzate per interferire nei processi democratici. Le indagini delle autorità britanniche e statunitensi, insieme ai rapporti giornalistici come quelli del The Guardian, hanno messo in luce pratiche non trasparenti e potenzialmente illecite nell’uso dei dati personali, accelerando il dibattito internazionale sulla regolamentazione della profilazione politica, il targeting elettorale e la tutela dei diritti digitali.

rischia di trasformarsi in un potente strumento di controllo e manipolazione del consenso, ponendo serie minacce alla sovranità del voto e al principio fondamentale di una democrazia informata e partecipata.

Il richiamo dunque al divieto di interferenze illecite, indipendentemente dall'identità del soggetto agente, rafforza la tutela della sfera pubblica democratica contro pratiche manipolative, anche se poste in essere da soggetti privati, delineando un chiaro limite all'uso della profilazione e delle tecniche persuasive automatizzate basate su IA.

4.5 COMMA 5 – COORDINAMENTO CON L'AI ACT

Il quinto comma ha funzione di coordinamento normativo, stabilendo che la legge italiana non introduce nuovi obblighi rispetto al Regolamento (UE) 2024/1689.

Dal punto di vista tecnico, tale previsione ha un effetto limitativo rispetto alla potestà normativa del legislatore nazionale. In sostanza, essa sancisce che l'Italia si limita a garantire l'applicazione del regolamento europeo senza aggiungere, aggravare o ampliare gli obblighi a carico dei soggetti destinatari, coerentemente con la natura direttamente applicabile dei regolamenti UE, che, a differenza delle direttive, non richiedono trasposizione e sono vincolanti in tutti i loro elementi per gli Stati membri.

La funzione del quinto comma è, dunque, di garanzia e di conformità al diritto europeo, limitando ogni eventuale tentazione di introdurre regole sovrapposte o divergenti rispetto al regolamento. In altri termini, agisce come una clausola di rispetto dell'equilibrio normativo europeo, assicurando che la legge nazionale non si trasformi in un veicolo di distorsione dell'impianto regolatorio comune.

Tuttavia, ciò non impedisce al legislatore italiano di esercitare una funzione integrativa e sistematica, specificando modalità attuative o adattamenti organizzativi sul piano interno.

Dal punto di vista processuale, la previsione contenuta nel quinto comma, che esclude l'introduzione di nuovi obblighi da parte della normativa nazionale rispetto a quanto previsto dal Regolamento (UE) 2024/1689, assume una valenza significativa. In particolare, tale clausola incide tanto sull'interpretazione delle norme interne, quanto sull'operatività del principio del primato del diritto dell'Unione nei giudizi dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale.

In primo luogo, la clausola costituisce un criterio ermeneutico vincolante per i giudici italiani, che sono chiamati a interpretare le disposizioni della legge nazionale in modo conforme al regolamento europeo. Qualora emergessero dubbi interpretativi circa l'estensione degli obblighi posti dalla legge interna, il quinto comma funge da limite strutturale, imponendo un'interpretazione restrittiva, coerente con il principio per cui i regolamenti europei sono *self-executing* e non devono essere integrati o modificati dal legislatore nazionale.

In secondo luogo, nel caso in cui il legislatore nazionale dovesse violare tale vincolo e adottare norme che introducono obblighi ulteriori o difformi rispetto al regolamento, si aprirebbe la possibilità, in sede processuale, per i soggetti interessati (es. operatori economici, piattaforme digitali, utenti) di chiedere la disapplicazione della norma interna illegittima. Il giudice nazionale, infatti, è tenuto a garantire l'effettività del diritto dell'Unione e, pertanto, deve disapplicare qualsiasi norma interna incompatibile con il regolamento europeo, senza necessità di attendere l'annullamento formale della disposizione.

Tale meccanismo ha importanti ricadute pratiche nei procedimenti giurisdizionali, in quanto consente una tutela immediata

dei diritti garantiti dal regolamento europeo, anche in assenza di un intervento legislativo correttivo. Inoltre, ove sussistano margini di ambiguità o dubbi sulla corretta interpretazione delle disposizioni europee, il giudice nazionale ha la facoltà (o in certi casi l'obbligo) di sollevare una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Infine, la violazione del vincolo imposto dal quinto comma potrebbe anche costituire motivo di illegittimità degli atti amministrativi adottati in applicazione di norme interne incompatibili con il regolamento: ciò renderebbe tali atti impugnabili dinanzi al giudice amministrativo per eccesso di potere o violazione di legge, rafforzando la tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti.

4.6 COMMA 6 – CYBERSICUREZZA E RESILIENZA

Il sesto comma introduce un principio di cybersicurezza strutturale, elevandolo a condizione imprescindibile per il rispetto dei diritti e dei principi sanciti dall'articolo 3. Tale disposizione, seppur tecnica, riveste un'importanza cruciale poiché stabilisce che la sicurezza informatica non sia un elemento accessorio, ma un requisito fondamentale lungo tutto il ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale. Dal momento della progettazione, passando per l'addestramento e l'utilizzo, fino alla dismissione, le misure di cybersicurezza devono essere proporzionate e basate su un'analisi costante del rischio, adeguandosi dinamicamente alle minacce emergenti.

Questo approccio riconosce la natura complessa e multidimensionale dei rischi associati all'IA. La vulnerabilità di un sistema, infatti, non è mera questione tecnica e può tradursi in violazioni su larga scala dei diritti fondamentali, in distorsione degli output decisionali e persino nell'uso malevolo della tecnologia. Tra i

rischi più noti vi sono gli attacchi avversariali, in cui manipolazioni sottili degli input possono alterare i risultati in modo ingannevole, il *jail-breaking* dei modelli linguistici di grandi dimensioni (Large Language Models), che consente di aggirare le restrizioni di sicurezza e la corruzione dei dati di addestramento, che compromette l'affidabilità e la neutralità dei modelli.

Il sesto comma amplia inoltre il concetto di cybersicurezza ben oltre la mera protezione informatica, includendo la *resilienza*¹⁵ contro tentativi di alterazione e la capacità del sistema di mantenere la propria operatività anche in condizioni avverse. Ciò implica che la sicurezza deve coprire la robustezza logica dei modelli, garantire la continuità operativa e assicurare la possibilità di un auditing permanente. Questi aspetti sono essenziali per tutelare la trasparenza, la tracciabilità e la responsabilità nell'uso dell'IA, elementi fondamentali per la fiducia degli utenti e la correttezza delle applicazioni.

Il principio qui enunciato si inserisce in un contesto normativo europeo ormai consolidato. Regolamenti e direttive come il Regolamento (UE) 2021/694, che istituisce l'Agenzia

¹⁵ La resilienza contro tentativi di alterazione si configura come la capacità intrinseca di un sistema di intelligenza artificiale di resistere, rilevare e mitigare attacchi e manipolazioni esterne che mirano a compromettere l'integrità, la correttezza o la sicurezza dei dati, degli algoritmi e dei processi decisionali automatizzati. Tale resilienza implica l'adozione di misure tecniche e organizzative volte a prevenire o limitare gli effetti di manipolazioni malevole, quali attacchi avversariali, iniezione di dati corrotti o tentativi di compromissione del modello, garantendo così la robustezza e l'affidabilità del sistema. La capacità del sistema di mantenere la propria operatività in condizioni avverse, nota anche come continuità operativa o resilienza funzionale, rappresenta la proprietà del sistema di garantire il regolare svolgimento delle sue funzioni critiche anche in presenza di guasti, attacchi informatici o altri eventi perturbativi. Questa capacità richiede l'implementazione di meccanismi di failover, ridondanza, monitoraggio continuo e risposta automatizzata agli incidenti, assicurando così che le prestazioni e i risultati prodotti dall'IA non subiscano interruzioni o degradazioni rilevanti. In sintesi, tali caratteristiche sono essenziali per assicurare la sicurezza, l'affidabilità e la responsabilità dei sistemi di IA, in particolare quando questi sono impiegati in contesti sensibili o critici dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali e della sicurezza pubblica.

dell'Unione Europea per la Cybersecurity (ENISA), e la recente Direttiva NIS2 (Direttiva (UE) 2022/2555) impongono misure di sicurezza proporzionate e basate sul rischio per tutti gli operatori di infrastrutture critiche digitali, comprese le piattaforme basate su IA. In tale quadro, il sesto comma si allinea alla prassi regolatoria europea, rafforzando la necessità che le piattaforme e i sistemi basati su IA adottino un approccio di risk management continuo, che includa standard minimi quali:

1. la protezione da attacchi adversariali e altre tecniche di manipolazione volte a compromettere l'integrità dei modelli;
2. la salvaguardia della qualità e della sicurezza dei dati di addestramento, evitando la corruzione o la compromissione dei dataset, che possono condurre a decisioni errate o discriminatorie;
3. la garanzia di continuità operativa, affinché eventuali attacchi o malfunzionamenti non si traducano in interruzioni del servizio o perdite di controllo sui processi decisionali automatizzati;
4. l'implementazione di sistemi di monitoraggio e auditing permanente, indispensabili per assicurare la trasparenza e la verificabilità delle scelte operate dall'IA.

In questo senso, il sesto comma non solo recepisce tali standard, ma li applica con specificità al settore dell'intelligenza artificiale, sancendo l'obbligo di una gestione del rischio continua e integrata, configurandosi come un cardine fondamentale per l'armonizzazione tra innovazione tecnologica e tutela giuridica. In conclusione esso sottolinea come la sicurezza digitale non sia solo un requisito tecnico, ma un presupposto essenziale per un utilizzo

etico, affidabile e responsabile dell'intelligenza artificiale, capace di salvaguardare non solo i dati, ma l'intero spettro dei diritti fondamentali nel contesto digitale contemporaneo.

4.7 COMMA 7 – ACCESSIBILITÀ E DISABILITÀ

Infine, il settimo comma garantisce alle persone con disabilità il pieno accesso ai sistemi di intelligenza artificiale e alle relative funzionalità o estensioni, su base di uguaglianza e senza alcuna forma di discriminazione e di pregiudizio, in conformità alle disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, sottoscritta a New York il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva in Italia ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18.

Questa norma riflette una visione inclusiva dell'innovazione, e richiama l'obbligo positivo dello Stato di rendere le tecnologie accessibili, usabili, compatibili con le esigenze dei cittadini più vulnerabili, anche mediante l'adozione di standard tecnici specifici (es. interfacce vocali, sintesi visive, supporti sensoriali). L'accessibilità, quindi, non è un optional, ma un requisito strutturale e giuridicamente vincolante, che incide sia sulla fase di design che di erogazione dei servizi basati su IA.

5 RILIEVI CONCLUSIVI

Dopo aver approfondito i contenuti e le implicazioni degli articoli 1, 2 e 3, è possibile ricostruire un quadro organico della legge italiana sull'intelligenza artificiale, mettendo in luce come questi articoli si integrino per definire un modello normativo complesso e coerente.

L'articolo 1 della legge italiana sull'intelligenza artificiale si configura come il punto di partenza imprescindibile per comprendere

la visione e la filosofia normativa che informano l'intero testo legislativo. Questo articolo, infatti, non si limita a enunciare principi generali astratti, ma definisce con chiarezza il quadro valoriale in cui deve muoversi lo sviluppo e l'uso dell'IA, ponendo al centro la dignità umana e il rispetto dei diritti fondamentali come linee guida imprescindibili. La legge, dunque, non guarda all'intelligenza artificiale semplicemente come a una tecnologia da disciplinare, ma come a un fenomeno sociale e politico che impatta profondamente sulle modalità di relazione tra cittadini, istituzioni e mercato. L'articolo 1 stabilisce così la priorità della tutela delle persone e delle comunità, sottolineando la necessità di un approccio etico e responsabile che accompagni ogni fase del ciclo di vita delle tecnologie, dalla progettazione all'implementazione, fino alla valutazione degli effetti.

In continuità con questa impostazione valoriale, l'articolo 2 delinea in modo puntuale l'ambito di applicazione della legge e fornisce definizioni fondamentali che costituiscono la base per un regime giuridico chiaro e funzionale. Questo articolo svolge una funzione chiave nell'articolare un sistema normativo capace di adattarsi alla molteplicità e alla complessità delle tecnologie di IA, riconoscendo allo stesso tempo la necessità di salvaguardare i diritti fondamentali quali la privacy, la libertà individuale, la non discriminazione e la sicurezza. La definizione precisa di cosa si intenda per sistemi di IA, nonché l'indicazione dei soggetti obbligati e dei contesti di applicazione, assicurano che la disciplina sia efficace, evitando ambiguità che potrebbero compromettere la tutela giuridica. Inoltre, l'articolo 2 stabilisce un quadro normativo flessibile ma rigoroso, che consente di modulare le misure di prevenzione e controllo in funzione del rischio associato a specifiche applicazioni, in linea con l'approccio basato sul rischio promosso anche a livello europeo.

All'interno della cornice normativa, così impostata dagli articoli 1 e 2, l'articolo 3 rappresenta una disposizione di fondamentale importanza, anzi la più importante, non solo in termini di regolazione tecnica per principi generali, ma anche per il suo valore politico e giuridico. Esso si erge quale elemento reggente di un'architettura normativa che intende coniugare lo sviluppo tecnologico con la salvaguardia dei principi costituzionali, con particolare riferimento alla dignità umana e ai diritti fondamentali. Esso infatti non si limita a stabilire un insieme di principi generali per la gestione dell'intelligenza artificiale, ma sancisce un paradigma di governance che si oppone a qualsiasi forma di approccio tecnocratico o deterministico alla tecnologia, richiamando in modo esplicito il primato della persona e dei diritti umani.

Su un piano di politica legislativa, l'articolo 3 esprime un chiaro orientamento di tutela della libertà, dell'uguaglianza e dei diritti civili, confrontandosi con la sfida di inserire l'IA in un contesto che non comprometta le prerogative democratiche. La norma si inserisce perfettamente nel più ampio contesto normativo europeo, in particolare nel quadro della Strategia Digitale Europea e del Digital Services Act, pur mantenendo una specificità che risponde alla particolare sensibilità della legislazione italiana verso la tutela dei diritti fondamentali e la protezione contro la potenziale invasività della tecnologia. Il principio di proporzionalità, in particolare, che permea l'intero articolo, si configura non solo come un criterio di adeguatezza degli interventi tecnologici, ma come un'efficace protezione contro il rischio che l'evoluzione tecnologica prevalga sulle libertà e sui diritti individuali. L'integrazione dell'IA nella sfera pubblica e privata, secondo i principi delineati nell'articolo, è concepita come un processo che non può prescindere dalla garanzia della trasparenza, della non discriminazione, e del rispetto della dignità umana.

Dal punto di vista assiologico, sistemico e giuridico, l'articolo 3 rappresenta un tentativo di stabilire un equilibrio tra l'efficienza tecnologica e la protezione dei diritti civili, non solo come obiettivo politico, ma come un vincolo giuridico inderogabile. L'articolo 3, a tal fine, in modo esplicito, rinvia a principi ben noti dell'ordinamento costituzionale, come quelli sanciti dagli articoli 2 (tutela della persona), 3 (uguaglianza sostanziale), 13 (libertà personale), 15 (riservatezza delle comunicazioni) e 21 (libertà di espressione) e gli integra con la disciplina dell'IA, rendendo il principio di accountability e la sorveglianza umana le chiavi di lettura per garantire che le scelte tecnologiche siano compatibili con i principi di legalità e giustizia sociale. L'introduzione di misure come la sorveglianza umana attiva e la spiegabilità delle decisioni automatizzate rappresentano strumenti giuridici di controllo che rafforzano la responsabilità e la trasparenza nelle scelte collettive, e non solo la protezione della sfera individuale. Inoltre, il riferimento esplicito al principio di non interferenza illecita nei processi decisionali, con particolare riguardo a contesti elettorali e politici, denota una reazione puntuale alle problematiche sollevate da fenomeni globali di manipolazione algoritmica e influenze esterne tramite tecniche di *profiling* e *targeting*. La legge italiana si pone, così, come argine alle potenziali deviazioni delle tecnologie di IA che potrebbero compromettere l'autonomia dei processi democratici, segnando un confine giuridico preciso contro forme di manipolazione cognitive, da qualsiasi soggetto esse provengano, siano esse pubbliche o private.

Infine, l'articolo 3 si distingue per un approccio complesso e articolato alla regolazione dell'IA, che non mira alla mera disciplina tecnologica ma alla creazione di un quadro normativo che ponga la tecnologia sotto il controllo della legge, orientando responsabilmente il progresso in una direzione compatibile con l'interesse pubblico e il rispetto dei valori democratici con l'obiettivo ultimo di preservare

l'autonomia dell'individuo in un contesto digitale sempre più complesso.

In conclusione, l'articolo 3 non solo risponde alle sfide imposte dalla rapida evoluzione delle tecnologie emergenti, ma riafferma con forza la centralità del diritto e della politica nella definizione e nel controllo delle scelte tecnologiche. Questo approccio legislativo si propone come una delle risposte più avanzate e complete alle sfide globali in ambito tecnologico, configurandosi come un modello normativo che coniuga il progresso tecnologico con la tutela dei valori democratici e dei diritti fondamentali, assicurando che l'innovazione non comprometta mai la giustizia sociale, la sostenibilità giuridica e soprattutto la sovranità digitale dello Stato¹⁶.

Quest'ultima infatti assume un ruolo cruciale nel garantire il controllo democratico sui dati¹⁷, sugli algoritmi e sulle infrastrutture tecnologiche, almeno per due specifiche dimensioni che si integrano a vicenda:

- difendere la capacità delle istituzioni di orientare e regolare le tecnologie nel rispetto degli interessi pubblici e collettivi, preservando la capacità normativa e di governo delle autorità pubbliche, e assicurando la trasparenza, la responsabilità e la tracciabilità dei processi decisionali automatizzati, nel pieno rispetto dei principi di legalità e proporzionalità;

¹⁶ Il concetto di sovranità digitale si riferisce alla capacità degli Stati di esercitare un controllo effettivo e democratico sui dati, sulle infrastrutture informatiche e sugli algoritmi che incidono sulla vita pubblica e privata. La sovranità digitale implica la tutela degli interessi nazionali e collettivi nel contesto della governance tecnologica, garantendo che la regolamentazione delle tecnologie digitali avvenga nel rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali. La tematica è centrale anche nella strategia europea sulla Digital Sovereignty ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651992/EPRS_BRI\(2020\)651992_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651992/EPRS_BRI(2020)651992_EN.pdf)) e nel quadro normativo del GDPR, che riflette un bilanciamento tra apertura digitale e protezione sovrana dei dati (https://commission.europa.eu/system/files/2020-02/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf).

¹⁷ Floridi (2014) ha approfondito il concetto di "sovranità digitale" e di "etica dell'informazione", sottolineando come il controllo sui dati e sugli algoritmi sia essenziale per la tutela dei diritti in un'epoca digitale.

- attuare modelli concreti di presidio contro le forme di intervento tecnologico opaco e potenzialmente lesivo della pluralità democratica e della libertà individuale, rendendo imprescindibile un sistema di governance multilivello che integri norme nazionali, europee e internazionali, e che consenta un'effettiva partecipazione e controllo democratico sulle innovazioni tecnologiche.

6 GLI IMPATTI POTENZIALI DEL DIGITAL OMNIBUS IN UNA PROSPETTIVA *DE IURE CONDENDO*

La proposta Digital Omnibus della Commissione Europea, che mira a semplificare e riorganizzare una parte significativa del corpus normativo digitale dell'UE, dall'AI Act al GDPR, dalla normativa su cookie e privacy al Data Act fino alle direttive sulla sicurezza digitale, potrebbe incidere direttamente e indirettamente anche sulla legge italiana n. 132/2025. Vediamo quali effetti, in particolare, potrebbero prodursi con riguardo agli articoli 1,2,3.

6.A EFFETTI SUL COORDINAMENTO TRA FONTI EUROPEE E NAZIONALI (ARTICOLO 1)

Uno degli interventi più rilevanti riguarda il rinvio strutturale dell'entrata in vigore delle disposizioni dell'AI Act relative ai sistemi di IA ad alto rischio, collegandone l'effettiva applicazione all'adozione di standard tecnici armonizzati a livello europeo. Il differimento, che posticipa al 2027 il pieno regime applicativo del titolo dedicato ai sistemi ad alto rischio, produce un effetto immediato sul quadro delineato dall'articolo 1 della legge italiana, che si fonda sull'allineamento temporale e funzionale con la disciplina europea.

Il rischio è quello di un disallineamento tra finalità nazionali e tempistiche sovranazionali, con possibili incertezze applicative per gli operatori pubblici e privati chiamati a conformarsi a una normativa il cui presupposto europeo rimane in fase evolutiva.

6.B INCIDENZA SULLE DEFINIZIONI E SUL LESSICO GIURIDICO DELL'IA (ARTICOLO 2)

All'interno del pacchetto Digital Omnibus si ipotizza, nell'ottica di semplificare gli adempimenti per le imprese e favorire l'innovazione, una revisione del perimetro definitorio del dato personale, soprattutto in relazione ai criteri di identificabilità e ai dati pseudonimizzati i quali ultimi potrebbero eventualmente essere esclusi dall'ambito di tutela qualora non sussista un rischio concreto di re-identificazione. Un cambiamento che, se confermato, avrebbe ripercussioni rilevanti sulla disciplina italiana dell'IA, poiché la Legge 132/2025 si fonda sull'interoperabilità concettuale con il GDPR e con l'AI Act, e quindi su definizioni e presupposti derivati dagli standard europei, e presuppone un livello elevato di protezione dei dati personali e sensibili. Una definizione più restrittiva potrebbe infatti indebolire garanzie essenziali come trasparenza, informazione, consenso e condizioni di trattamento, riducendo l'effettività dei principi generali della legge relativi alla dignità e ai diritti fondamentali.

Parallelamente, il pacchetto rafforza la distinzione tra categorie di sistemi di IA e modelli di base ai fini della responsabilità e della conformità. Poiché l'articolo 2 della Legge n. 132/2025 riproduce e integra la terminologia dell'AI Act, una modifica del vocabolario normativo europeo impone una riflessione sulla tenuta delle definizioni nazionali. Una ridefinizione europea più flessibile del concetto di dato personale o delle categorie di rischio potrebbe

produrre un effetto a cascata sul sistema definitorio italiano, ponendo il legislatore nazionale di fronte alla necessità di aggiornare le proprie categorie o, alternativamente, di mantenere una disciplina più rigorosa, con possibili frizioni interpretative.

Esse potrebbero risultare ridondanti, incomplete o perfino in contrasto con la nuova prospettiva europea, esponendo il legislatore italiano all'obbligo di successivi interventi correttivi o interpretativi.

6.C IMPATTO SUI PRINCIPI GENERALI NAZIONALI (ARTICOLO 3)

Al tempo stesso, il pacchetto introduce semplificazioni e alleggerimenti per imprese e PMI attraverso meccanismi di conformità proporzionata, riduzioni degli obblighi documentali e l'istituzione di sandbox regolatori. Queste misure, pur potendo favorire l'adozione dell'IA da parte di operatori più piccoli, rischiano di entrare in tensione con i requisiti di accountability, trasparenza, non discriminazione, e tutela dei diritti posti dall'articolo 3 della Legge n. 132/2025, che li considera valori-guida.

Se tali semplificazioni dovessero tradursi in minori obblighi di rendicontazione e verifica, la capacità della legge di fungere da presidio di garanzia potrebbe risultarne compromessa o indebolita. Tutto ciò incide anche sul principio di precauzione giuridica che costituisce la struttura portante della legge italiana. Un impianto costruito per evolversi gradualmente attraverso decreti attuativi, regolamenti secondari, prassi e giurisprudenza rischia infatti di andare “fuori sincrono” rispetto a un quadro sovranazionale che cambia rapidamente. La conseguenza potrebbe essere la necessità di riconsiderare norme secondarie, attuazioni e interpretazioni, mettendo in discussione la stabilità normativa che la legge intendeva

assicurare. Non a caso, diverse associazioni per i diritti digitali avvertono che il Digital Omnibus potrebbe rappresentare un vero e proprio “rollback” delle protezioni: la combinazione di ritardi, ridefinizioni di dato personale e semplificazioni operative rischia di rendere l’AI Act, e, per riflesso, le normative nazionali di raccordo, meno vincolante e più permissivo, con conseguente riduzione dell’efficacia di tutela nei contesti ad alto impatto come salute, lavoro, credito e servizi pubblici, proprio quelli che la legge 132/2025 intendeva salvaguardare attraverso un approccio antropocentrico e responsabile.

In questo scenario, per l’Italia si potrebbero delineare due percorsi possibili: da un lato, una revisione o un adeguamento della legge n. 132/2025 per mantenere coerenza con il nuovo quadro europeo, mediante modifiche legislative, aggiustamenti dei decreti attuativi o misure transitorie; dall’altro, il rischio di un disallineamento, in cui la legge resterebbe formalmente in vigore ma con garanzie concrete indebolite, poiché gli operatori potrebbero sfruttare le deroghe e le semplificazioni introdotte a livello UE.

In entrambi i casi emerge chiaramente che la normativa nazionale non può essere interpretata come un contenitore chiuso, ma come parte di un ecosistema multilivello condizionato dalle evoluzioni europee, il che richiede vigilanza continua, dialogo tra istituzioni, autorità, operatori e società civile e, forse, un ripensamento dei meccanismi di governance dell’IA nel nostro ordinamento.

In conclusione, il Digital Omnibus rappresenta un banco di prova cruciale per la tenuta del modello italiano di governance dell’intelligenza artificiale e pone la Legge 132/2025 davanti a un crocevia, potendo trasformarla in uno strumento destinato ad adattarsi a un contesto europeo più permissivo, con conseguente perdita di efficacia, oppure offrire l’occasione per consolidare un approccio

nazionale più coerente e robusto. L'impianto basato su precauzione e principi generali potrebbe così evolvere verso una governance attiva e dinamica, rafforzata attraverso un uso consapevole degli strumenti multilivello di armonizzazione e capace di reagire alle evoluzioni europee e, allo stesso tempo, di preservare attraverso una scelta politica consapevole i valori fondativi della disciplina italiana dell'intelligenza artificiale.

RIFERIMENTI

ALVISI, Chiara; DI NELLA, Luca. **Intelligenza artificiale sostenibile e diritto civile**. Napoli: ESI, 2024.

BALLETTI, Emilio; FOGLIA, Laura (a cura di). **Le dimensioni giuridiche del principio di precauzione**. Napoli: ESI, 2023.

COSTANTINO, Fortunato. Nuovi diritti soggettivi digitali: il diritto di disconnessione e il diritto al controllo umano sull'algoritmo. un tentativo di ricostruzione sistematica in una prospettiva costituzionalmente orientata. In: **Diritto di Famiglia e delle Persone**, Milano, Ed. Giuffrè, anno LIII, Fasc. 4, 2024.

DUNN, Pietro. Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dell'hate speech. In: **Rivista Italiana di Informatica e Diritto**, Firenze, Ed. Istituto di Informatica Giuridica e Sistemi Giudiziari del CNR, n. 1, 2022.

FLORIDI, Luciano. **The ethics of information**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

FLORIDI, Luciano. **The fourth revolution: how the infosphere is reshaping human reality**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GALLONE, Giovanni. **Riserva di umanità e funzioni amministrative: indagine sui limiti dell'automazione tra**

procedimento e processo. Padova: Cedam, 2023.

GALLONE, Giovanni. Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell'IA Act. In: **Judicium**, Pisa, Ed. Pacini, 2024.

HILDEBRANDT, Mireille. **Smart technologies and the end(s) of law.** Cheltenham: Edward Elgar, 2015.

INGRAO, Alessandra. Critica della ragione artificiale: la discriminazione algoritmica intersezionale. In: **Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale**, Roma, Ed. Tecnicindustria, n. 2, 2024.

MODUGNO, Franco. **I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale.** Torino: Giappichelli, 1995.

PALLADINO, Rossana. **Il principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea: natura, funzioni e controllo.** Bari: Cacucci, 2024.

PERUZZI, Marco. Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale. In: **Labour & Law Issues**, Bologna, Ed. Alma Diamond, Alma Mater Studiorum Università di Bologna, v. 7, n. 1, 2021.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Bari / Roma: Laterza, 2012.

SARTOR, Giovanni. **L'intelligenza artificiale e il diritto.** Torino: Giappichelli, 2022.

SARTOR, Giovanni; LAGIOIA, Francesca. Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto. In: RUFFOLO, Ugo (Ed.). **Intelligenza artificiale: il diritto, i diritti, l'etica.** Milano: Giuffrè, 2020.

TAMASSIA, Nino. **Storia del diritto italiano**: storia delle fonti dall'eta romana ai tempi nostri, Padova: La Litotipo, 1923.

TOMASI, Marta. Intelligenza artificiale, sostenibilità e responsabilità intergenerazionali: nuove sfide per il costituzionalismo? In: **Rivista AIC**, Roma, Ed. Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 4, 2024.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano. Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection regulation. In: **International Data Privacy Law**, Oxford, Ed. Oxford University Press, p. 76-99, 2017.

Recebido em: 22-12-2025

Aprovado em: 22-2-2026

6

AVVOCATI E AI GENERATIVA: DOVEROSA LA VERIFICA DELL'ATTENDIBILITÀ DEGLI OUTPUT¹

TRIBUNALE DI SIRACUSA; sezione seconda; sentenza 20 febbraio 2026, n. 338; G.U. Spitaleri; Omissis (Avv.to Novara) c. Omissis (Avv.ti Colombo, Papaleo)

I modelli di intelligenza artificiale generativa (cd. Large Language Models) non costituiscono banche dati giurisprudenziali da cui estrarre precedenti e citazioni, bensì strumenti di generazione automatica del linguaggio fondati su meccanismi inferenziali di natura statistica e probabilistica.

I modelli di intelligenza artificiale generativa sono notoriamente soggetti al fenomeno delle cd. “allucinazioni”, consistente nella generazione di contenuti formalmente plausibili ma sostanzialmente falsi o inesistenti, ivi comprese citazioni giurisprudenziali mai rese.

L'utilizzazione acritica da parte di un Avvocato dei modelli di intelligenza artificiale generativa, senza la doverosa verifica dell'attendibilità degli output mediante consultazione delle fonti primarie, integra gli estremi della colpa grave, non potendosi tollerare, allo stato attuale delle conoscenze tecnologiche diffuse,

¹ **Como citar este artigo científico.** CASSANO, Giuseppe. Avvocati e AI generativa: doverosa la verifica dell'attendibilità degli output. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 193-212, jan.-abr. 2026.

errori che – lungi dal costituire meri refusi o imprecisioni – aggravano significativamente l’attività del Giudice e delle controparti, costretti a verificare l’attendibilità di ogni singola citazione e a controdedurre su precedenti inesistenti.

Omissis

Svolgimento del processo – Motivi della decisione

Omissis

5. Le spese di lite seguono la soccombenza e, avuto riguardo all’attività processuale espletata nel corso del giudizio e allo scaglione di riferimento individuato in conformità ai parametri di cui al D.M. n. 55 del 2014, aggiornato dal D.M. n. 147 del 2022, secondo il valore della controversia dichiarato in domanda (Euro 165.127,00; scaglione valoriale da Euro 52.000,01 ad Euro 260.000,00), vanno liquidate come da dispositivo per le fasi di studio, introduttiva, di trattazione e decisionale ai valori medi.

5.1. Quanto alle spese del procedimento cautelare in corso di causa (ricorso per sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c., rigettato con ordinanza del 30.01.2026), la cui liquidazione era stata riservata al merito, va tenuto conto che il convenuto non ha svolto difese specifiche autonome in sede cautelare – il rigetto del ricorso essendo conseguito alle medesime ragioni giuridiche poste a fondamento della decisione di merito, senza che il (omissis) abbia dovuto sviluppare un’attività difensiva ulteriore e distinta – sicché le relative spese devono ritenersi già ricomprese e integralmente assorbite nella liquidazione operata per il giudizio principale.

6. Nel caso in esame risulta applicabile l’art. 96, co. 3, c.p.c., il quale stabilisce che “quando pronuncia sulle spese ai sensi

dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”.

6.1. Il Tribunale ritiene che la parte attrice abbia svolto le proprie difese con colpa grave, se non con mala fede.

Ed invero, l'attrice ha proposto una domanda manifestamente infondata alla luce del consolidato e univoco orientamento giurisprudenziale in tema di applicabilità dell'art. 1957 c.c. alla responsabilità ex art. 38 c.c. Adoperando la normale diligenza, l'attrice avrebbe certamente acquisito piena coscienza dell'infondatezza della propria posizione, considerato che la stessa ordinanza della Corte di Cassazione n. 24819/2023, posta a fondamento della domanda, qualifica espressamente la responsabilità del (omissis) come “garanzia ex lege assimilabile alla fideiussione”.

6.2. A ciò si aggiunga un profilo di particolare gravità. Nel tentativo di contrastare le eccezioni sollevate dal convenuto, l'attrice ha citato, alle pagine 1 e 2 della propria memoria ex art. 171-ter, n. 1, c.p.c., quattro precedenti giurisprudenziali (Cass. n. 1216/2000, Cass. n. 8379/2006, Cass. n. 14795/2003 e Cass. n. 4553/2004), riportandone tra virgolette taluni passaggi asseritamente testuali, che di seguito si riportano fedelmente: “2. fa all'uopo presente che la responsabilità ex art. 38 c.c. è personale, solidale, diretta, di natura contrattuale e non equiparabile a quella del fideiussore”, né sotto il profilo funzionale né sotto quello giuridico. Non si applica, quindi, l'art. 1957 c.c.: “La responsabilità di chi ha agito in nome e per conto di un'associazione non riconosciuta non è assimilabile a quella del fideiussore, bensì è diretta e solidale, e quindi non è soggetta al termine di decadenza previsto dall'art. 1957 c.c.” (Cass. civ., sez. III, 4 febbraio 2000, n. 1216); “L'art. 38 c.c. configura una responsabilità solidale e primaria degli amministratori, del tutto

distinta e non accessoria come quella del fideiussore.” (Cass. civ., sez. III, 11 aprile 2006, n. 8379). 3. fa altresì presente che ex art.38 c.c. ne consegue un caso di obbligazione solidale ex art. 1292 c.c., sicché il creditore può agire contro uno solo dei coobbligati; non sussiste alcuna necessità di chiamare in causa tutti i responsabili o anche l’associazione; non vi è litisconsorzio necessario, né sostanziale né processuale. La giurisprudenza è chiara sul punto: “La responsabilità prevista dall’art. 38 c.c. è solidale e non sussidiaria, sicché il creditore può agire contro i soggetti che hanno agito in nome e per conto dell’associazione anche senza chiamare in causa l’associazione stessa. Non sussiste litisconsorzio necessario.” (Cass. civ., sez. I, 3 ottobre 2003, n. 14795); “La solidarietà prevista dall’art. 38 c.c. non impone al creditore l’onere di convenire in giudizio anche l’associazione: si tratta di coobbligati solidali, rispetto ai quali opera il principio della libera scelta del creditore.” (Cass. civ., sez. III, 5 marzo 2004, n. 4553).

Dalla verifica compiuta dal Tribunale mediante consultazione del CED della Corte di Cassazione, e confermata dalla documentazione prodotta dal convenuto, è emerso che nessuna delle suddette sentenze contiene i passaggi virgolettati. Le pronunce nn. 1216/2000 e 8379/2006, invocate a sostegno della tesi dell’inapplicabilità dell’art. 1957 c.c. alla responsabilità ex art. 38 c.c., non recano i virgolettati citati e, nella loro formulazione autentica, trattano materie estranee alla questione; le sentenze nn. 14795/2003 e 4553/2004, richiamate sul diverso tema del litisconsorzio, versano nella medesima situazione. In tutti e quattro i casi i passaggi tra virgolette non trovano riscontro in alcuna pronuncia esistente.

Ai fini della valutazione della suddetta condotta processuale, il Tribunale ha considerato tutte le ipotesi esplicative astrattamente configurabili, pervenendo alla conclusione che una sola di esse sia razionalmente sostenibile.

Deve anzitutto escludersi un malfunzionamento delle banche dati giuridiche professionali: tali strumenti indicizzano provvedimenti autentici e non generano testo, sicché non possono produrre precedenti con numeri, argomenti e virgolettati integralmente inesistenti. A conferma di ciò, il Tribunale ha provveduto a verificare i precedenti citati dall'attrice sulle banche dati giuridiche in uso alla magistratura italiana: le sentenze richiamate o non risultano presenti, o risultano presenti ma con contenuto del tutto difforme dai passaggi virgolettati. Tale verifica corrobora ulteriormente la conclusione che l'inconveniente non possa essere ricondotto a un malfunzionamento o a un'indicizzazione scorretta degli strumenti di ricerca giuridica.

Deve parimenti escludersi un mero errore mnemonico o di trascrizione: non si tratta di un numero errato o di una sezione male attribuita, bensì di massime costruite ex novo, prive di qualsiasi corrispondenza con le pronunce richiamate.

Deve escludersi, infine, l'ipotesi dell'invenzione deliberata: un professionista del diritto che fabbricasse consapevolmente quattro precedenti inesistenti si esporrebbe a conseguenze disciplinari di estrema gravità, in una misura del tutto sproporzionata rispetto a qualsiasi vantaggio difensivo conseguibile; si tratta di un'ipotesi che, per la sua stessa implausibilità, non può costituire la spiegazione di quanto accaduto.

L'unica ipotesi residua, e al tempo stesso la più compatibile con la fenomenologia concreta del caso, è che il difensore si sia avvalso di uno strumento di intelligenza artificiale generativa senza sottoporre gli output ottenuti alla doverosa verifica sulle fonti primarie.

Costituisce ormai fatto notorio, acquisito alla generalità dei consociati e certamente esigibile da un operatore professionale del diritto, che i modelli di intelligenza artificiale generativa (c.d. Large

Language Models) non costituiscono banche dati giurisprudenziali da cui estrarre precedenti e citazioni, bensì strumenti di generazione automatica del linguaggio fondati su meccanismi inferenziali di natura statistica e probabilistica. Tali sistemi, in altri termini, non “sanno” né “ricordano” alcunché, ma si limitano a produrre sequenze di testo statisticamente plausibili sulla base di miliardi di parametri di addestramento, senza avere accesso – ordinariamente – ad alcuna base di conoscenza verificata o verificabile. È per tale ragione che i modelli di intelligenza artificiale generativa sono notoriamente soggetti al fenomeno delle c.d. “allucinazioni”, consistente nella generazione di contenuti formalmente plausibili ma sostanzialmente falsi o inesistenti, ivi comprese citazioni giurisprudenziali mai rese.

L'utilizzazione acritica di tali strumenti, senza la doverosa verifica dell'attendibilità degli output mediante consultazione delle fonti primarie (banche dati giuridiche, repertori ufficiali, CED della Corte di Cassazione), integra gli estremi della colpa grave, non potendosi più tollerare, allo stato attuale delle conoscenze tecnologiche diffuse, errori di tale natura, i quali – lungi dal costituire meri refusi o imprecisioni – aggravano significativamente l'attività del giudice e delle controparti, costretti a verificare l'attendibilità di ogni singola citazione e a controdedurre su precedenti inesistenti.

In ognuno dei casi considerati, comunque, la condotta è gravemente censurabile e giustifica l'applicazione della sanzione di cui all'art. 96, co. 3, c.p.c.

6.3. Versandosi in ipotesi di colpa grave, l'attrice va dunque condannata d'ufficio, ai sensi dell'art. 96, co. 3, c.p.c., al pagamento, in favore della controparte costituita, in aggiunta alle spese di lite, d'una somma equitativamente determinata a titolo di risarcimento del danno. Tale somma viene stabilita assumendo a parametro di riferimento l'importo delle spese dovute alla parte vittoriosa (cfr.

Cass. n. 21570/2012), oltre interessi al tasso legale di cui all'art. 1284, co. 1, c.c., dalla data di pubblicazione della presente sentenza e sino al soddisfo.

6.4. Ai sensi dell'art. 96, co. 4, c.p.c., nel testo aggiunto dall'art. 3, co. 6, del D.Lgs. n. 149 del 2022 ed applicabile al presente procedimento, poiché instaurato in data successiva al 28.02.2023, come previsto dall'art. 35, co. 1, del D.lgs. cit., l'attrice va, altresì, condannata al pagamento, in favore della Cassa delle ammende, di una somma di denaro in misura compresa tra Euro 500,00 ed Euro 5.000,00.

6.5. Tale norma deve reputarsi costituzionalmente non illegittima, rispondendo alla ragionevole ratio di scoraggiare – tra l'altro – la proposizione di azioni pretestuose, ponendo a carico dell'autore un parziale ristoro dei costi del vano funzionamento dell'apparato giudiziario o della vana erogazione delle limitate risorse a sua disposizione, analogamente a quanto già statuito dalla Corte delle leggi all'esito del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 13, co. 1-quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, co. 17, L. n. 228 del 2012 (cfr. Corte cost., n. 120/2016).

6.6. Tornando al caso in esame, avuto riguardo: a) al sensibile scostamento della parte attrice dal grado di diligenza normalmente esigibile, consistito nella proposizione di una domanda manifestamente infondata alla luce di un orientamento giurisprudenziale univoco; b) alla particolare gravità della condotta processuale consistita nella citazione di precedenti giurisprudenziali inesistenti o comunque non pertinenti, con l'utilizzo di virgolette che lasciano intendere – secondo l'ordinaria prassi redazionale – una citazione testuale; c) al fatto che il vano funzionamento della “macchina giustizia” si è comunque rivelato relativamente contenuto, essendosi la controversia definita in tempi ragionevoli (meno di

undici mesi); appare equo determinare la sanzione in favore della cassa delle ammende nella misura, prossima alla metà del massimo edittale, di Euro 2.000,00.

P.Q.M.

Il Tribunale di Siracusa, Sezione Civile, nella persona del G.U., Dott. Alfredo Spitaleri, disattesa o assorbita ogni diversa domanda ed eccezione, definitivamente pronunciando nella causa civile iscritta al n. 1244/2025 r.g., così dispone:

1) Rigetta la domanda risarcitoria proposta dalla (omissis) S.r.l. in liquidazione nei confronti di (omissis).

2) Condanna la (omissis) S.r.l. in liquidazione alla rifusione delle spese di lite sostenute dal convenuto, che si liquidano in complessivi Euro 14.103,00 per compensi, oltre rimborso forfettario spese al 15%, c.p.a. al 4% e i.v.a. al 22%, se dovuta, come per legge.

3) Condanna la (omissis) S.r.l. in liquidazione al pagamento, in favore di (omissis), dell'ulteriore importo di Euro 14.103,00 ex art. 96, co. 3, c.p.c., oltre interessi al tasso legale di cui all'art. 1284, co. 1, c.c., dalla data di pubblicazione della presente sentenza e sino al soddisfo.

4) Visto l'art. 96, co. 4, c.p.c., condanna la (omissis) S.r.l. in liquidazione al pagamento, in favore della Cassa delle ammende, della somma di Euro 2.000,00.

Così deciso in Siracusa, il 20 febbraio 2026.

Depositata in Cancelleria il 20 febbraio 2026.

IL COMMENTO

Giuseppe Cassano²

RIASSUNTO

Questo studio prende spunto dalla recente sentenza n. 338/2026, pronunciata dal Tribunale di Siracusa, per una analisi della diligenza dell'avvocato ai tempi dell'Intelligenza Artificiale generativa. Si pone così l'accento sulla doverosità, per il professionista legale, di procedere ad uno scrupoloso controllo degli output ottenuti dagli strumenti di AI per non riportare nei suoi scritti precedenti giurisprudenziali errati, o addirittura inesistenti, pena, altrimenti, una condanna a norma dell'art. 96 c.p.c..

ABSTRACT

This study draws on the recent ruling no. 338/2026, issued by the Court of Syracuse, for an analysis of lawyers' due diligence in the age of generative Artificial Intelligence. The emphasis is therefore placed on the legal professional's duty to carefully monitor the output obtained from AI tools to avoid reporting incorrect, or even non-existent, case law in their writings, otherwise risking conviction under Article 96 of the Italian Code of Civil Procedure.

SOMMARIO: 1 AI e Avvocati, la Parola ai Giudici. 2 Il Panorama Giurisprudenziale. 3 Diligenza dell'Avvocato al Tempo dell'AI. 4 Magistrati al Tempo dell'AI. Riferimenti.

² Professore Doctore in Giurisprudenza. Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche - della Innovazione, di Internet e della Intelligenza Artificiale - di Roma, Firenze e Milano della European School of Economics. Direttore degli Stati Generali di Internet e della Intelligenza Artificiale e già Docente di Istituzione di Diritto privato nell'Università LUISS di Roma. Membro del Comitato AgCOM - Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - per la Intelligenza Artificiale. *E-mail:* gcassano@tiscali.it

1 AI E AVVOCATI, LA PAROLA AI GIUDICI

Da Firenze a Siracusa, biglietto di sola andata. Indietro non si torna. Nel volgere di appena un anno si registra una evoluzione della giurisprudenza che è passata dal ritenere l'uso degli strumenti di AI relegabile nel mondo della irresponsabilità del professionista legale al considerarlo fonte di responsabilità se accompagnato da condotte violative del canone di diligenza di cui all'art. 1176, II, c.c..

Né vi sono valide ragioni che possano far ritenere possibile una inversione di marcia o, almeno, un ripensamento o ammorbidimento di tale linea interpretativa.

Procediamo con ordine muovendo dalla pronuncia resa dal Tribunale di Firenze nel contesto di una vicenda nella quale il difensore di una delle parti in giudizio aveva dichiarato che i riferimenti giurisprudenziali citati in un suo atto ritualmente depositato erano stati il frutto della ricerca effettuata da una collaboratrice di studio mediante uno strumento di intelligenza artificiale, del cui utilizzo il medesimo patrocinatore non era a conoscenza.

Nel caso di specie – sottolinea l'adito Giudice toscano – l'AI avrebbe “generato risultati errati che possono essere qualificati con il fenomeno delle cc.dd. allucinazioni di intelligenza artificiale, che si verifica allorché l'IA inventi risultati inesistenti ma che, anche a seguito di una seconda interrogazione, vengono confermati come veritieri. In questo caso, lo strumento di intelligenza artificiale avrebbe inventato dei numeri asseritamente riferibili a sentenze della Corte di Cassazione inerenti all'aspetto soggettivo dell'acquisto di merce contraffatta il cui contenuto, invece, non ha nulla a che vedere con tale argomento”³.

In tale vicenda il Giudice di Firenze, facendo leva sull'assenza della prova di uno specifico danno, ha escluso l'operatività dell'art. 96 c.p.c..

³ Trib. Firenze, sez. spec. in materia di imprese, ord., 14 marzo 2025; Viola (2025, p. 493).

Di tutt'altro avviso il Tribunale di Siracusa che, nel provvedimento qui in esame, ha applicato, congiuntamente, i commi 3 e 4 della citata disposizione codicistica all'esito di un giudizio che, di fatto e in via di estrema sintesi, aveva riproposto la medesima tematica di diritto.

Il Giudice siciliano ha ritenuto, all'esito di una verifica compiuta mediante la consultazione del CED della Corte di Cassazione, che nessuna delle sentenze invocate dalla parte attrice (precisamente le pronunce nn. 1216/2000, 8379/2006, 14795/2003 e 4553/2004), e riportate in atti citandone i passaggi ritenuti utili tra virgolette, trovava riscontro in una pronuncia realmente esistente.

Il Tribunale, esclusa ogni possibile lettura alternativa⁴, ha concluso nel senso che “il difensore si sia avvalso di uno strumento di intelligenza artificiale generativa senza sottoporre gli output ottenuti alla doverosa verifica sulle fonti primarie”⁵.

Si è sanzionato dunque, con il ricorso all'art. 96 c.p.c., l'utilizzazione acritica di tali strumenti, senza la doverosa verifica dell'attendibilità degli output mediante la consultazione delle fonti primarie (ritenute in sentenza: banche dati giuridiche, repertori ufficiali, CED della Corte di Cassazione).

⁴ Sono escluse, in particolare, le ipotesi di malfunzionamento delle banche dati giuridiche professionali, di mero errore mnemonico o di trascrizione e, ancora, di invenzione deliberata di precedenti inesistenti.

⁵ Espressamente: “Costituisce ormai fatto notorio, acquisito alla generalità dei consociati e certamente esigibile da un operatore professionale del diritto, che i modelli di intelligenza artificiale generativa (c.d. Large Language Models) non costituiscono banche dati giurisprudenziali da cui estrarre precedenti e citazioni, bensì strumenti di generazione automatica del linguaggio fondati su meccanismi inferenziali di natura statistica e probabilistica. Tali sistemi, in altri termini, non ‘sanno’ né ‘ricordano’ alcunché, ma si limitano a produrre sequenze di testo statisticamente plausibili sulla base di miliardi di parametri di addestramento, senza avere accesso – ordinariamente – ad alcuna base di conoscenza verificata o verificabile. È per tale ragione che i modelli di intelligenza artificiale generativa sono notoriamente soggetti al fenomeno delle c.d. ‘allucinazioni’, consistente nella generazione di contenuti formalmente plausibili ma sostanzialmente falsi o inesistenti, ivi comprese citazioni giurisprudenziali mai rese”.

Tale condotta – si legge ancora nella sentenza in esame – integra “gli estremi della colpa grave, non potendosi più tollerare, allo stato attuale delle conoscenze tecnologiche diffuse, errori di tale natura, i quali – lungi dal costituire meri refusi o imprecisioni – aggravano significativamente l’attività del giudice e delle controparti, costretti a verificare l’attendibilità di ogni singola citazione e a controdedurre su precedenti inesistenti”.

2 IL PANORAMA GIURISPRUDENZIALE

Quello qui in esame rappresenta un provvedimento che, a ben vedere, si innesta in un solco interpretativo ben delineato, e tratteggiato nei suoi confini operativi, da altri apporti della giurisprudenza.

Già il Giudice del Lavoro del Tribunale di Latina dovendo trattare centinaia di giudizi patrocinati dal medesimo difensore, e tutti redatti “a stamponi”, aveva sottolineato l’evidenza dell’uso di strumenti di intelligenza artificiale.

Evidenza derivante “dalla scarsa qualità degli scritti difensivi e dalla totale mancanza di pertinenza o rilevanza degli argomenti utilizzati; l’atto è infatti composto da un coacervo di citazioni normative e giurisprudenziali astratte, prive di ordine logico ed in gran parte inconferenti rispetto al thema decidendum ed, in ogni caso, tutte manifestamente infondate”.

A chiusura del suo argomentare l’adito Giudice del Lavoro ha precisato come “l’azione risulta introdotta in malafede ovvero con grave negligenza, tale da giustificare la condanna ex art. 96 comma 4 c.p.c. alla somma di Euro 1.000,00 in favore della cassa delle ammende”⁶

⁶ V. Trib. Latina, sez. lav., 29 settembre 2025, n. 1072; Id. Trib. Latina, sez. lav., 23 settembre 2025, n. 1034.

Sugli stessi binari corre anche l'argomentare del Tribunale di Torino che ha condannato parte ricorrente ai sensi dell'art. 96, III, c.p.c., per aver

agito in giudizio con malafede o, quantomeno con colpa grave, dal momento che ha proposto opposizione nei confronti di avvisi di addebito che le erano stati tutti notificati in precedenza, già oggetto di plurimi atti di esecuzione anch'essi tutti regolarmente notificati ed ha svolto – tramite un ricorso redatto “col supporto dell'intelligenza artificiale”, costituito da un coacervo di citazioni normative e giurisprudenziali astratte, prive di ordine logico e in larga parte inconferenti, senza allegazioni concretamente riferibili alla situazione oggetto del giudizio – eccezioni tutte manifestamente infondate.

A tale statuizione è stata fatta conseguire anche la condanna ai sensi del quarto comma della richiamato art. 96 (v. Trib. Torino, sez. lav., 16 settembre 2025, n. 2120).

Non è rimasta estranea al tema neppure la giurisprudenza amministrativa anch'essa chiamata a pronunciarsi, talune volte, con ricorsi nei quali le sentenze citate a sostegno dell'affermazione dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati richiamavano estremi di pronunce non pertinenti e in cui le massime indicate erano riferibili ad orientamenti giurisprudenziali non noti.

Una tale condotta, e cioè a dire, un tale modo di redigere gli atti giudiziari è stata ritenuta integrare una violazione del dovere del difensore di comportarsi in giudizio con lealtà e probità, per aver introdotto in giudizio elementi potenzialmente idonei ad influenzare sia il contraddittorio processuale, che la fase decisoria, verso un percorso non corretto.

Non solo. Un tale modus operandi, a ben vedere, rende inutilmente gravosa, da parte del Giudice e delle controparti, l'attività

di controllo della giurisprudenza citata e dei principi dalla stessa solo apparentemente affermati.

E così la conclusione è nel senso che citare in un atto giudiziario della giurisprudenza reperita mediante strumenti di ricerca basati sull'AI che abbiano generato risultati errati è una

circostanza alla quale non può riconoscersi una valenza esimente, in quanto la sottoscrizione degli atti processuali ha la funzione di attribuire la responsabilità degli esiti degli scritti difensivi al sottoscrittore indipendentemente dalla circostanza che questi li abbia redatti personalmente o avvalendosi dell'attività di propri collaboratori o di strumenti di intelligenza artificiale. Inoltre il difensore, in osservanza del principio della centralità della decisione umana (cfr. "La carta dei principi per un uso consapevole dei sistemi di intelligenza artificiale in ambito forense" redatta dall'Ordine degli Avvocati di Milano nel 2024 e reperibile sul sito istituzionale), ha un onere di verifica e controllo dell'esito delle ricerche effettuate con i sistemi di intelligenza artificiale, possibile fonte di risultati errati comunemente qualificati come "allucinazioni da intelligenza artificiale" [...] (T.a.r. Lombardia, Milano, sez. V, 21 ottobre 2025, n. 3348) (Prosperetti, 2026, p. 185).

3 DILIGENZA DELL'AVVOCATO AL TEMPO DELL'AI

Sia chiaro un punto. Occorre sgombrare il campo dall'equivoco che una condanna ex art. 96 c.p.c. si possa fondare sul presupposto che un atto giudiziario sia stato compilato per mezzo dell'intelligenza artificiale.

La norma, come noto, punisce un contegno processuale illecito tenuto dalla parte soccombente con dolo o colpa grave. In particolare, il riconoscimento della responsabilità aggravata esige sul piano soggettivo, la mala fede, o la colpa grave, della parte soccombente, sussistente nell'ipotesi di violazione del

grado minimo di diligenza che consente di avvertire facilmente l'infondatezza o l'inammissibilità delle argomentazioni difensive, non essendo sufficiente la mera infondatezza, anche manifesta, delle tesi prospettate.

In merito, dunque, non assume rilevanza la scarsa qualità degli atti difensivi, né la redazione degli stesso per mezzo dell'intelligenza artificiale può intendersi quale condotta censurabile in quanto tale (v. Trib. Prato, decr., 11 ottobre 2025.); quello che rileva quale fonte di responsabilità professionale è l'uso acritico degli strumenti in parola e così, in ultima analisi, la delega agli stessi della redazione di atti senza alcun riscontro del contenuto degli stessi.

La materia dell'AI nel mondo della giustizia non introduce dunque nuove questioni interpretative se osservata dal punto di vista della corretta esegesi dell'art. 1176, II, c.c.. Chi mai, invero, nel corso degli anni ha dubitato della sussistenza della responsabilità dell'avvocato per aver sottoscritto, senza aver prima attentamente controllato, un atto materialmente composto da un suo tirocinante?⁷

Orbene, lo stesso è a dirsi – né vi un valido motivo per cui non sia così – per l'uso degli strumenti di AI che rappresenta la declinazione, in termini di attualità, della diligenza professionale.

In generale, e come noto, per quanto attiene alla responsabilità professionale dell'avvocato, deve rilevarsi che l'esito del giudizio, anche eventualmente sfavorevole, non spiega alcun effetto, in quanto l'inadempimento del suddetto professionista non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile cui mirava il cliente, ma

⁷ È orientamento oggi consolidato quello secondo cui, in generale, l'obbligazione assunta dal professionista nei confronti del proprio cliente è di mezzi (o di comportamento), e non già di risultato, con la conseguenza che l'inadempimento del professionista consiste nella violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza prescritto dall'art. 1176, II, c.c. (Trib. Lecco, sez. I, 13 ottobre 2025, n. 379; Trib. Roma, sez. XIII, 1 marzo 2024, n. 3933).

soltanto dalla violazione del dovere di diligenza adeguato alla natura dell'attività esercitata (App. Palermo, sez. II, 3 maggio 2025, n. 694).

L'avvocato deve considerarsi responsabile nei confronti del proprio cliente, a norma degli artt. 2236 e 1176 c.c., in caso di incuria o di ignoranza di legge e, in via generale, quando per sua negligenza o imperizia, comprometta l'esito (favorevole) del giudizio; a fronte di questioni speciale difficoltà non risponde dei danni, salva l'ipotesi in cui abbia agito con dolo o colpa grave⁸.

Pertanto, per dirsi sussistente un'ipotesi di inadempimento del suddetto professionista è doverosa l'indagine – positivamente svolta sulla scorta degli elementi di prova che il cliente ha l'onere di fornire – circa il sicuro e chiaro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata e, in definitiva, la certezza morale (ovvero, la seria e apprezzabile possibilità) che gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente medesimo (App. Roma, sez. VI, 10 settembre 2025, n. 4971).

Sul professionista incombe, invece, la prova di avere esattamente adempiuto le obbligazioni derivanti dall'incarico professionale (App. Bari, sez. II, 22 settembre 2025, n. 1315; Trib. Cagliari, 11 novembre 2025, n. 1780).

E così, ben innestandosi nel solco di questo filone interpretativo, il Tribunale di Siracusa mette in chiaro come, oggi, un diligente avvocato non possa ignorare che i modelli di AI generativa non costituiscono delle banche dati giurisprudenziali da cui poter estrarre precedenti e citazioni ragion per cui la diligenza professionale impone il controllo, scrupoloso, degli output.

⁸ Con la precisazione che, ove si sia in presenza di un contrasto giurisprudenziale, è dovere professionale del difensore quello di agire, cautelativamente, in base all'interpretazione della norma, anche a prescindere della sua condivisione da parte del medesimo, che comporti minori rischi per il cliente (App. Catanzaro, sez. III, 13 settembre 2022, n. 982).

Alla materia qui in esame, infine, non è rimasto estraneo il Legislatore che, nella recente regolamentazione della materia della AI – L. 23 settembre 2025, n. 132⁹ – ha dettato delle disposizioni ad hoc per le professioni intellettuali.

Il riferimento è, in particolare, all’art. 13 secondo cui – nell’ottica della centralità della decisione finale umana – l’utilizzo degli sistemi di intelligenza artificiale nelle professioni intellettuali deve essere finalizzato esclusivamente all’esercizio delle attività strumentali e di supporto all’attività professionale e con prevalenza del lavoro intellettuale oggetto della prestazione d’opera (I comma).

Il secondo comma di tale disposizione si focalizza poi sul rapporto fiduciario tra professionista e cliente, fondamentale per l’avvocato.

Si prevede così che le informazioni relative ai sistemi di AI utilizzati dal professionista debbano essere comunicate al soggetto destinatario della prestazione intellettuale con linguaggio chiaro, semplice ed esaustivo.

Emerge dunque come il Legislatore, lungi dal vietare l’uso della AI nelle professioni intellettuali, abbia voluto regolamentarlo e disciplinarlo in una prospettiva che può dirsi antropocentrica.

4 MAGISTRATI AL TEMPO DELL’AI

Non v’è dubbio che l’uso degli strumenti informatici abbia agevolato, e tuttora agevoli, sul piano pratico, la redazione non solo degli atti di parte ma anche dei provvedimenti giudiziari.

Il tema fin qui tratteggiato quindi si può proporre, secondo le medesime coordinate interpretative, con riferimento all’attività dei

⁹ “Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale”, in G.U. 25 settembre 2025, n. 223.

Magistrati anch'essi alle prese con il rischio (oggi esponenzialmente incrementato dall'irrompere sulla scena della AI) che il Giudice attinga "aliunde" gli argomenti del suo decidere¹⁰.

Come per l'avvocato, anche per il Giudice, dunque, il pericolo è quello di una sorta di abdicazione del dovere di apportare il suo ineliminabile ed insostituibile momento valutativo facendo così venir meno l'in sé del suo essere terzo ed imparziale (Cass. pen., sez. III, 22 ottobre 2025, n. 34481).

L'esercizio della giurisdizione, come noto, implica ed impone indipendenza e imparzialità, che costituiscono presidio di legalità, giustizia ed eguaglianza a garanzia dei cittadini. Indipendenza e imparzialità rappresentano il connotato e la condizione essenziale per l'esercizio della funzione giurisdizionale.

È questo il modello delineato dalla Costituzione, la quale vuole giudici "soggetti soltanto alla legge" (art. 101, II, Cost.), definisce la magistratura ordinaria, nell'architettura dei poteri dello Stato, "ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere" (art. 104 Cost.), demanda alla legge (art. 108, II, Cost.) il compito di

¹⁰ Merita qui ricordare come anche la P.A. sia chiamata a confrontarsi con l'adozione di decisioni amministrative automatizzate dovendo, in merito, tenere sempre presente il principio del controllo umano di tali decisioni. Si tratta di un principio che trova solido fondamento: (i) negli artt. 3, 24 e 97 Cost., che impongono il rispetto dei principi di uguaglianza, diritto di difesa, imparzialità, ragionevolezza e buon andamento dell'azione amministrativa; (ii) nella L. n. 241/1990, in particolare negli artt. 1 e 3, che richiedono che l'azione amministrativa sia sorretta da motivazione intelligibile e verificabile, e negli artt. 7 ss. e 22 ss., che tutelano la partecipazione procedimentale e il diritto di accesso; (iii) nel Codice dell'Amministrazione Digitale (D.Lgs. n. 82/2005), che consente l'uso di strumenti informatici e automatizzati solo in quanto funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico e nel rispetto dei principi di trasparenza, responsabilità e centralità della persona. E così, l'algoritmo, ove utilizzato dall'Amministrazione, costituisce un atto amministrativo informatico e non può tradursi in una delega integrale del potere decisionale a un sistema automatico, soprattutto nei procedimenti caratterizzati da profili valutativi o discrezionali. L'utilizzo di procedure algoritmiche è dunque legittimo solo se l'Amministrazione conserva un effettivo potere di controllo e di imputazione della decisione, restando esclusa l'adozione di determinazioni amministrative basate su meccanismi caratterizzate dalla mera automazione (v. da ultimo T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-bis, 2 febbraio 2026, n. 1895; Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2025, n. 4929).

assicurare l'indipendenza dei Giudici delle giurisdizioni speciali e individua tra le caratteristiche del "giusto processo" lo svolgersi "davanti a giudice terzo e imparziale" (art. 111, I e II, Cost.).

Questo è anche il modello Europeo di Giudice, con indipendenza e imparzialità garantite dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6, par. 1) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 47) (Cass. civ., sez. un., 1 aprile 2019, n. 9042).

In tale delicato contesto è lo stesso Legislatore (L. n. 132/2025 cit., art. 15) ad intervenire facendo chiarezza sui limiti entro i quali può dirsi ammissibile l'uso della AI da parte di un Magistrato nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali.

Capisaldi della materia, sono da un lato, la riserva (per così dire) assoluta in favore del Magistrato di ogni decisione riguardante:

1. l'interpretazione e sull'applicazione della legge;
2. la valutazione dei fatti e delle prove;
3. l'adozione dei provvedimenti.

Dall'alto lato, lo stesso Legislatore dà il benvenuto alla AI in chiave servente nell'attività giudiziaria prevedendo che spetta al Ministero della Giustizia disciplinare gli impieghi dei sistemi di AI secondo tre finalità specificatamente individuate, e precisamente:

1. per l'organizzazione dei servizi relativi alla giustizia;
2. per la semplificazione del lavoro giudiziario;
3. per le attività amministrative accessorie.

L'impiego della AI deve essere quindi finalizzato all'efficientamento del sistema giudiziario, restando esclusa ogni

forma di abdicazione della decisione, e dovendo il Ministero della Giustizia disciplinare il tutto con grande cautela e con corredo di un adeguato sistema di garanzie (Iaselli, 2026, p. 269).

RIFERIMENTI

IASELLI, Michele. L'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria. In: CASSANO, Giuseppe; TRIPODI, Enzo Maria (a cura di). **Intelligenza artificiale**. Pisa: Pacini, 2026.

PROSPERETTI, Eugenio Marco. Iura novit IA? In: **Diritti di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, 2026.

VIOLA, Roberto. Avvocato usa ChatGPT e rischia responsabilità ex art. 96 c.p.c. In: **Diritti di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, 2025.

Recebido em: 10-3-2026

Aprovado em: 11-4-2026

LA GARANTÍA DEL JUICIO POR JURADOS VS. LAS GARANTÍAS DE BILATERALIDAD DEL RECURSO Y MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS¹

Luis Fernando Poenitz²

SUMARIO. I Introducción. II el Jurado Popular como Garantía. II.1 Etapas del Sistema de JxJ Clásico. III El Derecho al Recurso como Garantía de Doble Conforme. III.1 El Fallo “Casal” (2005) y la Amplitud del Recurso. IV La Doble Instancia y la Legitimación para Recurrir. IV.1 La Limitación Fiscal Frente al Veredicto de Absolución del JxJ. V La Garantía del Condenado a Recurrir la Condena y Conocer sus Motivos *vs.* el Veredicto Inmotivado. V.1 La Motivación como Garantía. V.2 La Inmotivación del Veredicto en el JxJ. V.3 Fundamentos de la Inmotivación. V.4 El Posible Problema de la Complejidad en la Comprensión del Veredicto. VI Conclusiones. Bibliografía.

¹ **Como citar este artículo científico.** POENITZ, Luis Fernando. La garantía del juicio por jurados *vs.* las garantías de bilateralidad del recurso y motivación de las sentencias. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 213-248, jan.-abr. 2026.

² Abogado (Universidad de Buenos Aires), Magister en Derecho Penal con Orientación Económica (Universidad Autónoma de Madrid), Docente de Derecho Penal Especial y Codirector de la Extensión Aúlica Posadas (Universidad Nacional del Nordeste), Secretario Relator en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia de Misiones y autor de varios artículos académicos de Derecho (IJEeditores, Eldial). Correo electrónico: fernandopoenitz@hotmail.com; LinkedIn: www.linkedin.com/in/fernando-poenitz-758808a4. Instagram: @fernandopoenitz. Teléfono de contacto: (+54) 911-61289906.

I INTRODUCCIÓN

La génesis de estas líneas me encuentra escuchando al actual Ministro de Justicia de Argentina, Dr. Mariano Cúneo Libarona, en ocasión de la presentación de la Ley de Juicio por Jurados en el ámbito federal, destacando su valor simbólico y democratizador. Allí, eufóricamente mencionó “finalmente los argentinos podrán participar activamente en la justicia. Es un derecho que nos deben desde 1810, y nuestro gobierno está decidido a saldar esta deuda histórica.”, y agregó “este proyecto busca devolver a los ciudadanos la confianza en las instituciones y la certeza de que sus valores y principios guiarán el proceso judicial.”.

Tal como enseña el Ministro, el debate sobre este sistema de juzgamiento no es nuevo, ya que el juicio por jurados es una institución ordenada por la Constitución Nacional desde su primera redacción, pero hace 160 años que el Congreso Nacional no aprueba la ley que los regule para llevarlos a la práctica.

Si bien a nivel federal existe un proyecto de ley que fue aprobado por mayoría en un plenario de comisiones del Congreso a fines de octubre de 2024, hasta hoy, dicho proyecto no fue convertido en ley. Lo que ha ocurrido es que ese rol lo tomaron individualmente las provincias que sancionaron su propia norma. Así, con el único antecedente de la provincia de Córdoba, que instituyó un sistema de jurados escabino en 2004, recién en 2011, en el marco de un proceso de reforma integral del sistema de justicia penal provincial, Neuquén sancionó una ley con un modelo de jurados legos. La siguió luego la provincia de Buenos Aires. Ambos casos contagiaron a otras provincias argentinas: Chaco y Rio Negro recientemente sancionaron sus respectivas leyes, todas bajo los términos de un sistema de jurados clásico.

Pese a que cada provincia sancionó leyes con algunas diferencias, todas mantienen algunos puntos en común. Los jurados están integrados por 12 personas que tienen que ser mitad hombres y mitad mujeres elegidos por sorteo y que deben cumplir algunos requisitos. La excepción es Córdoba, que al ser un jurado escabinado, está integrado por ocho ciudadanos y dos jueces técnicos. La principal diferencia entre ambos radica en la composición del tribunal: un modelo escabinado está compuesto por ciudadanos no profesionales en derecho que actúan en común con un número de jueces profesionales; el juicio clásico está constituido únicamente por ciudadanos no profesionales en derecho que actúan presididos por un juez letrado (Caballero; Hendler, 1988, p. 21/37).

Adelantándome a lo que expondré más adelante, el jurado popular clásico solo fija los hechos del caso y su veredicto de culpabilidad es inmotivado. Esta falta de expresión del pensamiento que tuvieron en cuenta los miembros da lugar al debate, y ello es lo que trataré en las páginas que siguen.

En cambio, el derecho lo aplica el juez profesional en la sentencia motivada posterior, la cual es revisable. En resumen, la pregunta que cabe sobre esta segunda cuestión es si ello contraría a los pactos americanos y a la doctrina de la “amplitud probatoria” de los fallos “Herrera Ulloa” y “Casal”, que –como veré– exigen también que los hechos puedan ser revisados, y –en ese caso– se haría inevitable la fundamentación de lo decidido por el jurado popular clásico. Pero, esta cuestión no la profundizaré en este trabajo, dejando sí el puntapié para extenderme al respecto en una investigación futura.

Aclarado ello, en las próximas líneas intentaré explicar porque hay que considerar al juicio por jurados una garantía que otorga, a su vez, otras garantías; luego, mostraré como fue forjada la garantía

del recurso. Y, expuestos ambos conceptos, pondré de manifiesto la tensión que se genera con la garantía del recurso efectivo, producto de la imposibilidad que tiene el acusador de apelar la decisión popular de absolver al encausado y, en caso del condenado, ante el recurso que puede interponer frente a un veredicto inmotivado.

II EL JURADO POPULAR COMO GARANTÍA

Varias consideraciones pueden hacerse sobre el origen de juicio por jurados. Hendler remarca que en diversos aspectos el instituto se constituyó como una alternativa para el imputado. Así, señala que “[...] el establecimiento del jurado tendría el sentido de proteger las capas sociales más débiles frente al poder gobernante, permitiéndoles restringir las atribuciones de este último y preservar sus propias pautas de comportamiento [...]”. Esa es “la función de la participación ciudadana en el enjuiciamiento penal y la del juicio por jurados en particular: resguardar la homogeneidad cultural de quienes imponen los castigos y quienes son castigados.” (Hendler, 2006, p. 235).

Por su parte, Harfuch recopila el análisis que el jurista alemán Mittermaier realizó sobre las garantías políticas que ofrece el juicio por jurados por sobre el sistema de jueces profesionales:

I. Los jurados salen desde el seno del Pueblo. Los jueces, en cambio, son asalariados del Gobierno (garantía de independencia judicial); II. Los jurados deciden sin compromisos, ya que son jueces accidentales. Los jueces profesionales, por ser permanentes, fallan a menudo pensando en su ascenso, en lo que dirán sus superiores u otros intereses (garantía de organización judicial y de independencia frente al caso); III. Las partes pueden recusar ampliamente y sin causa a los jurados, más nunca a los jueces (garantía de imparcialidad); IV. Los jurados son doce, los jueces son tres a uno solo (garantía de máxima

desconcentración del poder punitivo; V. Los doce jurados deben alcanzar un veredicto unánime. Bastan en cambio dos votos de los jueces para encerrar de por vida a una persona (garantía de la deliberación): VI. Los jurados juzgan solo el hecho y la culpabilidad. Los jueces centran toda la decisión (hechos, culpabilidad, derecho y pena); VII. El veredicto absolutorio del jurado es irrecurrible. La absolución del juez profesional, en cambio, es impugnabile sin límite por el acusador (recurso como garantía y *ne bis in ídem*) (Mittermaier, 1877, p. 90 y ss., citando en Harfuch, 2013).

Lo cierto es que en diversas oportunidades se habla de participación ciudadana en la justicia, pero su consagración normativa en nuestra Carta Magna se encuentra en la sección destinada a los derechos y garantías de todos los habitantes. Así, el art. 24 reza: “El congreso promoverá [...] la implantación del juicio por jurados”. En esta línea, Maier refuerza la posición de que el juicio por jurados es una garantía que resguarda el derecho a ser juzgado por sus pares, y que no se refiere a una estructura organizativa o modalidad de las autoridades que ejercen el poder jurisdiccional. Señala que el procedimiento penal es diseñado por la CN en lo atinente también a su organización, como expresión de los principios políticos y la ideología en que ella está inspirada (Maier, 1999, p. 779).

Entonces, se puede afirmar que el juicio por jurados reviste la naturaleza de una garantía para el enjuiciado, porque responde al garantismo que surge de la CN, y porque el constituyente cuando dio recepción al jurado le atribuyó ese carácter específico (art. 24, CN). De esta manera, indudablemente considero que, más que una simple modalidad de enjuiciamiento, el juicio popular es una verdadera garantía penal, y como tal, su función es de cierto modo la de deslegitimar la potestad punitiva y la de la protección del más débil.

II.1 ETAPAS DEL SISTEMA DE JXJ CLÁSICO

Este sistema de enjuiciamiento es más ordenado y controlado que los sistemas tradicionales a los que estamos acostumbrados. Es “ordenado” porque prevé diferentes etapas o actos procesales para debatir y decidir aspectos diferentes del juicio. A los efectos didácticos, estas etapas se pueden agrupar de la siguiente manera:

– El debate y la decisión respecto de la prueba admisible (en función de razones de legalidad y/o pertinencia) se sustancia en una audiencia preliminar preparatoria obligatoria; ante un juez técnico y sin jurados.

– La integración del jurado se litiga, debate y decide en la audiencia de *voir dire*. Allí, luego de excluir a los ciudadanos que posean algún impedimento y resolver las excusaciones que estos planteen, ambas partes –acusador y defensa– van a realizar preguntas a los ciudadanos a fin de conocerlos y hacer uso de las recusaciones sin expresión de causa (en la provincia de Neuquén es una posibilidad, mientras que en Buenos Aires la ley otorga la posibilidad de realizar cuatro recusaciones sin causa). Las recusaciones con causa son ilimitadas y son resultas por el juez profesional, quien resolverá en el acto y contra su decisión solo cabrá la reposición, la cual equivaldrá como protesta a los fines del recurso contra la sentencia.

– Una vez seleccionados los jurados, ambas partes expondrán su teoría del caso en los llamados “alegatos de apertura”. Se deben presentar dos posiciones: la acusación (representada por la Fiscalía) y la defensa. Cada una tendrá su versión del hecho que se juzga. Así, la obligación de la acusación será probar su caso; presentar su versión de los hechos y traer prueba que convenza al jurado de que el hecho existió y que la persona es la responsable del mismo. Por su parte, la tarea de la defensa será generar dudas en el jurado sobre las afirmaciones que realice la acusación.

– Luego, para sustentar sus hipótesis, comienza la producción de prueba, en la que ambas partes producirán los medios de prueba que hayan ofrecido previamente, y examinarán y contra-examinarán a los testigos. Es decir, cada parte (nunca el juez) produce prueba (y controla la de la contraparte) buscando persuasivamente la imposición de “su caso” (esto es, la aceptación de la veracidad de la hipótesis propia por parte del jurado).

– Para finalizar ese debate, ambas partes realizarán los alegatos finales en los cuales tendrán la última oportunidad de referirse a su caso, explicando por qué su teoría del caso ha sido aprobada y mostrando al jurado con qué elementos lo ha hecho.

El control de ese debate debe estar a cargo de un juez profesional. El jurado, por su parte, debe permanecer atento a todo lo que sucede en el debate, a la prueba que se presenta, a las afirmaciones que se realicen, a la forma que declaren los testigos, etc., ya que esa será la única información que deberá analizar.

– La interpretación del derecho sustantivo aplicable se debate en una audiencia específica de litigación de las instrucciones que posteriormente el juez deberá impartir al jurado (como dije, siempre es el juez quien interpreta el derecho, y debe explicarlo de modo tal que pueda ser fácilmente comprendido por cualquier ciudadano). Estas instrucciones son dadas al jurado una vez finalizado el debate, a través de un “resumen final”, consistente en una serie de instrucciones que contiene referencias o lineamientos generales acerca del derecho aplicable.

Las instrucciones del jurado son el mecanismo procesal mediante el cual el jurado toma conocimiento del derecho aplicable al caso. Éstas deben ser claras, precisas y lógicas y abarcar los siguientes ejes: una explicación sobre la función del jurado, como se aplica la ley, qué es prueba y qué no es, el estándar de “más allá

de toda duda razonable”, el alcance de las presunciones y garantías constitucionales, cómo se valora la prueba, el derecho sustantivo aplicable (los elementos del delito imputado, las defensas, los delitos menores incluidos en la acusación y las propuestas de veredicto posibles). La instrucción admonitoria y las reglas para la deliberación (Almeida, 2014, p. 74/75).

– Con esas instrucciones los jurados comienzan la deliberación, que es secreta. Finalizada, cada jurado deberá responder en una boleta. Luego del debate, será incinerada, ya que la ley obliga al jurado a mantener su opinión y la forma en que ha votado en absoluta reserva, aun después del juicio. El presidente del jurado anotará en un papel el resultado del veredicto, lo hará saber primero al juez y luego lo leerá al público en la audiencia. Una vez dado a conocer el veredicto, finaliza la intervención del jurado.

– Y, eventualmente, las consecuencias del veredicto (si es de “culpabilidad” o de “no culpabilidad por razones de imputabilidad”) se debaten en una audiencia de cesura, tras la que el juez (ya sin el jurado) decide la pena o medida de seguridad pertinente.

Es decir, en este “orden” quien decide la admisibilidad de la prueba, las recusaciones, la interpretación del derecho y – eventualmente– la pena, no decide el veredicto.

También es un proceso “controlado”, pues debe garantizarse la presencia de las partes (con amplias posibilidades de intervención) en cada una de esas etapas; a tal punto de que cualquier interacción del juez con los jurados deberá realizarse siempre en audiencia pública y en presencia de las partes.

Finalmente, el sistema exige una “dinámica contradictoria”, que implica que los planteos de cada parte –guiados por su propia teoría del caso– serán revisados y eventualmente atacados por su

contraparte, de modo que el resultado del proceso general (y de cada etapa en particular) será la síntesis que surja de la conformación de una tesis con su antítesis (Penna, 2015).

III EL DERECHO AL RECURSO COMO GARANTÍA DE DOBLE CONFORME

Una vez enseñado el carácter garantista del Juicio por Jurados, y su dinámica, comenzaré a analizar cómo lo antedicho puede entrar en conflicto con el derecho al recurso; precisamente en cuanto a su faceta de bilateral y la exigencia de motivación. Para ello, comenzaré explicando el recurso como garantía y su evolución jurisprudencia.

El derecho al recurso, como garantía mínima de juzgamiento, integra el concepto de debido proceso, tutela judicial efectiva y acceso a la jurisdicción. En el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (CIDH, 2004), la CIDH puso de manifiesto ello al señalar que: “[...] el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto” (CIDH, 2004, p. 23, párr. 9). Continuó diciendo: “Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos” (CIDH, 2004, p. 81, cons. 161).

Luego, la CIDH se volvió a expedir al respecto en el caso “Mohamed vs. Argentina” (CIDH, 2012), donde entendió que: “La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un

recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado” (CIDH, 2012, p. 31, cons. 97). Asimismo, la Corte hizo hincapié en que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen íntegro de la decisión recurrida, y consideró, en cuanto a las formalidades para que un recurso sea admitido, que deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente (Ledesma, 2013, p. 11).

A su vez, esta garantía posee jeraquía constitucional a partir de su inserción al bloque constitucional por medio del art. 75 inc. 22; que es relevante, toda vez que permitió la incorporación de los dos instrumentos internacionales que expresamente norman este derecho: el art. 8.2.h, CADH, y el art. 14.5, PIDCyP. Es de destacar la incidencia que han tenido estas dos Convenciones sobre Derechos Humanos, ya que han modificado la base político-criminal del concepto de recurso en el derecho procesal penal argentino, dejando atrás la vieja concepción del recurso como mecanismo de contralor estatal en una estructura judicial de tipo vertical, para conformar una garantía procesal del condenado.

El primero (art. 8.2.h, CADH) reza: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legamente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”. Y en el segundo (art. 14.5, PIDCyP) se establece: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sea sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Sin embargo, a pesar de la certeza acerca de la jerarquía de esta garantía, su definición acarrea un problema en torno a su alcance o extensión que conlleva a interpretarla de diversos modos.

III.1 EL FALLO “CASAL”³ (2005) Y LA AMPLITUD DEL RECURSO

La CSJN recepta la jurisprudencia de “Herrera Ulloa” y manda a hacer, instrumentar y poner en funcionamiento un recurso de casación amplio. Así, estableció que: “[...] el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea por agotar la revisión de lo revisable”.

Concretamente, y tal como lo adelanté en la introducción del trabajo, la discusión en el fallo “Casal” pasa por determinar si el recurso del que rezan los arts. 8.2.h, CADH, y 14.5, PIDCyP, permite una revisión amplia de la sentencia condenatoria; si permite la revisión de cuestiones de hecho. Así, en el considerando 22, la Corte menciona “[...] no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesa para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto [...]”. Y, en el considerando 26 agrega,

[...] esta indefinición –acerca de cuáles son las cuestiones de hecho y cuáles de derecho– se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría arbitrariamente al bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la

³ CSJN, “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa” –causa n° 1681–, del 20/09/05, (Fallo 328:3399).

sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional.

Finalmente, en el considerando 34, la Corte brinda otra definición de recurso como garantía constitucionalmente protegida, al señalar que

[...] debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso en particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación, solo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas.

IV LA DOBLE INSTANCIA Y LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

Esta evolución recursiva marca que se pasó de considerar al recurso como un “mecanismo de control” a la concepción de “garantía procesal”, habiendo incidido en ello los tratados internacionales mencionados. Ahora bien, cabe preguntarse si esta garantía ampara únicamente al imputado –posición mayoritaria– o, también al acusador público.

Existe basta jurisprudencia y doctrina que trata de responder esta cuestión. Por un lado, están quienes consideran que tal garantía de requerir la doble conformidad es exclusiva del imputado –postura mayoritaria (Maier, 1999, p. 712)–; y, en la vereda de enfrente, quienes sostienen que esta visión del recurso atenta contra su carácter de bilateralidad, y que la restricción de la legitimación a la doble instancia respecto de los demás sujetos del proceso, implicaría crear una desigualdad procesal sin razón.

Los argumentos para descartar al acusador público de recurso contra la sentencia originaria se relacionan con: a) coartar una nueva instancia de persecución y evitar así un “*regressus in infinitum*”, ya que con la concepción de la bilateralidad del recurso resulta siempre probable que el acusador obtenga una condena ante el tribunal de última instancia; b) la garantía del “*ne bis in ídem*”; prohibición del “*double jeopardy*”, toda vez que conforme a la historia del juicio por jurados, la única oportunidad persecutoria se agotaba en el juicio ante el tribunal de jurados; y, c) la garantía que representa para el condenado (Piesco, 2001).

Esta interpretación es la que más se ajusta a la ya mencionada cláusula del Pacto de San José de Costa Rica, que en el art. 8, apart. 2 se refiere al “inculpado”, dando la impresión de que es a él a quien se pretende proteger. A su vez, al mencionar en el inc. H) “el derecho de recurrir el fallo”, si bien la norma no establece a favor de quién se articula la vía recursiva, el espíritu del apart. 2, art. 8 (como los apart. 3 y 4) conduce a interpretar que corresponde a “toda persona” durante el proceso. Por lo cual cabe deducir que el derecho de recurrir queda circunscripto solamente cuando el apelante es el inculpado objeto de condena penal.

Existe mucha jurisprudencia de la Cámara de Casación donde se han pronunciado en forma negativa respecto de la posibilidad del fiscal de recurrir, de las cuales cabe destacar la causa “Ramos”⁴ donde se mencionó que

[...] a los fines del derecho de recurrir un fallo ante el tribunal superior, resulta absolutamente imposible asimilar al Ministerio Público a la ‘persona individuo’ que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha definido como principal sujeto de la protección a que los Estados signatarios se han comprometido y por la que resultan responsables ante la Comisión y la Corte

⁴ C. Nac. Casación Penal, Sala I, C. 593, reg. 688, del 28/09/95, J.A. 1996-III-471.

Americana de Derechos Humanos [...] no corresponde extender a favor del Ministerio Fiscal la doctrina de la Corte Suprema en el caso “Girolid”.

A su vez, a través de esta sentencia, la Sala de la Cámara de Casación Penal estableció la relevancia que reviste para nuestro derecho judicial la interpretación jurisprudencial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que cita la interpretación que corresponde darle al término “persona”, limitándola a las personas naturales, con exclusión de las jurídicas⁵. También, se destaca que conforme se desprende del propio Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto se refiere a la obligación de preservar los derechos esenciales del hombre, es el ser humano el destinatario de la garantía.

Por su parte, la CSJN a través del caso “Arce”⁶ (1997), confirmó esta teoría, interpretando como todo ser humano el concepto de “persona” enunciada en la Convención Americana de Derechos Humanos, y recurriendo al Preámbulo y al art. 1 del citado ordenamiento. Luego, en el precedente “Alvarado”⁷ (1998), la mayoría de la Corte volvió a admitir el recurso fiscal contra la absolución y ordenó un nuevo debate, a pesar de la letra de la Convención. Pero, la opinión disidente fue la que pasó a la posterioridad, ya que forjó los lineamientos que constituyen en núcleo duro de la opinión vigente de la Corte: Petracchi y Bossert hicieron un repaso exhaustivo de todos los precedentes de la CS de EE UU sobre el *doublé* jeopartdy posteriores al *leading case* “Green vs. US” y concluyeron que no era posible someter a Alvarado a un nuevo riesgo de condena luego de haber sido absuelto tras un juicio

⁵ Informe Nro. 10/91, caso 103169 (Perú) del 22/02/91. Ed. 144-583.

⁶ CSJN “Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación”, del 14/10/97, T.320, A450XXXII.

⁷ CSJN “Alvarado, Julio s/ averiguación infracción art. 3, Ley 23.771”, del 07/05/98, T.321, A67XXXIA85.

cumplido con observancia de las formalidades del proceso. Señalaron que tanto si el proceso es ante un jurado o ante un tribunal técnico, el sometimiento del defendido –después de su absolución– a procesos de determinación de los hechos, sea que se dirijan a demostrar su culpabilidad o su inocencia, viola la cláusula del *non bis in ídem*.

De lo más destacables, cabe citar los párrafos 13 y 14 del voto Petracchi-Bosert:

13) Que tales precedentes confirman la decisión que, con base en el pronunciamiento de ‘Mattei’ ya era posible anticipar. Tal es la que impone que una sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria. Una decisión diversa significaría otorgar al Estado una nueva chance para realizar su pretensión de condena, en franca violación al principio constitucional del *non bis in ídem* y a sus consecuencias, la progresividad y la preclusión de los actos del proceso.

14) Por lo tanto, cualquiera sea la forma de reducir a conceptos al juicio de reenvío, lo cierto es que –en casos como el presente–, para el imputado absuelto, aquel constituye un nuevo juicio, básicamente idéntico al primero, en el que su honor y su libertad vuelven a ponerse en riesgo. Ello es suficiente, pues, para que la garantía del *non bis in ídem* impida al Estado provocarlo.

Por último, en el *leading case* “Sandoval”⁸ (2010), la opinión disidente se volvió mayoría, en tanto, conforme la interpretación de la CSJN, aceptar que el fiscal o el querellante tienen derecho al recuso contra las sentencias absolutorias configura una violación a la garantía del *ne bis in ídem*, y por ello es inconstitucional cualquier regulación al respecto.

⁸ CSJN “Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento –3 víctimas– Sandoval, Javier Orlando s/ encubrimiento”, del 31/08/10, (Fallo: 333:1687).

IV.1 LA LIMITACIÓN FISCAL FRENTE AL VEREDICTO DE ABSOLUCIÓN DEL JXJ

La postura mayoritaria antes expuesta es la que adoptaron los legisladores provinciales a la hora de regular la imposibilidad del fiscal de impugnar el veredicto absolutorio dado por el jurado popular.

Así, el art. 238 de ley de Neuquén establece que: “No procederá recurso alguno contra la sentencia absolutoria, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto del soborno”. En esa misma línea, el art. 371 quater, inc. 7, de ley bonaerense, señala: “Irrecurribilidad. El veredicto del jurado es irrecurable. El recurso contra la sentencia de culpabilidad por razones de inimputabilidad se registrará por las disposiciones de este Código. La sentencia absolutoria derivada del veredicto de no culpabilidad del jurado es irrecurable”. Por su parte, el art. 89 de la ley chaqueña dice:

El veredicto de no culpable o no culpable por razón de inimputabilidad será obligatorio para el juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado. Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente, no se admite recurso algún, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno. Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el juez ante un jurado estancado, salvo lo dispuesto en el párrafo anterior.

Finalmente, el art. 231 de la ley de Rio Negro, reza:

La sentencia absolutoria podrá impugnarse únicamente por el fiscal y por la parte querellante que acusó, exclusivamente por los

siguientes motivos: 1) Arbitrariedad de sentencia; 2) Apreciación absurda de las pruebas recibidas en el juicio; 3) También lo será por la defensa y el imputado absuelto si se impone una medida de seguridad en su perjuicio; y, 4) La inobservancia o errónea aplicación de la ley.

En esta línea, recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires confirmó la constitucionalidad de la norma que impide al acusador público o privado esa facultad de recurrir el veredicto de no culpabilidad de un jurado popular. De esta manera, rechazó en la causa “Brey, Juan Pablo y Paredes, Javier Maximiliano”⁹, el planteo de un particular damnificado que exigió se declarara inconstitucional al artículo de la ley de jurados de la provincia de Buenos Aires que prohíbe el recurso del acusador. Al respecto, los miembros del Tribunal, expresaron que ello no puede verse como una regulación que se contraponga con “aquellos derechos de acceso a la justicia y protección judicial consagrados convencionalmente, ni con su manifestación del debido proceso consagrado en nuestra CN”. Agregaron que, de esa manera,

[...] se funda en el carácter soberano del órgano que la dicta y que ha sido así regulada durante siglos por todas las democracias que adoptaron ese sistema de juzgamiento, a mayoría de las cuales por cierto son signatarias de los mismos instrumentos internacionales y en ningún momento se ha puesto en duda su compatibilidad con los derechos y garantías allí consagrados¹⁰.

Por último, el fallo destacó que el veredicto del jurado es una decisión judicial y política emanada directamente del Soberano,

⁹ Tribunal de Casación Penal de Pcia. de Buenos Aires, Sala V, “Brey Juan Pablo y Paredes Javier Maximiliano s/ Recurso de Queja (art. 433, CPP)”, causa n° 78.302, del 12/09/19.

¹⁰ *Ibid*, acápite III, apart. 16.

“[...] ello es lo que determinó la decisión legislativa de asignarle, siempre, el carácter de irrecurrible”¹¹.

V LA GARANTÍA DEL CONDENADO A RECURRIR LA CONDENA Y CONOCER SUS MOTIVOS VS. EL VEREDICTO INMOTIVADO

A diferencia de lo expuesto, en cuanto a la imposibilidad del acusador de recurrir la absolución, quien resulta condenado por el jurado popular tiene el derecho de recurrir el veredicto condenatorio. Ahora, lo particular de esa decisión es la falta de exigencia de que tal decisorio sea motivado; característica que se encuentra vigente en la mayoría de los países que adoptan el sistema de jurado clásico, pero son foco de tensión en la discusión jurídica donde se debate si ello vulnera la garantía de defensa y el recurso del condenado.

V.1 LA MOTIVACIÓN COMO GARANTÍA

Previo a ingresar al estudio de las causas de esa falta de exigencia, considero necesario explicar –sucintamente– él porque la motivación de la sentencia es considerada una garantía del condenado.

El imputado que resulta condenado cuenta con la garantía constitucional de conocer las razones por las cuales se lo consideró culpable y, por lo tanto, merecedor de sanción pena. Esto último es exigible no sólo para permitirle formalizar una eventual impugnación de la sentencia sino porque es una garantía constitucional insoslayable del condenado, tal como expuse anteriormente.

¹¹ *Ibid*, acápite III, apart. 18.

Maier dice:

[...] se reconoce que una sentencia está fundada [...] cuando menciona los elementos de prueba a través de los cuales arriba racionalmente a una determinada conclusión fáctica [...] y, exterioriza la valoración probatoria, esto es contiene la explicación del porqué de la conclusión, siguiendo las leyes del pensamiento humano (principios lógicos de igualdad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente), de la experiencia y de la psicología común (Maier, 2004, p. 482).

Por su parte, la CIDH, en el caso “V. R. P. y otros c. Nicaragua” (CIDH, 2018) sostuvo: i) “el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el art. 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso”; ii) la motivación “[...] es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” (CIDH, 2018, p. 63, apart. 213) y que conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión; iii) la relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias; y, iv) la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que sus argumentos fueron recibidos, independientemente de la suerte que éstos hayan tenido en la solución final. Además, continuó explicando la CIDH que,

En el ámbito penal, como garantía del inculpado, se dirige también a asegurar el principio de presunción de inocencia, ya que permite a quien se ve sometido al poder penal de Estado comprender las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia y determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, así como posibilitar el ejercicio de la defensa a través de la facultad de recurrir el fallo condenatorio (CIDH, 2018, p. 73, apart. 256).

De su lado, la CSJN, tradicionalmente, ha exigido motivar las decisiones jurisdiccionales, al punto de postular como agravio federal suficiente a las decisiones judiciales consideradas infundadas o arbitrarias. A su vez, ha admitido que la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo –no electivos– en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso por parte de un Juez profesional¹².

En ese orden de ideas, cabe admitir que la exigencia de motivar las sentencias emitidas por jueces o tribunales profesionales obedece a la necesidad de proteger el derecho del acusado frente a la arbitrariedad de aquellos. En cambio, en el caso de los jurados, como se verá, se justifica la inmotivación del veredicto tanto en la legitimidad democrática del pronunciamiento como en la preservación del más amplio ámbito de debate.

V.2 LA INMOTIVACIÓN DEL VEREDICTO EN EL JXJ

Para ingresar a este análisis, Herbel plantea el siguiente interrogante: “[...] la decisión discrecional del jurado popular es fuente suficiente para legitimar una condena penal o, por el contrario, para resguardar las garantías del acusado debe controlarse las razones que fundan tal decisión” (Herbel, 2013, p. 347). La respuesta a esa cuestión genera dos opiniones enfrentadas:

¹² CSJN “Canales”, del 02/05/2019, AR/JUR/7772/2019, (fallo 342:697).

- I. quienes desalientan el veredicto inmotivado del juicio por jurados señalan que las instrucciones del juez no son suficientes para asegurarle al condenado un recurso amplio, por lo que la falta de fundamentación respecto del veredicto torna irrecurrible la sentencia; y,
- II. en contraposición a ello, quienes sostienen que la decisión final del jurado se encuentra motivada, partiendo de que jamás podrá equipararse la legitimidad inmensamente superior que posee un tribunal de jurados frente a uno profesional, fundan su postura en que tal motivación está dada por la deliberación previa respecto de lo que cada miembro del jurado pudo observar durante el juicio conforme las instrucciones que recibieron por parte del juez.

Adelantándome al desarrollo de estas posturas, cabe mencionar que esta cuestión ya ha sido zanjada por la CEDH mediante el fallo “Taxquet vs. Bélgica” (2010), donde confirmó que el veredicto del jurado clásico se expresa solamente mediante la fórmula de “culpable o no culpable”. Es decir, mediante el precedente se ratificó la absoluta constitucionalidad y adecuación de esta fórmula inmotivada de veredicto a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y estableció también que ello no constituía quiebre alguno de la garantía a un proceso equitativo.

A su vez, la regla del veredicto inmotivado es la que adoptaron los legisladores provinciales al momento de pensar el modelo de juicio por jurados clásico. A modo de ejemplo, el art. 106 de ley que implementa el juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires reza: “[...] las instrucciones del juez al jurado constituyen plena y suficiente motivación del veredicto”. La ley neuquina, por su parte, en el art. 211 establece

Cuando el juicio se celebre por Tribunal de Jurados, la sentencia se ajustará a las normas previstas en este Código pero deberá contener, en lugar de los fundamentos de la decisión sobre hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y el veredicto del jurado.

V.3 FUNDAMENTOS DE LA INMOTIVACIÓN

Harfuch, en defensa de la inmotivación, se pregunta: ¿es posible afirmar seriamente que no hay manera de controlar la lógica externa e interna del veredicto del jurado?, para lo cual responde con un categórico no, y agrega que sostener que esas dos funciones son violadas por la inmotivación del veredicto es no entender: i) el “superávit de legitimidad del jurado” (por su número, por la unanimidad, por su no pertenencia al Estado, por su accidentalidad, por su amplia recusabilidad sin causa, por su superioridad en materia de deliberación, etc.); y, ii) el “corpus de jurisprudencia del *common law*” que establece con precisión cómo se lleva a cabo ese control (Harfuch, 2016, p. 126).

Respeto a punto i), el citado autor aclara que “El jurado es la institución que mejor cristaliza el concepto de soberanía popular, que es esencial a una forma republicana de gobierno”, pero que constituye un error el “aceptar un veredicto del jurado sólo porque sea la expresión soberana del pueblo. Por supuesto que lo es, pero no se trata sólo de un argumento de autoridad: el veredicto del jurado es una decisión fundada, aunque permanezca inmotivada por razones muy importantes” (Harfuch, 2016, p. 102). A su vez, sostiene que esa postura de subvalorar las instrucciones por comparación con la motivación escrita en una sentencia de un juez profesional parte de un error, en tanto ponen en un mismo plano de igualdad al tribunal

profesional con un tribunal de jurados. Por su parte, Mittermaier, señala que

No pueden quedar ya dudas acerca del grave error que supone tratar en un mismo plano de igualdad al tribunal de jurados y al tribunal profesional cuando se afirma, con ligereza, que: “[...] el jurado debería motivar de alguna manera, tal como lo debe hacer el juez togado, dando por sentado ontológicamente jurados y jueces serían lo mismo y que los jurados deberían imitar lo que a los jueces se les impuso para contrarrestar su extremadamente débil posición de legitimidad garantista” (Harfuch, 2016, p. 122).

Por otro lado, quienes defienden esta postura sostienen que no puede reprocharse a la inmotivación como falta de fundamentación del veredicto, en tanto la falta de mención que inspiraron a los jueces populares a pronunciarse en un sentido condenatorio o en uno absolutorio no puede entenderse como la ausencia de concretos motivos para inclinarse por la solución que se consagró en definitiva. Ello es así, pues tales razones existen y que la decisión son producto de un razonamiento que se practicó durante el proceso “ordenado” y “controlado”; mediante la valoración de los elementos probatorios recibidos a lo largo del juicio, omitiéndose, empero, su expresión, pues el veredicto se limita a patentizar las conclusiones obtenidas, siguiendo un orden impuesto por las instrucciones (Kamada, 2020, p. 5).

El estándar de la “duda razonable” y el “secreto en la deliberación”.

En relación a lo expuesto, se suma a los “pro” de la inmotivación del veredicto el sostener que la sentencia popular se conjuga con la regla de que para imponerse una declaración de culpabilidad la imputación debe encontrarse acreditada “más allá de toda duda

razonable”, lo cual hace que se fijen grados de certeza previos a la posibilidad de emitir un subjetivo juicio de convicción. Es decir, al no exigirse una explicación de “certeza moral” de quien emite el juicio, lo que se reduce es el campo de acción del mismo, imponiéndose la necesidad de que sea la evidencia la que suministre un estándar de prueba objetivo de entidad tal que permita sustentar, por fuera de cualquier duda, a la hipótesis de acusación.

Al respecto, Schiavo (2012, p. 2) menciona que la exigencia de “más allá de duda razonable” garantiza a que el jurado pueda ser arbitrario en la absolución, pero nunca podría serlo en la condena, en tanto para expresarse en ese sentido tendría que encontrarse apoyado en un caudal de evidencia admisible que –en conjunto con las instrucciones que se le digieran– obrarían como fundamentación suficiente y controlable, en los términos del caso “Taxquet v. Bélgica”.

Es tarea del juez del juicio explicarle al jurado en las instrucciones cómo funciona este estándar de duda razonable, en qué consiste como se valora la prueba, que es prueba directa, que es prueba circunstancial, si el móvil se puede probar con indicios, cuándo no la hay y a qué conclusiones debería el jurado obligatoriamente llegar (Harfuch, 2013, p. 131). Luego es tarea de los jueces de recurso valorar, reexaminar y decidir si la prueba y el peso de la misma fueron suficiente para condenar a la persona más allá de toda duda razonable y si las instrucciones del juez al jurado sobre este punto crucial fueron correctas y claras.

Entonces, los defensores de la inmotivación del veredicto, al argumentar el respeto a la garantía del recurso, señalan que por más que el jurado no motive, la “duda razonable” está sometida al control del acusado durante el juicio, de modo que él pueda eventualmente cuestionar la condena en apelación por arbitrariedad sin ninguna dificultad.

A su vez, a dicho estándar se le suma el secreto de la liberación (vigente en la mayoría de los países que adoptan el sistema de jurado clásico), que contribuye con la mayor libertad del jurado de expresar sus ideas y discutir abiertamente, facilitando la toma de una decisión deliberada y analizada, además de evitar el cercenamiento de la libertad de conciencia y expresión del jurado para alcanzar una decisión imparcial (Almeida, 2014, p. 76/77). Esta deliberación, como garantía del debido proceso, se logra en un gran nivel en los sistemas de enjuiciamiento por jurados en tanto se trata de doce personas, cada una con distintos valores, creencias, preceptos, intereses, que intentan comprender lo sucedido. A su vez, apoya la imparcialidad, que se ve garantizada toda vez que obliga a los jurados a discutir y reflexionar el caso exclusivamente en base a lo que percibieron durante el juicio, a diferencia de los jueces profesionales que tienen acceso al expediente, lo cual disminuye la comunicación entre los jueces que integran el tribunal.

Entonces, el veredicto se encontraría motivado en la deliberación previa respecto de lo que los miembros del jurado pudieron observar durante el juicio conforme las instrucciones que recibieron por parte del juez. A su vez, el carácter secreto de tal deliberación protegería la opinión individual de los integrantes del jurado, lo que, a su vez, garantizaría la más amplia libertad en la deliberación que estos protagonizan, permitiéndoles exponer sus puntos de vista sobre el asunto en discusión de la manera más completa y genuina posible.

El veredicto como una amalgama coherente de los tres vértices. Precedente “Taxquet”.

Una vez resumidos los argumentos de la posición mayoritaria, que defienden i) la mayor legitimidad de jurado popular por sobre el profesional; ii) la posibilidad de considerar integrado el sentido de la decisión que se adopte por las instrucciones al jurado y su

veredicto, y, iii) la conjunción de la sentencia popular con las reglas del estándar de “duda razonable” y “secreto en la deliberación”, es necesario preguntarse si la sentencia dictada resulta comprensible para la parte afectada (Kamada, 2020, p. 6). Ello resulta de vital importancia porque la motivación del veredicto tiene que garantizar un grado de conocimiento y comprensión por parte del litigante interesado de las de las razones tenidas en cuenta para adoptar a decisión final; siendo esta la cuestión central a dilucidar sobre el respeto, o no, de la garantía en estudio.

Bajo los extremos antes señalados, se sostiene que el veredicto es comprensible para el recurrente por ser el producto de la concatenación coherente de tres vértices: la acusación fiscal, las instrucciones del director del juicio y las conclusiones del jurado. Es decir, la cabal comprensión de los motivos de la decisión final del jurado debe derivarse de un tránsito exitoso de una acusación válida a una conclusión condenatoria congruente con ella, por la vía de la observancia de las instrucciones, y de la lectura e interpretación conjunta de estos tres elementos, que tienen en común el haber sido puesto de manifiesto en el juicio, al amparo de los principios de publicidad y oralidad.

En esa línea, volviendo al caso “Taxquet”, en el considerando 92 la CEDH estableció la siguiente doctrina:

Ante las Cortes Criminales con participación de un jurado popular, es necesario acomodarse a las particularidades del procedimiento, en el cual, frecuentemente, los jurados no están obligados a fundar su convicción o no pueden hacerlo [...] En ese caso igualmente, el art. 6º exige investigar si el acusado ha podido beneficiarse de garantías suficientes aptas a descartar todo riesgo de arbitrariedad y permitirle comprender las razones de condena [...] Estas garantías procesales pueden consistir, por ejemplo, en instrucciones o aclaraciones dadas por el presidente

de la Corte Criminal a los jurados en cuanto a los problemas jurídicos planteados o a los elementos de prueba producidos [...], en cuestiones precisas e inequívocas sometidas al jurado por ese magistrado, aptas para formar una trama apta para servir de fundamento al veredicto o a compensar adecuadamente la ausencia de fundamentación de las respuestas del jurado [...]. En fin, debe ser tomada en cuenta, cuando existe, la posibilidad para el acusado de interponer recursos.

Continuó la CEDH diciendo que

[...] la extensión del deber de fundamentación puede variar según la naturaleza de la decisión y debe ser analizada a la luz de las circunstancias del caso ('Ruiz Torija v. España', precitado, cons. 29). Si los tribunales no están obligados a aportar una respuesta detallada a cada argumento expresado ('Van de Hurk v. Países Bajos', 19 de abril de 1994, 61, seria A n. 228), debe resultar de la decisión que las cuestiones esenciales de la causa han sido tratadas ("Boldea v. Rumania", n. 199997/02, cons. 30, CEDH 2007-II=).

Es importante señalar también el apartado 90 de ese fallo, en cuanto señala:

Resulta de la jurisprudencia precitada que la Convención no requiere que los jurados den las razones de su decisión y que el artículo 6 no se opone a que un acusado sea juzgado por un jurado popular aun en aquel caso en que su veredicto no esté fundado. No resulta menos significativo que para que las exigencias de un proceso equitativo sean respetadas, el público y, en primer lugar, el acusado, deben poder comprender el veredicto que ha sido dictado. Es una garantía esencial contra la arbitrariedad. Ahora bien, como la Corte lo ha frecuentemente subrayado, la preeminencia del derecho y la lucha contra la arbitrariedad son principios que sostienen la Convención (entre otros, *mutatis mutandi*, "Roche v. Reino Unido" (GC), n° 32555/96, cons.

116, CEDH 2005-X). En el campo de la justicia, estos principios sirven para asegurar la confianza de la opinión pública en una justicia objetiva y transparente, uno de los fundamentos de la sociedad democrática.

Sobre este mismo pensamiento, en el ya citado precedente de la CIDH “V., R.P. y otros c. Nicaragua”, además de sostener que “la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí la misma garantía de la motivación. En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa”, añadió que, si bien la inmotivación del pronunciamiento del jurado no resultaría, por si misma, violatoria del derecho del imputado “[...] el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora puede reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales” (CIDH, 2018, apartado 259).

V.4 EL POSIBLE PROBLEMA DE LA COMPLEJIDAD EN LA COMPRENSIÓN DEL VEREDICTO

Si bien puede resultar un tanto claro conceptualmente el tener que buscar –y encontrar– el pensamiento del jurado en esta integración tripartita de la motivación (acusación + instrucciones del jurado + veredicto) bajo el amparo de la oralidad y publicidad, ello puede no ser de fácil comprensión para quien necesita extraer de la decisión inmotivada los fundamentos para batir el veredicto.

Considero que esto es esencialmente complejo en miras de la actividad acusatoria, en tanto está conformada por dos actos sucesivos: uno inicial –el requerimiento fiscal– y otro final –alegado

de clausura—; que, en el transcurso entre uno y otro pueden llegar a tener variaciones producidas por los elementos de prueba que se aporten a lo largo del debate. Entonces, si algún argumento del acto fiscal inicial es desestimado o acogido parcialmente por el jurado en el transcurso del juicio, no se puede apreciar el temperamento utilizado para ello en el veredicto porque no puede haber expresión del razonamiento empleado en orden a llegar a la solución consagrada. Es decir, no es posible —o muy difícil— conocer los extremos considerados relevantes por el juzgador si no pueden saber de qué manera se conectaron o no estos elementos con las razones que justificaron la decisión.

En respuesta a ello, quienes defienden la inmotivación dirían —seguramente— que esos vacíos interpretativos son llenados por las instrucciones, que completarían el circuito del razonamiento. Ahora bien, me permito distanciarme de esa postura en cuanto a que las instrucciones del director del juicio sólo pueden ser respondidas por la afirmativa o la negativa, sin que exista la posibilidad de entender en detalle los pormenores del hilo conductor del pensamiento del jurado y los motivos para arribar a un determinado sentido.

Al respecto, Luis Ernesto Kamada señala: “[...] este hilo conductor constituido por acusación-instrucciones-veredicto dice mucho acerca del orden en el que deben ser leídos e interpretados pero muy poco —o casi nada— sobre la recíproca adecuación de sus respectivos contenidos materiales, en orden a representar todos ellos —de manera conjunta e integrada— la motivación de la sentencia” (Kamada, 2020, p. 8).

Así, cabe preguntarse cómo podrían las partes conocer los extremos que el jurado popular ponderó para condenar en su veredicto si no pueden saber cómo se valoraron los distintos elementos que se produjeron entre el requerimiento fiscal y el alegato de clausura, y

que diferenciaron a ambos. Y esto me genera otra incógnita: como se llenan los vacíos interpretativos que median entre la acusación, las instrucciones y el veredicto para permitir al condenado el acceso al conocimiento y comprensión de las razones que lo llevaron de ser inocente a declararlo culpable?

La mera posibilidad de preguntarme ello deja a la luz que no me es tan clara esta “amalgama de los tres vértices”, lo cual me hace pensar que, bajo ese ropaje, tampoco me resulta tan fácil que la aceptación rotunda de que tal inmotivación apoyada por el caso “Taxquet” deja indemne la vigencia de las garantías del imputado.

VI CONCLUSIONES

Es imposible no reconocer las razones por las cuales es necesario apoyar la incorporación del juicio por jurados, dentro de las cuales se destaca el derecho del encausado a ser enjuiciado por sus conciudadanos, como el de la sociedad de intervenir en el proceso. El juicio por jurados no solo amplió el espectro de garantías del imputado, sino que además le dio a la ciudadanía el poder de ejercer el control gubernamental y de participar en la decisión respecto de la situación de su conciudadano.

Entender la garantía a ser juzgado por un jurado popular implica respetar el contradictorio, es decir, permitir que frente a cada elemento probatorio se verifique la posibilidad de contradecir y contra-examinar fortaleciendo de esta manera el derecho de defensa. Además, el juicio por jurados es un garante mucho mayor de la imparcialidad (no solo por la diversidad en la integración, sino porque es la primera vez que toman contacto con el caso) que los juicios con jueces profesionales. También, por las características propias de esta modalidad, además de desarrollarse de manera oral y continua, los

abogados (especialmente magistrados) intervinientes están obligados a hablar con lenguaje sencillo y sin meras remisiones a los que consta de manera escrita en el expediente, lo cual, sin dudas, le permite al imputado comprender mucho mejor el desarrollo del juicio.

Pero ninguna de estos argumentos a favor tiene que debilitar ninguna garantía. Así, en las líneas aquí expuestas intenté demostrar como este sistema de jurados popular –visto como una garantía– puede entrar en conflicto con otras dos garantías esenciales: la imposibilidad del acusador de recurrir el veredicto de absolución, por un lado, y no motivación de la decisión del jurado, por el otro.

Respecto a la primera cuestión no tengo mucho más que agregar, en tanto desde hace varios siglos, sólo se le permite al Estado enjuiciar una única vez a quien considera criminal en busca de la condena y la pena; con la misma antigüedad se resguarda el derecho del condenado de no sufrir un castigo mayor al expuesto en el único fallo legítimo, cuando él hace uso del derecho de impugnar la condena, ambos principios republicanos y democráticos básicos; por lo demás, si prosperara la tesis “bilateral”, un procedimiento judicial no tendría final, al menos teóricamente.

Entonces, puede considerarse que todas las leyes de juicio por jurados del país han respetado a los Pactos, a la CN y al precedente “Alvarado/Sandoval”. Todas ellas prohíben el recurso del acusador público o privado contra el veredicto de “no culpabilidad” salvo los casos universalmente admitidos (aún en el *common law*) de cosa juzgada írrita. Los tribunales superiores de las provincias en su totalidad han reafirmado la constitucionalidad de las normas que impiden al fiscal y al acusador privado recurrir el veredicto absolutorio del jurado.

Partiendo del entendimiento que el recurso como garantía implica entender que se requiere una doble conformidad para

aplicar una pena, y que en la segunda instancia deben existir iguales garantías que en la primera, la segunda garantía en juego es una cuestión más compleja y va a requerir mucho debate por parte de nuestros legisladores.

Lo menos complejo es reconocer el primer fundamento utilizado para admitir la inmotivación del veredicto popular: su diferencia con el juez profesional. Por ello, no pueden quedar dudas acerca del grave error que supone tratar en un mismo plano de igualdad al tribunal de jurados y al tribunal profesional cuando se afirma la necesidad de que el jurado popular motive sus veredictos, tal como lo hace un juez profesional, ya que la posición de legitimidad garantista, por todas las características detalladas en el presente trabajo, se encuentra en una sólida posición, por lo que el veredicto del jurado clásico no necesita desarrollar por escrito sus razones para ganarse el respeto, la autoridad y la confianza del acusado y la sociedad.

La legitimidad que tiene el jurado popular de dar su veredicto como “culpable o no culpable”, y de su aceptación por el acusado, comienza a forjarse en el marco de un juicio diferente al que estamos acostumbrados en Argentina y con instituciones todavía desconocidas, como la plena defensa en juicio del imputado en pie de igualdad al acusador, en juicio justo en serio, un juez del juicio neutral que imparte instrucciones, el amplio derecho recusatorio sin causa y decisiones que deben ser tomadas no por una mayoría de dos votos en un tribunal fijo de tres jueces a sueldo del Estado, sino por un veredicto vinculante de doce jurados populares ajenos al gobierno y por unanimidad.

A su vez, entiendo que no es posible afirmar “sin peros” que no hay manera de controlar la lógica externa e interna del veredicto de un jurado; el control exógeno de la decisión es obtenido: i) del requerimiento fiscal, de las instrucciones del juez, tal como se expone el fallo “Taxquet”; ii) de la transcripción taquigráfica de

todo el juicio; y, iii) por la sujeción absoluta de su juicio al estándar probatorio de duda razonable, ampliamente verificable y criticable en sede recursiva por el condenado; por su parte, el control endógeno se obtiene por la superioridad de su número de integrantes y de la exigencia de unanimidad.

Ahora bien, ninguna de estas razones puede ser admitida en el sentido de debilitar una garantía esencial, consagrada en los mencionados arts. 8.2.h, CADH, y 14, PIDCyP, como es el derecho a impugnar una sentencia condenatoria que no es otra cosa que el derecho a reprobación los fundamentos —o la motivación— de ese pronunciamiento. Entonces, ¿cómo ejercer esa garantía si para poder conocer los motivos del veredicto debe acudir a la composición de todo un conjunto de expresiones conformadas por la acusación, las instrucciones y el veredicto y, además, verificar si todo ello puede estar al alcance de la comprensión del condenado? Y, en miras de la complejidad de encontrar y comprender los fundamentos dados por esa “amalgama de tres vértices”: ¿es necesario someter al recién condenado a cargar con la responsabilidad de comprender eso?

Al analizar esa pregunta me viene al recuerdo el precedente mencionado “V., P.R. vs. Nicaragua”, donde la CIDH admitió que se violó el derecho de la querrela por considerar que no estuvo a su alcance comprender las razones de la decisión final adoptada por el Tribunal de juicio, adversa a su pretensión condenatoria.

La solución que propongo a este interrogante es la de que los miembros del jurado expongan las cuestiones esenciales que utilizaron para justificar su postura. No pienso en los tecnicismos exigibles a una fundamentación clásica de los tribunales profesionales —y que no se puedan pedir a un ciudadano común—, sino simpleza en el lenguaje y brevedad en la extensión para facilitar la comprensión del pronunciamiento.

Donde los defensores de la inmotivación encuentran su justificación yo descubro un posible problema. Si lo impoluto del juicio por jurados es producto de sus características (que señalé hasta el cansancio) de ser celebrado y decidido por los doce jurados populares, seleccionados con ajuste al procedimiento del *voir dire*, con amplitud probatoria y de debate y confrontación, sumados a las reglas de unanimidad, “grado de certeza razonable” y “secreto en la deliberación”, ¿porque poner en peligro todo esto imposibilitando al condenado que pueda comprender los motivos del reproche penal?

Lo dicho me deja abierta la puerta para preguntarle a los legisladores que tratarán la ley de juicio por jurados propuesta por el Presidente (que, espero, sea en un futuro muy próximo): ¿Qué derecho o garantía se violaría con la motivación del veredicto? Y, en todo caso, ¿De quién?

BIBLIOGRAFÍA

ALMEIDA, Vanina. La garantía de deliberación y su eficacia práctica en el sistema anglosajón de juicio por jurados. En: **Revista de Derecho Procesal Penal**, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2014.

CABALLERO, Ricardo Juan; HENDLER, Edmundo Samuel. **Justicia y participación: el juicio por jurados en materia penal**. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1988.

CEDH - CORTE EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Taxquet vs. Bélgica, n. 54210/00, ECHR 2001-XII, del 16/11/2010.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n. 107, del 02-06-2004.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n. 255, del 23-11-2012.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. V. R. P. y otros vs, Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n. 282, del 08-03-2018.

HARFUCH, Andrés. El veredicto del jurado. Tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, octubre de 2016.

HARFUCH, Andrés. Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico. En: Revista Pensamiento Penal, 2013. Disponible en: <www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/05/doctrina36151.pdf>.

HENDLER, Edmundo Samuel. **El juicio por jurados**: significados, genealogías, incógnitas. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

HERBEL, Gustavo A. **Derecho de imputado a revisar su condena**. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.

KAMADA, Luis Ernesto. El juicio por jurados: de la motivación del veredicto a la comprensión de su sentido. 4 de febrero de 2020. Disponible en: <www.saij.gob.ar>. Id SAIJ: DACF200013

LEDESMA, Ángela Ester. Derecho al recurso y estándares de admisibilidad. En: **Revista de Derecho Procesal Penal**: vías de impugnación en el proceso penal: nuevas tendencias y cambios de paradigma, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. t. 1. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia e Inglaterra**. Madrid: Revista de Legislación, 1877.

PENNA, Cristian. Imparcialidad y jurados: objetivos y dinámica de la audiencia voir dire. 2015. Disponible en: <www.juicioporjurados.org/2015/04/doctrina.html>.

PIESCO, María Andrea. Algunos aspectos del derecho a la doble instancia. 2001. Disponible en: <www.saij.gob.ar>. Id: SAIJ: DACF010025.

SCHIAVO, Nicolás. Fundamentos conceptuales del veredicto inmotivado. 29 de agosto de 2012. Disponible en: <<http://www.juicioporjurados.org/2012/08/fundamentos-conceptuales-del-veredicto.html>>.

Recebido em: 7-11-2025

Aprovado em: 27-1-2026

DERECHO PENAL, EUTANASIA, HOMICIDIO POR PIEDAD Y MUERTE ASISTIDA. SU REGULACIÓN EN COLOMBIA Y SU COMPARATIVA CON ALEMANIA^{1,2e3}

Omar Huertas Díaz⁴

RESUMEN

El derecho a la vida es un bien jurídico protegido en cualquier ordenamiento legal, por tal razón, las acciones en su contra son criminalizadas en los códigos penales. No obstante, en un Estado Social de Derecho como el colombiano o el alemán no existe una criminalización irrestricta a la muerte autodeterminada, a la muerte medicamente asistida y a la participación en el suicidio. Valores como

¹ Artículo de investigación desarrollado dentro del grupo de investigación “Ciudadanía, Educación Derecho” clasificado en C MINCIENCIAS 2024.

² **Como citar este artículo científico.** HUERTAS DÍAZ, Omar. Derecho penal, eutanasia, homicidio por piedad y muerte asistida: su regulación en Colombia y su comparativa con Alemania. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 249-283, jan.-abr. 2026.

³ A Revista Amagis Jurídica agradece à Revista Revisitus Academicus Cientificus RAC (Bogotá, Colombia, v. II, número 1, ISSN: 3028-7731, p. 49-78, enero-junio 2026), parceira estados-unidense, pela cessão do presente artigo para publicação no Brasil. / La Revista Amagis Jurídica agradece a la Revista Revisitus Academicus Cientificus RAC (Bogotá, Colombia, vol. II, número 1, ISSN: 3028-7731, págs. 49-78, enero-junio de 2026), nuestro socio colombiano, por proporcionar este artículo para su publicación en Brasil.

⁴ Doctor en Derecho Universidad Nacional de Colombia y Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar, Profesor Titular II Fundación Universitaria Internacional de la Rioja UNIR, profesor titular e investigador senior de la Universidad Nacional de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8012-2387>. Correo electrónico: omar.huertas@unir.net, ohuertasd@unal.edu.co

la dignidad humana o la libre autodeterminación también deben ser tenidos en cuenta por el legislador y los jueces. En consecuencia, tipos penales como el homicidio por piedad y la inducción o ayuda al suicidio en el caso colombiano y el homicidio a petición en el caso alemán, son privilegiados o especiales, contemplan penas reducidas y tienen exigencias motivacionales específicas. El presente documento pretende hacer un análisis de la eutanasia y los delitos mencionados en la legislación y la jurisprudencia colombiana, así como una comparación con su regulación en Alemania.

Palabras clave: derecho penal, código penal, jurisprudencia, homicidio a petición, ayuda al suicidio.

CRIMINAL LAW, EUTHANASIA, MERCY KILLING AND ASSISTED DEATH. THEIR REGULATION IN COLOMBIA AND THEIR COMPARISON WITH GERMANY

ABSTRACT

The right to life is a protected legal right in any legal system; therefore, actions that infringe upon it are criminalized in criminal codes. However, in a social state governed by the rule of law, such as Colombia or Germany, there is no unrestricted criminalization of self-determined death, medically assisted death, or participation in suicide. Values such as human dignity and free self-determination must also be taken into consideration by legislators and judges. Consequently, criminal offenses such as mercy killing and inducing or assisting suicide in the Colombian context, and homicide on demand in the German context, are treated as privileged or special offences, provide for reduced sentences, and have specific motivational requirements. This document aims to analyze euthanasia and the related crimes in Colombian legislation and jurisprudence, and to compare them with their regulation in Germany.

Keywords: criminal law, penal code, jurisprudence, homicide on demand, assisted suicide.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Recht auf Leben ist ein in jeder Rechtsordnung geschütztes Rechtsgut; aus diesem Grund werden Handlungen dagegen in den Strafgesetzbüchern kriminalisiert. In einem sozialen Rechtsstaat

wie dem kolumbianischen oder dem deutschen besteht jedoch keine uneingeschränkte Kriminalisierung des selbstbestimmten Todes, des ärztlich assistierten Todes und der Beteiligung am Suizid. Werte wie die Menschenwürde oder die freie Selbstbestimmung müssen vom Gesetzgeber und von den Gerichten ebenfalls berücksichtigt werden. Folglich sind Straftatbestände wie die Tötung aus Mitleid sowie die Verleitung oder Beihilfe zum Suizid im kolumbianischen Recht und die Tötung auf Verlangen im deutschen Recht privilegierte oder besondere Tatbestände; sie sehen reduzierte Strafraumen vor und stellen spezifische Anforderungen an die Motivation der Handlung. Das vorliegende Dokument beabsichtigt, eine Analyse der Euthanasie und der genannten Delikte in der kolumbianischen Gesetzgebung und Rechtsprechung vorzunehmen sowie einen Vergleich mit ihrer Regelung in Deutschland anzustellen.

Schlüsselwörter: Strafrecht, Strafgesetzbuch, Rechtsprechung, Tötung auf Verlangen, Beihilfe zum Suizid.

RESUMO

O direito à vida é um bem jurídico protegido em qualquer ordenamento jurídico; por essa razão, as ações contra ele são criminalizadas nos Códigos Penais. No entanto, em um Estado Social de Direito como o colombiano ou o alemão, não existe uma criminalização irrestrita da morte autodeterminada, da morte medicamente assistida e da participação no suicídio. Valores como a dignidade humana ou a livre autodeterminação também devem ser levados em consideração pelo legislador e pelos juizes. Em consequência, tipos penais como o homicídio por piedade e a indução ou auxílio ao suicídio no caso colombiano, bem como o homicídio a pedido no caso alemão, são considerados tipos privilegiados ou especiais; preveem penas reduzidas e possuem exigências motivacionais específicas. O presente documento tem por objetivo realizar uma análise da eutanásia e dos delitos mencionados na legislação e na jurisprudência colombianas, assim como uma comparação com a sua regulamentação na Alemanha.

Palavras-chave: direito penal, código penal, jurisprudência, homicídio a pedido, auxílio ao suicídio.

SUMÁRIO. 1 Introducción. 2 La Legislación Penal Colombiana. 2.1 El Homicidio por Piedad y la Ayuda o

Inducción al Suicidio en el Código Penal. 2.2 La Jurisprudencia de la Corte Constitucional. 2 El Homicidio por Piedad, la Eutanasia e Inducción al Suicidio. 3 el Homicidio por Piedad y la Eutanasia. 4 Sentencia C-239 de 1997. 5 Sentencia C-233 de 2021. 6 La Inducción o Ayuda al Suicidio. 6.1 Sentencia C-164 de 2022. 7 El Derecho a Morir Dignamente y su Protección a Través de la Acción de Tutela. 8 La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. 9 La Legislación Penal Alemana. 9.1 El Código Penal Alemán. 9.2 La Eutanasia. 9.3 El Homicidio por Petición. 9.4 La Ayuda Profesional al Suicidio. 10 Comparativa entre los Ordenamientos Jurídicos de Colombia y Alemania. 11 Conclusión. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

El derecho a morir por decisión propia y el interés del Estado por proteger la vida de los ciudadanos, a través de la regulación penal, se encuentran en permanente tensión. Este es un tema que despierta especial interés entre quienes abogan por una protección absoluta del valor de la vida, mediado especialmente por creencias religiosas, y por quienes apoyan el Estado pluralista y social de derecho que respeta la libertad de credo, pero considera que la dignidad humana y la autodeterminación son límites al mantenimiento irrestricto de la vida.

Por esta razón, en ordenamientos jurídicos como el colombiano y el alemán, conductas como la eutanasia, el homicidio por piedad (o a petición) y la ayuda al suicidio no están penalizadas o están castigadas con una pena mucho menor a la del homicidio básico. A continuación, se explicarán estos conceptos.

El suicidio es el acto intencional de provocarse la muerte (Biblioteca Nacional de Medicina, 2015). El suicidio asistido consiste en proporcionar a una persona que ha tomado la decisión de morir, los medios para acabar con su vida. Por su parte, la eutanasia es el

acto realizado por un médico, consistente en causarle la muerte a un paciente a petición de él, quien sufre una enfermedad en etapa terminal (Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente - DMD, 2018). La eutanasia puede ser activa o pasiva, la primera consiste en que el médico realiza una acción (aplicar una inyección), mientras que, en la segunda, se interrumpe todo o parte del tratamiento que se estaba realizando, y con esto, el paciente muere (Pesquisa Javeriana, 2022).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (CC) ha sido prolífica en el tema de la eutanasia y la libre autodeterminación para morir. Así, ha estudiado los tipos penales que se relacionan con el homicidio por piedad, la eutanasia y la ayuda o inducción al suicidio (1997, 2021, 2022), ha establecido la existencia del derecho a morir dignamente y lo ha protegido en fallos de tutela (2014, 2017a, 2017b, 2017c & 2020) y ha exhortado al Congreso para que expida su regulación.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) (2023) ha establecido los límites entre los delitos de homicidio por piedad (artículo 106 del Código Penal) y la inducción o ayuda al suicidio (artículo 107 del Código Penal) en el análisis de casos específicos, en donde se juzga la realización de tales conductas.

Finalmente, en el caso alemán, en decisión más importante sobre la materia del 26 de febrero de 2020, el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) se pronunció acerca de la constitucionalidad del parágrafo 217 del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch* - StGB), el cual contemplaba el delito de asistencia profesional al suicidio.

A continuación, se describirá la configuración de las conductas de homicidio por piedad, eutanasia y ayuda o inducción al suicidio en la legislación penal y su evolución en la jurisprudencia colombiana para definir sus fundamentos, límites, aplicaciones prácticas y su comparativa con la legislación alemana.

2 LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA

En los códigos penales de 1980 (Decreto y del 2000 (Ley 599) se tipificaron las conductas de homicidio por piedad y ayuda o inducción al suicidio. La Corte Constitucional al estudiar estos tipos penales los declaró exequibles y al mismo tiempo despenalizó la conducta de eutanasia practicada por personal médico.

2.1 EL HOMICIDIO POR PIEDAD Y LA AYUDA O INDUCCIÓN AL SUICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL

En el capítulo II relativo al homicidio del título II de los delitos contra la vida de la parte especial del Código Penal (Ley 599 de 2000) están tipificados los delitos de homicidio por piedad (artículo 106) e inducción o ayuda al suicidio (artículo 107). Ambos son tipos penales privilegiados que se derivan de la conducta de homicidio (artículo 103), contienen elementos objetivos (situación de la víctima) y subjetivos (motivación) especiales y son castigados con penas mucho menores a las del tipo básico.

Las conductas están descritas de la siguiente manera en el Código Penal:

ARTÍCULO 106. HOMICIDIO

POR PIEDAD. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

ARTÍCULO 107. INDUCCIÓN O AYUDA AL SUICIDIO. El que eficazmente induzca a otro al suicidio, o le preste una ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

Cuando la inducción o ayuda esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, se incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

2.2 LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Las sentencias de la Corte Constitucional sobre la eutanasia, la muerte autodeterminada y la ayuda al suicidio pueden dividirse en dos grandes grupos. El primero corresponde a los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de los artículos del Código Penal de homicidio por piedad e inducción o ayuda al suicidio. El segundo hace referencia al derecho a morir dignamente y a su protección a través de la acción de tutela.

2 EL HOMICIDIO POR PIEDAD, LA EUTANASIA E INDUCCIÓN AL SUICIDIO

En esta primera decisión, la Corte Constitucional estudió una demanda de constitucionalidad en contra del artículo 326 del Decreto 100 de 1998 (anterior Código Penal) que describía el homicidio por piedad. En esta oportunidad el Alto Tribunal señaló que sin duda la Constitución de 1991 contempla la vida como un derecho y la incorpora como un valor en el ordenamiento, lo cual implica deberes positivos de parte del Estado y los particulares frente a su protección (CC, 1997). sufrimientos provenientes de una lesión corporal o enfermedad grave e incurable, los cuales son los sujetos pasivos en el tipo penal de homicidio por piedad. La Corte Constitucional consideró que, si ellos autónomamente desean terminar con su vida porque no es compatible con su concepción de dignidad humana, pueden hacerlo, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado pueda oponerse a su decisión (CC, 1997).

El derecho fundamental a vivir en forma digna también implica el derecho a morir dignamente, pues obligar a una persona a prolongar por un tiempo corto su existencia, cuando no es su voluntad, a causa de fuertes sufrimientos, constituye no sólo a un trato cruel e

inhumano contrario a la Constitución Política, sino el desconocimiento de su dignidad y de su autonomía. De esta forma, el ser humano se convertiría en un instrumento para preservar la vida como valor abstracto (CC, 1997).

Cuando un paciente que se encuentra en tales circunstancias y solicita a un tercero que le ayude a morir, la oposición del Estado a este auxilio, a través de la sanción penal, también disminuye. El interviniente debe actuar motivado por “la piedad”, para que cumpla con el requisito subjetivo del tipo. Así, el tercero que realiza la acción busca ayudar a poner fin a los intensos sufrimientos de otro, y en consecuencia tiene una motivación altruista. Por el contrario, a quien mata con un interés distinto, como el económico, no puede serle aplicado este tipo penal (CC, 1997).

No obstante, este deber de protección de la vida, incluso con la amenaza penal, tiene límites. Uno de estos límites es la autonomía y la dignidad de las personas. Así, únicamente el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo prolongar su existencia, especialmente, cuando ha dejado de ser compatible con la dignidad humana. Así como los derechos no son absolutos, tampoco lo es el deber de garantizarlos (CC, 1997).

Esto es muy claro en el caso de los enfermos que sufren intensos actuar motivado por “la piedad”, para que cumpla con el requisito subjetivo del tipo.

3 EL HOMICIDIO POR PIEDAD Y LA EUTANASIA

Con esta argumentación, la Corte Constitucional admitió la constitucionalidad del artículo 326 del Decreto 100 de 1980 relativo al homicidio por piedad, tal como estaba descrito en la norma, esto es, cuando es cometido por un sujeto no calificado, por piedad, para

poner fin a intensos sufrimientos a la víctima, los cuales provienen de lesión corporal o enfermedad grave e incurable (CC, 1997).

Ahora bien, el Alto Tribunal incluyó otra interpretación a este tipo penal, la cual deriva en la irresponsabilidad penal del autor. En caso de que se dieran los requisitos del artículo 326 del Decreto 100 de 1980, esto es que el sujeto pasivo tuviera una lesión o una enfermedad grave e incurable que le generara dolores insoportables, y además, recibiera información clara sobre sus padecimientos, deseara terminar con su vida porque considerara que no es compatible con la dignidad humana y en consecuencia solicitara a un médico que le ayudara a morir, si éste accedía a la solicitud de la víctima no podría ser responsabilizado por esta conducta (CC, 1997). Para la Corte Constitucional, en este caso, el comportamiento del autor no es antijurídico, pues la víctima ofrece su consentimiento. Sin embargo, este consentimiento del sujeto pasivo debía ser informado y quien ejecutaba la acción debía ser un sujeto activo cualificado, es decir, un médico (CC, 1997).

4 SENTENCIA C-239 DE 1997

El consentimiento informado es la posibilidad que tienen los pacientes de conocer los posibles tratamientos para su enfermedad y escoger el que consideren conveniente. En el homicidio por piedad el sujeto pasivo debía recibir información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y él conscientemente, de forma libre, inequívoca, con capacidad de comprender la situación en que se encontraba, decidía terminar con su vida en las condiciones que él mismo escogía, en lugar de morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas e indignas (CC, 1997).

La Corte Constitucional entendió que el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además

de brindarle las condiciones para morir dignamente era un médico. Por consiguiente, los jueces debían exonerar de responsabilidad penal a quienes realizaran la conducta de homicidio por piedad descrita en el Código Penal, siempre y cuando, la ejecutara un médico y el paciente tomara la decisión de morir conscientemente, luego de haber recibido la información suficiente (CC, 1997).

De esta forma, el Alto Tribunal, a través de su interpretación del artículo 326 del Decreto 100 de 1980, despenalizó lo que se conoce en el ámbito de la medicina como eutanasia, esto es, “todo acto que tiene la intención de causarle la muerte a un paciente, que sufre una enfermedad en etapa terminal, por petición del paciente y que la lleva a cabo un médico.” (Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente - DMD, 2018). En esta forma de eutanasia, la víctima conserva el dominio del hecho, pues el sujeto pasivo, en última instancia, decide poner fin a su vida y es un tercero el que actúa a petición de ésta.

Finalmente, consideró la necesidad de que se regulara la forma en la que se presentaba el consentimiento del enfermo y la ayuda a morir, con el fin de evitar que se acudiera al homicidio por piedad y se causara la muerte equivocadamente a personas que quisieran seguir viviendo o que no sufrieran dolores intensos derivados de una enfermedad terminal. En consecuencia, exhortó al Congreso de la República para que expidiera la regulación correspondiente (CC, 1997).

De esta forma, la Corte Constitucional desarrolló una causal de ausencia de responsabilidad derivada del consentimiento. Aunque en la doctrina del Derecho Penal se desarrolló como una causal de ausencia de antijuridicidad del hecho punible, que este fuera cometido con el consentimiento de la víctima, en el Decreto 100, de 1980, el consentimiento no constituía una causal de ausencia de responsabilidad.

Aunque es razonable la despenalización del homicidio por piedad cuando es realizada por un médico, resulta debatible la

fundamentación de que solamente los profesionales de la salud pueden recibir el consentimiento de la víctima y puedan practicar la eutanasia. En efecto, es dudoso si, una persona que no es médica fuera castigada por practicar el homicidio por piedad, aunque la víctima haya emitido válidamente su consentimiento (causal de ausencia de antijuridicidad), pues también estaría desarrollando los principios de solidaridad y respeto a la autonomía de la víctima.

Pareciera ser que la razón por la cual la Corte terminó despenalizando la eutanasia solamente para los médicos respondió a la preocupación de que particulares cometieran el delito de homicidio y se beneficiaran de la aplicación del tipo penal más benigno de homicidio por piedad. Se determinó que los únicos habilitados para realizar la conducta eran los médicos, pues así se podía asegurar la centralización de los consentimientos en materia de muertes dignas. No obstante, esta es una fundamentación extrapenal, basada en la desconfianza hacia los particulares, y en la posibilidad que tienen de cometer el delito de homicidio y evadir el castigo.

De otro lado, la Corte Constitucional omitió pronunciarse sobre la eutanasia pasiva (Lozano Villegas, 2001, p. 100). Se entendería que tampoco sería punible la conducta del médico que, a petición del paciente, con el fin de evitarle intensos sufrimientos termina con su vida, a través de la suspensión de los tratamientos que permitirían alargar su existencia, pues si se despenalizó la acción, la omisión hubiera seguido el mismo camino. Este vacío permanece en la jurisprudencia posterior.

5 SENTENCIA C-233 DE 2021

El Congreso de la República expidió un nuevo Código Penal (Ley 599) en el año 2000 y en el artículo 106 reprodujo en su totalidad la descripción típica del delito de homicidio por piedad del artículo

326 del Decreto 100 de 1980. La constitucionalidad de este artículo fue demandada en el año 2021.

La Corte Constitucional decidió estudiar la demanda, pues el Congreso incurrió en desconocimiento de la cosa juzgada constitucional, al no incluir en el Código Penal del año 2000 el condicionamiento que el Alto Tribunal había hecho al tipo penal de homicidio por piedad, esto es la despenalización de la eutanasia para los médicos. Además, para ese momento se había desarrollado una firme jurisprudencia constitucional sobre el derecho a morir dignamente y ya se habían proferido varias leyes en torno al tema (Ley 1733 de 2014 –Ley de cuidados paliativos–, Ley 972 de 2005 –de atención a la población que padece enfermedades ruinosas o catastróficas– y la Ley 1996 de 2016 –sobre el ejercicio de la capacidad legal de personas con discapacidad mayores de edad–) y la regulación administrativa para acceder a este derecho por parte del Ministerio de Salud y Protección Social. Por lo tanto, el escenario normativo en el cual se debía interpretar la ley penal era diferente al de 1997 (CC, 2021).

En esta oportunidad, la Corte Constitucional reiteró las consideraciones expuestas en la sentencia C-239 de 1997, declaró que el artículo 106 del Código Penal es exigible y aclaró nuevamente que no incurre en el delito de homicidio por piedad: (i) el médico; (ii) que causa la muerte con consentimiento libre e informado, previo o posterior al diagnóstico, del sujeto pasivo; y (iii) este padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable. Con esto despenalizó nuevamente la eutanasia (CC, 2021).

No obstante, la decisión de la Corte Constitucional fue más lejos, y conforme a la jurisprudencia relativa al derecho a morir dignamente que había desarrollado para ese momento, agregó dos elementos a la despenalización de la eutanasia. El primero, relativo a

que la víctima no necesariamente debe sufrir una enfermedad terminal, sino es suficiente que padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, y el segundo, frente a la posibilidad de admitir el consentimiento sustituto y la voluntad anticipada (CC, 2021).

Exigir que el sujeto pasivo padezca una enfermedad terminal puede llevar al desconocimiento de la Constitución y a la prohibición de someter a una persona a tratos crueles, inhumanos o degradantes, en virtud a que:

- I. obligar a que una persona soporte el sufrimiento derivado de una enfermedad o lesión grave e incurable equivale a someterla a tratos y penas inhumanas, crueles y degradantes;
- II. no es justificable que una persona pueda elegir terminar su vida si padece una enfermedad terminal, mientras que otra que no la tiene no lo puede hacer, aunque también sufra dolores intensos, pues la diferencia entre ambas es el tiempo de espera para acabar con su sufrimiento;
- III. los graves padecimientos no constituyen en realidad un beneficio para el bien jurídico de la vida; y
- IV. en el ámbito del ejercicio del derecho fundamental a morir dignamente se da prevalencia a la identificación de la intensidad del sufrimiento conforme a lo que subjetivamente el paciente experimenta (CC, 2021).

Ahora bien, frente a las situaciones en las cuales el paciente ha perdido la conciencia y no puede emitir su consentimiento, la Corte Constitucional admitió la validez del consentimiento sustituto, para que las personas más cercanas al afectado que conocen mejor sus intereses críticos y su posición sobre la manera en que enfrentarían una condición de salud extrema puedan consentir la aplicación de la

eutanasia. Igualmente, un documento de voluntad anticipada también es válido, pues es una manifestación expresa del paciente sobre la forma en la que desea terminar su vida, en caso de que padeciera sufrimientos físicos o psicológicos extremos producto de una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable (CC, 2021).

Por último, el Alto Tribunal determinó que el homicidio por piedad realizado por un médico en las condiciones mencionadas (eutanasia), no constituye una causal de justificación (como había admitido previamente), sino que constituye una conducta atípica (CC, 2021).

Considero que esta solución de declarar que la eutanasia es atípica para despenalizarla es correcta jurídicamente, puesto que se incluyeron varios elementos negativos del tipo, los cuales en caso de que se presenten conjuntamente llevan a la atipicidad de la conducta y la consecuente eliminación de la persecución penal.

De otro lado no se aclaró el punto, de si un sujeto no calificado practica el homicidio por piedad con consentimiento de la víctima, también debe ser castigado, pues en este caso obraría amparado bajo una causal de ausencia de antijuridicidad (inciso 2º del artículo 32 del Código Penal). Igualmente, tampoco se abordó la hipótesis en la cual un médico induce al paciente para que se suicide en un contexto eutanásico (Barrientos Pérez, 2024, p. 23).

6 LA INDUCCIÓN O AYUDA AL SUICIDIO

6.1 SENTENCIA C-164 DE 2022

En la Sentencia C-164 de 2022 la Corte Constitucional estudió una demanda presentada en contra del inciso 2º del artículo 107 del

Código Penal relativo a la inducción o ayuda al suicidio cuando este se cometa con el fin de terminar con los intensos sufrimientos originados en una lesión corporal o en una enfermedad grave e incurable.

El Alto Tribunal reiteró su jurisprudencia sobre el tema y al igual que lo hizo con el delito de homicidio por piedad declaró exequible la norma demandada y aclaró que no se incurre en el delito de ayuda al suicidio, y por tanto se despenaliza, cuando:

- I. la acción es ejecutada por un medico;
- II. la víctima brindó su consentimiento libre, consciente e informado; y
- III. el sujeto pasivo sufre un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable (CC, 2022).

Agregó que, la muerte digna es un derecho autónomo fundamentado en la dignidad humana y la autonomía personal. Adicionalmente, morir dignamente puede ser materializado a través de los cuidados paliativos, la adecuación del esfuerzo terapéutico, y las prestaciones específicas para morir (CC, 2022).

Consideró que penalizar la muerte asistida médicamente es desproporcionado y que el legislador traspasó los límites constitucionales de configuración legislativa en materia penal. En efecto, no es una conducta abiertamente lesiva e intolerable para la sociedad que un médico asista a una persona que ha decidido terminar con su vida porque padece intensos sufrimientos por una enfermedad grave. Castigar esta conducta no tutela ningún bien jurídico protegido (CC, 2022).

No resulta coherente ni justo que el médico que realiza la eutanasia no reciba una sanción penal (artículo 106), mientras que,

quien ejecuta una ayuda médica al suicidio sea castigado, pues éste garantiza en mayor medida la dignidad humana y los derechos a la vida digna, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, pues en este caso el paciente decide libremente terminar con su vida y se auto administra el medicamento prescrito por el médico. El dominio sobre la acción es mayor que el de la eutanasia (CC, 2022).

El médico que realiza este comportamiento cumple con el principio constitucional de solidaridad que impone al Estado y a los particulares socorrer a los pacientes que tienen una grave situación de salud y voluntariamente solicitan la asistencia médica al suicidio. De igual forma, impedirle esta ayuda a la persona que la solicita sería contrariar el principio (CC, 2022).

En este caso, es entendible que la jurisprudencia de la Corte sea coherente y además de despenalizar la conducta para el médico que causa la muerte a un paciente por piedad, también elimine el castigo para el actuar del médico que le entrega los medios al paciente que comete suicidio. Sin embargo, nuevamente es el médico el único que puede recibir válidamente el consentimiento de la víctima y brindarle los medios para que ella, por sí misma, cometa suicidio.

7 EL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE Y SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Luego de que la Corte Constitucional declarara que la eutanasia practicada conforme a lo resuelto en la sentencia C-239 de 1997 no constituía un delito, en 7 ocasiones este Tribunal se pronunció sobre el derecho a morir dignamente por vía de tutela, con el fin de que pacientes que se encontraran padeciendo intensos dolores físicos o psicológicos y conscientemente expresaran su deseo de terminar con su vida no tuvieran obstáculos administrativos para que les fuera practicada la eutanasia.

El alto tribunal reiteró sobre el derecho a morir dignamente que:

el derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de autonomía como sujeto moral. (CC, 1997).

Igualmente, señaló nuevamente que la regulación del derecho a morir dignamente que debía expedir el Congreso debía contener como mínimo los siguientes 5 puntos:

- I. la verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir;
- II. la indicación clara de las personas que deben intervenir en el proceso;
- III. las circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento el paciente;
- IV. las medidas que deben ser usadas por el médico para obtener el resultado filantrópico; y
- V. la incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, para que la regulación penal sea solo la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones. (CC, 1997).

En la Sentencia T-970 de 2014 la Corte Constitucional estudió el caso de una paciente que en el 2008 fue diagnosticada con cáncer de colon que luego le hizo metástasis en la pelvis, pulmones y abdomen.

A causa de los malestares y fuertes dolores que le producían las quimioterapias, ella solicitó a la Entidad Prestadora de Salud (EPS) y a su médico tratante que le fuera practicado un procedimiento para morir dignamente. No obstante, su solicitud le fue negada porque si bien la eutanasia fue despenalizada, todavía no existía una regulación sobre cómo practicarla.

Aunque la solicitante murió antes de que la Corte profiriera la sentencia, el Alto Tribunal ordenó que se crearan comités médicos dentro de las EPS para que en el futuro se practicaran las eutanasias en el menor tiempo posible, con acompañamiento médico y teniendo siempre en cuenta el consentimiento y la opinión del paciente. Igualmente, señaló que en caso de que se presentara una objeción de conciencia de parte del médico tratante, la EPS debía asegurarse de que otro realizara el procedimiento (CC, 2014).

Posteriormente, en la Sentencia T-132 de 2016 un recluso solicitó que le practicaran la eutanasia porque durante su permanencia en el centro penitenciario enfrentó una enfermedad diverticular, varicocele bilateral, prostatitis crónica y pérdida de audición en su oído izquierdo. La Corte no tuteló su derecho a la muerte digna, pues él no padecía intensos sufrimientos de una enfermedad terminal o de una condición médica incompatible con la dignidad humana. No obstante, ordenó que se le prestaran los servicios de salud que requerían sus patologías.

En la Sentencia T-322 de 2017 la Corte se ocupó del caso de un hombre de 89 años de edad que solicitó que le practicaran el procedimiento de eutanasia, en razón a su avanzada edad, sus enfermedades, soledad y desamparo. Se determinó que el solicitante padecía depresión mayor severa, vértigo de Menniere e hipertensión arterial, lo cual no ponía en riesgo su salud ni llevaban su vida a condiciones de indignidad. Además, la sala de revisión encargada del

asunto dialogó con el solicitante y sus allegados y concluyó que su situación había cambiado, pues ya no tenía intención de morir, sino que buscaba vivir en condiciones de dignidad, en consecuencia, ya no requería el amparo a su derecho a morir dignamente.

En el mismo año, en la Sentencia T-423 de 2017 el Alto Tribunal se pronunció sobre la necesidad de que las EPS no impusieran barreras al ejercicio del derecho a morir dignamente, sin importar el lugar del país en el que se encontrara el paciente. Esto, a raíz de la acción de tutela interpuesta por la madre de una paciente que padecía un cáncer agresivo. Mientras ella se encontraba en la última etapa de su enfermedad, recibía morfina para el manejo del dolor y solicitó que le practicara la eutanasia. Sin embargo, la EPS se negó a hacerlo porque en la ciudad en donde residía no disponían de un comité médico que estudiara su solicitud. La paciente padeció intensos sufrimientos hasta que murió a causa de su enfermedad.

A través de la Sentencia T-544 de 2017 la Corte Constitucional abordó el tema de la eutanasia para niños, niñas y adolescentes y el consentimiento sustituto. Los padres de un menor de edad que padecía una parálisis cerebral severa solicitaron a su EPS que le practicara la eutanasia. No obstante, la EPS se negó al afirmar que no existía un procedimiento para la evaluación del consentimiento sustituto de los padres. El Alto Tribunal ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social que dispusiera lo necesario para que los prestadores del servicio tuvieran un comité interdisciplinario para garantizar el derecho a morir dignamente de los niños, niñas y adolescentes.

En la Sentencia T-721 de 2017 se analizó el caso de un paciente de 23 años que se encontraba en condición vegetativa permanente. Su madre solicitó el procedimiento de eutanasia a la EPS, la cual se negó a practicarlo porque ella no podía legalmente emitir el consentimiento sustituto y el paciente no sufría una enfermedad terminal. Aunque el

paciente murió mientras se estudiaba la acción de tutela interpuesta por su madre, la Corte resolvió que el consentimiento sustituto era válido y concluyó que la EPS no se esforzó por convocar un comité médico para determinar si el paciente tenía posibilidad de recuperación.

Finalmente, la Corte estudió en la Sentencia T-060, de 2020, la situación de una paciente de 94 años de edad que padecía trastorno de ansiedad, esquizofrenia, enfermedad de Alzheimer, hipotiroidismo, hipertensión arterial y enfermedad arterial oclusiva severa. La hija de la paciente solicitó que se le practicara la eutanasia, pero su solicitud le fue negada. El Alto Tribunal negó el amparo, pues consideró que la paciente no había sido diagnosticada con una enfermedad terminal, y señaló que la eutanasia es una manifestación del derecho a morir dignamente pero no la única. En consecuencia, debía intentarse aliviar el sufrimiento a la paciente y garantizar las mejores condiciones de vida posible en lo que le restaba de existencia.

En conclusión, la Corte Constitucional primero despenalizó la eutanasia activa, cuando estudió demandas en contra de los tipos penales de homicidio por piedad y ayuda o inducción al suicidio. Posteriormente, a través del conocimiento de acciones de tutela, estableció que la eutanasia no sólo era un comportamiento aceptado en el ordenamiento jurídico colombiano, sino también una manifestación del derecho a la muerte digna que debía ser protegido por el Estado y las entidades que prestan los servicios de salud.

8 LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En un reciente pronunciamiento (SP005-2023 del 25 de enero de 2023) la Corte Suprema de Justicia estudió un caso en el que estaban enfrentadas las posturas acerca de si se debía aplicar el tipo penal de

homicidio agravado o ayuda o inducción al suicidio. Para fundamentar su decisión, el Alto Tribunal hizo un recorrido por el estado de la discusión del suicidio, la eutanasia y la muerte asistida.

El caso consistió en que una joven de 20 años decidió poner fin a su vida en el año 2017. Así que, le pidió a un hombre, consumidor habitual de drogas y habitante de la calle, que le ayudara a suicidarse, a cambio de una suma de dinero. El hombre aceptó y se dirigieron a unas residencias en el centro de Manizales. Allí, la joven pagó por una habitación e ingresó con el hombre, luego de algunos minutos, él salió del cuarto vistiendo la chaqueta de ella y no regresó más. Horas después el cuerpo de la mujer fue encontrado bajo la ducha (la llave del agua estaba abierta) sobre cojines y cobijas. Ella tenía una cortada profunda en el cuello que le cercenó la vena yugular interna izquierda y le ocasionó un sangrado masivo seguido de la muerte. En la habitación se halló una nota escrita por la víctima en la que declaró que estaba allí por su propia decisión y aseguró que no había culpables (CSJ, 2023).

La Corte Suprema de Justicia señaló que, el ordenamiento jurídico colombiano no prohíbe el suicidio y tampoco criminaliza su tentativa. Además, recordó que en desarrollo de los derechos a la autonomía personal y la dignidad humana la Corte Constitucional despenalizó el homicidio por piedad y la ayuda o inducción al suicidio cuando son realizados por un médico y la víctima, de manera libre, voluntaria e informada, decide terminar con su vida a causa de intensos e insoportables sufrimientos provenientes de una enfermedad o lesión grave e incurable (CSJ, 2023).

Ahora bien, la justificación para la existencia del delito de inducción o ayuda al suicidio recae en la dificultad para determinar que el acto suicida fue ejecutado únicamente por la voluntad de la víctima. Así, es posible que existan manipulaciones o influencias indebidas de otras personas sobre la resolución del suicida y la decisión de morir

podría haberse tomado por alteraciones de tipo psiquiátrico (depresiones o inestabilidad emocional transitorias) o situaciones contextuales que impiden saber si la decisión fue precipitada o resultado de una reflexión consciente (CSJ, 2023).

En el caso concreto, el Alto Tribunal interpretó que en el inciso 2º del artículo 107 del Código Penal el agente (no cualificado) actúa movido por piedad, mientras que en la modalidad del inciso 1º del mismo artículo, el sujeto realiza la acción respetando la autonomía del suicida. Además, “no lleva a cabo su conducta principalmente por razones egoístas o intereses personales. El móvil fundamental del sujeto activo es la deferencia hacia un ejercicio de libertad, dignidad y autonomía del sujeto” (CSJ, 2023).

Frente al verbo rector de “ayudar”, la Corte argumentó que

no es suficiente alguna ayuda o cualquier ayuda. La colaboración puede ser útil en cierto sentido, pero esta clase de auxilio no realiza el verbo rector. La acción del sujeto activo puede contribuir a que el suicida alcance su objetivo. Sin embargo, tampoco ese comportamiento alcanza a ser típico. La ayuda efectiva implica que el concurso que presta el agente debe tener la idoneidad o aptitud suficiente para que el individuo que ha decidido poner fin a su vida lo logre (CSJ, 2023, p. 22).

En este punto se marcó la diferencia entre el homicidio y la ayuda al suicidio, puesto que si el agente realiza actos ejecutivos para causar la muerte del suicida la conducta punible será la de homicidio. Lo anterior, porque la única forma de asegurar que la decisión del suicida de terminar con su vida fue el resultado de su autonomía privada, es demostrar que el acto material final es ejecutado por la propia persona. Entonces, si en algún momento falta la voluntad suficiente para ejecutar la acción, el suicida no obra por decisión propia y si el tercero

materializa la muerte, éste cometerá el delito de homicidio (CSJ, 2023). En todo momento el suicida debe tener el control del proceso causal que desemboca en su propia muerte. La víctima debe conservar el dominio funcional del hecho, al punto que debe tener la capacidad para continuarlo o frenarlo. Entonces, si otra persona asesta el golpe final, su aporte habrá ido más allá de la simple ayuda. (CSJ, 2023).

Así, puede ocurrir que el sujeto haya manifestado su voluntad, incluso por escrito, de terminar con su vida, pero se arrepiente en último momento, y aun así la persona a quien le pidió su ayuda la mata, por ejemplo, por promesa remuneratoria o venganza, etc. En supuestos como estos la voluntad del tercero habrá prevalecido sobre la de la víctima, y entonces habría cometido homicidio (CSJ, 2023).

En el caso concreto, no se pudo determinar con base en las pruebas si fue la joven o el hombre quien realizó la cortada profunda en el cuello que finalmente ocasionó la muerte de la víctima. Por lo tanto, tras la imposibilidad de definir si el autor cometió el delito de homicidio agravado (por la remuneración) o la ayuda al suicidio, la Corte resolvió aplicar la duda en favor del procesado y condenarlo por el tipo penal más benigno, esto es, el de inducción o ayuda al suicidio (CSJ, 2023). Aunque esta fue la primera oportunidad en la que la Corte Suprema de Justicia se ocupó de definir los límites y características del tipo penal de inducción o ayuda al suicidio, su fundamentación sigue siendo controvertible y varios asuntos no tuvieron una respuesta satisfactoria.

En primer lugar, se estableció que el tipo penal de inducción o ayuda al suicidio se fundamenta en la dificultad probatoria para determinar que el acto suicida fue ejecutado únicamente por la voluntad de la víctima, libre de manipulaciones o influencias indebidas de otras personas. Esto sería cierto para el caso de la inducción, en donde el agente hace nacer la idea en la víctima de provocar su propia muerte,

caso en el cual, la resolución suicida no provendrá del sujeto pasivo, sino de otra persona, pero no sería aplicable para quien presta su ayuda al suicida, porque en esta situación la víctima es quien tiene la idea y domina el hecho hasta su terminación.

Por otro lado, si tal como lo estableció el Alto Tribunal, el suicidio ni su tentativa son comportamiento criminalizados, mucho menos lo sería la conducta de quien le presta una colaboración al suicida. Es decir, si la conducta del autor no es perseguida penalmente, el actuar del partícipe tampoco debería serlo, pues es menos grave.

En segundo lugar, el criterio de delimitación entre la ayuda al suicidio y el homicidio utilizado en este caso también es debatible. Este consistió en que si el “acto final” que causa la muerte es realizado por el agente, cometerá homicidio, mientras que, si es la víctima quien ejecuta el último movimiento que le pone fin a su vida, será ayuda al suicidio.

La Corte acude a la teoría del dominio del hecho para fundamentar que la víctima tendría el dominio funcional del hecho, si con su actuar finalmente causa su muerte, y con ello su voluntad suicida es la que impera. No obstante, esto resulta problemático, puesto que, muchas veces el actuar esencial que lleva a la comisión del delito no necesariamente corresponde al último acto ejecutivo ni realiza el verbo rector.

En este sentido, en el salvamento de voto que acompaña la Sentencia, se consideró que en la acción de “ayudar” estaría excluido cualquier aporte en la fase ejecutiva, lo cual corresponde a un entendimiento “naturalístico y obsoleto de la conducta humana relevante para el derecho penal” (Acuña Vizcaya, 2023, p. 14).

También resulta confusa la redacción del tipo penal del artículo 107 del Código Penal, puesto que la ayuda al suicidio debe ser “efectiva para su realización”. La interpretación de esta efi acia también es problemática pues podría comprenderse como esencial

para causar la muerte de la víctima, esto es que sin ella se frustra el éxito de la conducta, con lo cual nos encontraríamos nuevamente con la transformación de una participación a la autoría a través del dominio funcional del hecho.

Conforme a la solución propuesta por la Corte, la ayuda al suicidio quedaría reservada a aportes anteriores a la fase ejecutiva de la acción, los cuales no serían “efectivos” o “esenciales” para lograr el propósito suicida. Piénsese por ejemplo en el caso estudiado, si el hombre acompañó a la joven a la habitación y solamente presencié cómo ella se causó su propia muerte. En esta hipótesis podría decirse que cometió el delito de ayuda al suicidio conforme a la regla del alto tribunal, pero difícilmente se podría decir que prestó una “ayuda efectiva” en el suicidio de la víctima, con lo cual no cumpliría con ese requisito del tipo.

Finalmente, en el salvamento de voto se expuso la posibilidad de que en ejercicio del control difuso de constitucionalidad se inaplicara el artículo 107 del Código Penal para absolver al procesado, al considerar que disponer libremente de la vida es un derecho y por tanto no es posible castigar a quien ayuda a otro a ejercer un derecho. En esta medida tanto el suicida como quien le presta una ayuda eficaz deben quedar sin castigo penal (Acuña Vizcaya, 2023). No obstante, esta postura, aunque es posible jurídicamente, no fue acogida por la Sala.

9 LA LEGISLACIÓN PENAL ALEMANA

9.1 EL CÓDIGO PENAL ALEMÁN

El Código Penal de Alemania (Strafgesetzbuch) en la sección decimosexta de los delitos contra la vida contempla en los párrafos 216 y 217 los tipos penales de homicidio por petición y

ayuda profesional al suicidio, este último fue declarado contrario a la Constitución alemana (Grundgesetz) por parte del Tribunal Federal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht) en el año 2020.

Las conductas están descritas de la siguiente manera en el Código Penal alemán:

§ 216: Homicidio por petición

- 1) Si el occiso le ha pedido a otro que le cause la muerte a través de una petición expresa y seria, se impondrá una pena de prisión de seis meses a cinco años.
- 2) La tentativa es punible.

§ 217 Ayuda profesional al suicidio

- 1) Quien, con la intención de ayudar al suicidio de otra persona, le proporcione, permita o facilite de forma profesional la oportunidad para hacerlo, será castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una multa.
- 2) Quedan exentos de responsabilidad los participantes que no actúen de forma profesional y que sean familiares o allegados de los mencionados en el apartado 1⁵.

9.2 LA EUTANASIA

En el debate se privilegia el uso del término ayuda a morir (Sterbehilfe) y no eutanasia (Euthanasie) por cuanto ésta hace referencia a la historia del exterminio sistemático por parte de los Nazis de cerca de 200.000 personas que tenían discapacidades o enfermedades congénitas) (Sachen, 2025, p. 61).

La eutanasia activa está prohibida en Alemania. Esto es, el Código Penal alemán castiga conforme al parágrafo 212 (homicidio) o el 216 (homicidio a petición) a los profesionales de la salud y a otras personas que, por ejemplo, aplican medicamentos para acortar la vida del paciente, incluso con su consentimiento (RFI, 2020). Por su parte,

⁵ Traducción propia.

la eutanasia pasiva o (*pasive Sterbehilfe*), entendida como permitir la muerte a través de la renuncia a tomar medidas para prolongar la vida no es punible. Lo anterior, porque esta conducta implica una omisión y para que el autor sea responsabilizado por un actuar omisivo, debe demostrarse que ostentaba previamente una posición de garante, la cual desaparece cuando el paciente ofrece su consentimiento (Reinbacher, 2025, p. 98).

9.3 EL HOMICIDIO POR PETICIÓN

El homicidio por petición, la muerte asistida y la ayuda al suicidio es un tema bastante discutido en Alemania. Existe un conflicto entre la protección absoluta de la vida y el derecho a la autonomía personal de quien desea morir conforme a los artículos 1 y 2 de la Constitución (*Grundgesetz*), el cual incluye también el derecho a determinar en qué momento dejar de vivir. Por esto, la tentativa de suicidio no es castigada (Reinbacher, 2025, p. 85).

Respecto al delito de homicidio por petición del párrafo 216, la opinión dominante considera que es un tipo penal privilegiado derivado del tipo de homicidio del párrafo 212. Sin embargo, la jurisprudencia entiende este delito como un tipo penal independiente y especial, como *lex specialis* (Wessels; Hettinger; Engländer, 2025).

La fundamentación para la pena reducida del homicidio a petición recae en dos factores: una reducción del injusto a causa de la renuncia al bien jurídico por parte de la víctima y una disminución de la culpa debido a que el autor obra motivado por la compasión (Wessels; Hettinger; Engländer, 2025).

No obstante, es discutido, por qué se castiga el homicidio a petición, a pesar del deseo de morir de la víctima. Se argumenta que se intenta proteger el bien jurídico de la vida de una posible decisión

precipitada. La opinión dominante considera que el tipo penal busca mantener la prohibición de matar como manifestación de la prevención general. Igualmente, se busca prevenir un posible abuso, ya que, sin la tipificación penal del homicidio a petición, existe el riesgo de que alguien sea asesinado en contra de su voluntad bajo el pretexto de una supuesta autorización (Wessels; Hettinger; Engländer, 2025).

La petición de homicidio es más que un consentimiento y debe estar dirigida al autor. También debe ser expresa (concluyente y que no sea malinterpretada) y seria (proviene de un deseo informado y libre). No puede ser producto de amenaza, engaño o error. El actuar del agente debe estar dirigido por la petición de la víctima, en caso contrario será responsable por el delito de homicidio (Hilgendorf; Valerius, 2025).

9.4 LA AYUDA PROFESIONAL AL SUICIDIO

En el 2015 fue aprobada una ley que reformó el Código Penal y creó el tipo penal de ayuda profesional al suicidio del numeral 1º del párrafo 217. Con esto, se pretendía castigar a cualquiera que ayudara a alguien a quitarse la vida y de esta forma perseguir a las asociaciones o profesionales que ganaban dinero con la muerte de los suicidas (RFI, 2020).

Como consecuencia, los médicos y demás profesionales de la salud dejaron de hablarle de la posibilidad del suicidio asistido a sus pacientes con enfermedades terminales. Por lo tanto, muchos enfermos terminales decidieron viajar a Suiza o a Países Bajos en donde el suicidio asistido es legal. Por su parte, quienes por su estado de salud o sus medios económicos no pudieron viajar al extranjero, les pidieron a los miembros de su familia que les ayudasen a poner fin a su sufrimiento. Aunque ellos no fueron procesados conforme al numeral 2º del párrafo 217 del Código Penal, imponer esta carga a

los familiares resultaba desproporcionado. Por esta razón, asociaciones de enfermos terminales y profesionales de la medicina demandaron el numeral 1º del párrafo 217 ante el Tribunal Constitucional Federal (DW, 2020).

El alto tribunal declaró el 26 de febrero de 2020 que el párrafo 217 es incompatible con la Constitución, con lo cual el suicidio asistido es permitido nuevamente en Alemania. Entonces, los médicos pueden aconsejar a los pacientes sobre la existencia de esta opción y proveerles de medicamentos con los cuales se les causará la muerte, pero la víctima debe tomarlos por sí misma. Específicamente, conforme a los artículos 1 y 2 de la Constitución el derecho al suicidio autodeterminado tiene un gran valor, el cual incluye la libertad de quitarse a uno mismo la vida y de recurrir a servicios organizados ofrecidos por terceros para lograrlo (BVerfG, 2020).

Las condiciones exactas para ejercer este derecho deben ser aclaradas por el legislador. De otro lado, se debe evitar que una persona en una situación de necesidad por situaciones sociales o familiares encuentren ofertas de ayuda al suicidio. La muerte asistida debe continuar siendo una excepción. Los medios para suicidarse no deben estar disponibles sin más en internet o en el supermercado (Hilgendorf; Valerius, 2025).

10 COMPARATIVA ENTRE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE COLOMBIA Y ALEMANIA

Conforme a lo expuesto anteriormente, es posible establecer una comparación entre ambas legislaciones respecto a la penalización o la despenalización de las categorías que se han expuesto en este documento, esto es la tentativa de suicidio, la eutanasia, el homicidio a petición y la ayuda o inducción al suicidio. En el siguiente gráfico se presentan los resultados:

	Colombia	Alemania
Tentativa de homicidio	No punible	No punible
Eutanasia activa realizada por un médico	No punible. Sentencias C-239 de 1997 y C-233 de 2021. Sujeto activo calificado (médico), con consentimiento informado y para poner fin a intensos sufrimientos.	Punible. Dependiendo el caso, conforme al § 212 o § 216.
Eutanasia pasiva realizada por un médico.	No punible. Aunque en las sentencias C-239 de 1997 y C-233 de 2021 no se expresa en la parte resolutoria que se encuentra despenalizada. No obstante, se entiende que, si la conducta activa está despenalizada, la forma omisiva también.	No punible. La posición de garante del médico que es necesaria para la omisión se elimina por el consentimiento del paciente.
Homicidio a petición	Penal de prisión de 16 a 54 meses. Sujeto activo no calificado, con consentimiento y motivación especial (piedad).	Penal de prisión de seis meses a cinco años. § 216. Con consentimiento y motivación especial (compasión).
Ayuda al suicidio	Penal de prisión de 32 a 108 meses. Sujeto activo no calificado. Inciso 1 del artículo 107. Penal de prisión de 16 a 36 meses. Sujeto activo no calificado, motivación especial (piedad) para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de enfermedad grave e incurable. Inciso 2 del artículo 107. No punible. Sentencia C-164 de 2022. Sujeto activo calificado (médico), con consentimiento informado para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de enfermedad grave e incurable	No punible. BVerfG, sentencia del 26 de febrero de 2020.
Inducción al suicidio	Penal de prisión de 16 a 36 meses. Sujeto activo no calificado, con motivación especial (piedad) para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de enfermedad grave e incurable. Inciso 2 del artículo 107. No se ha definido si es punible para el médico. Ninguna sentencia de la Corte Constitucional ha analizado el tema	No existe en el Código Penal

La criminalización de la eutanasia en Colombia y en Alemania se ha desarrollado de distintas maneras. Aunque, los tipos penales tienen diferentes denominaciones y varían en sus elementos es posible encontrar puntos en común en ambos ordenamientos jurídicos. Este es un tema que llama bastante la atención en las sociedades occidentales, en virtud a que se relaciona con concepciones religiosas y morales. Acá se enfrentan las posturas de la protección irrestricta de la vida frente a la autonomía y la dignidad de las personas para elegir cómo morir.

En Colombia se ha tendido a la despenalización y a la regulación sanitaria de la eutanasia activa y la ayuda al suicidio cuando es realizada por profesionales de la salud, siendo además un hito en Latinoamérica (Estrella Saltos, 2024, p. 366; Estupiñán Achury; Rosso Gauta, 2022, p. 583). Así, la eutanasia activa fue permitida por la Corte Constitucional para el caso de los médicos –bajo determinadas circunstancias– en el año de 1997 y desde ese entonces se han ampliado las posibilidades y las hipótesis en las cuales el derecho a morir dignamente puede ser ejercido, por ejemplo, es permitida la participación de médicos en el suicidio, el consentimiento sustituto, la autorización previa y la eutanasia para niños, niñas y adolescentes (Restrepo Zapata, 2020). De otro lado, se penaliza el homicidio por piedad y la participación en el suicidio de la víctima para los sujetos no calificados.

En el caso alemán la eutanasia activa está prohibida, pero la eutanasia pasiva no es reprimida. Por su parte, la participación en el suicidio está permitida. Sin embargo, el derecho a morir dignamente no se ha reconocido a los niños, niñas y adolescentes (Sachen, 2025, p. 126).

Con esto, es posible afirmar que en Colombia el derecho a morir dignamente se encuentra garantizado en mayor medida que en Alemania, pues en nuestro país está despenalizado en más eventos y es un derecho exigible judicialmente en más circunstancias que en el país europeo. No obstante, este es un tema que se encuentra en permanente revisión y debate y los tribunales colombianos constantemente conocen casos de pacientes que reclaman la garantía de su derecho y la eliminación de barreras para su ejercicio.

11 CONCLUSIÓN

El derecho a morir dignamente frente a la regulación penal es un constante espacio de debate. La jurisprudencia de la Corte

Constitucional ha sido bastante prolífica sobre el tema y estuvo adelantada a su época cuando en 1997 despenalizó la eutanasia practicada por personal médico.

Desde esa época la Corte Constitucional ha intentado sobrepasar barreras provenientes principalmente del sistema de salud para que los pacientes que sufren dolores intensos producto de enfermedades graves e incurables puedan acceder al derecho a morir dignamente, a través de la eutanasia.

En el Código Penal colombiano se encuentran tipos penales que castigan el homicidio por piedad y la participación en el suicidio del sujeto pasivo. La existencia de estos delitos puede ser vistos como incoherentes frente a la despenalización de la eutanasia activa dictaminada por el tribunal constitucional. Igualmente, su fundamentación parece no corresponderse con el sistema racional y dogmático de derecho penal que se basa en los principios de última ratio y lesividad.

Adicional mente, la aplicación de estos tipos penales también es problemática dado su poco desarrollo en la jurisprudencia de los Tribunales penales nacionales y sus dificultades dogmáticas, particularmente en sus fundamentos y el poco estudio que han tenido sus elementos.

El ordenamiento jurídico colombiano frente al alemán resulta ser más garantista en materia de eutanasia, dado que esta despenalizada la eutanasia activa. Además, el derecho a morir dignamente ha tenido bastante desarrollo jurisprudencial y puede ser reclamado judicialmente por los ciudadanos en un amplio abanico de circunstancias.

REFERENCIAS

ACUÑA VIZCAYA, José Francisco. Salvamento de voto: Sentencia SP005-2023 del 25 de enero de 2023, rad. 62158.

ALEMANIA. Código Penal de Alemania (Strafgesetzbuch - StGH). 15 de mayo de 1871.

ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Bundesverfassungsgericht – BverfG), Sentencia del 26 de febrero de 2020.

BARRIENTOS PÉREZ, Deisy Janeth. Eutanasia, homicidio por piedad e inducción o ayuda al suicidio en el CP colombiano. **Nuevo Foro Penal**, Bogotá, Ed. Universidad EAFIT, v. 20, n. 103, p. 12-64, 2024.

BIBLIOTECA NACIONAL DE MEDICINA MEDLINEPLUS. Suicidio y comportamiento suicida. 2015. Disponible en: <<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001554.htm#:~:text=Es%20el%20acto%20de%20quitarse,estrellar%20un%20autom%C3%B3vil%20a%20prop%C3%B3sito>>.

COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia. Código Penal (Ley 599 de 2000).

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia (a) T-721 del 12 de diciembre de 2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia (b) T-544 del 25 de agosto de 2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia (c) T-423 del 4 de julio de 2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-164 del 11 de mayo de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-233 del 22 de julio de 2021.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-060 del 18 de febrero de 2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-970 del 15 de diciembre de 2014.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia SP005-2023 del 25 de enero de 2023, rad. 62158.

ESTRELLA SALTOS, Ronny Michael. La eutanasia en Colombia y Ecuador: derecho a una muerte asistida. En: **Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas (LEX)**, Quito, Ed. Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador (CIDE), v. 7, n. 24, p. 361-379, 2024.

DW. Ayudar a morir vuelve a ser legal en Alemania. Disponible en: <<https://www.dw.com/es/ayudar-a-morir-vuelve-a-ser-legal-en-alemania/a52544838>>.

ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; ROSSO GAUTA, María Camila. La eutanasia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana: herejías de la dignidad y del pluralismo. En: **DPCE Online**, v. 52, n. 2, p. 581-600, 2022.

FUNDACIÓN PRO DERECHO A MORIR DIGNAMENTE. Eutanasia. 2018. Disponible en: <<https://dmd.org.co/eutanasia-en-colombia/>>.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Strafrecht besonderer teil I: delikte gegen die person und gegen überindividuelle rechtsgüter: mit vielen fällen, beispielen und übersichten**. 2. ed. München: Beck, 2025.

LOZANO VILLEGAS, Germán. La eutanasia activa en Colombia: algunas reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional. En: **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, v. 11, p. 95-103, 2001.

Pesquisa Javeriana. El debate de la eutanasia en Colombia. 2022. Disponible en: <<https://www.javeriana.edu.co/pesquisa/eutanasia-en-colombia-argumentos/>>.

REINBACHER, Tobias. **Strafrecht besonderer teil I: nicht-vermögensdelikte**. Baden-Baden: Nomos, 2024.

RESTREPO ZAPATA, Marlon Alexis. Derecho a una muerte digna en menores de edad en Colombia, una protección jurisprudencial. En: **Diálogos de Derecho y Política**, Medellín, Ed. acultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, v. 10, n. 27, p. 52-81, 2020.

RFI. Alemania decide que el suicidio asistido es un derecho de los ciudadanos. 2020. Disponible en: <<https://www.rfi.fr/es/europa/20200228-alemania-decide-que-el-suicidio-asistido-es-un-derecho-de-los-ciudadanos>>.

SACHEN, Katharina. **Das recht auf selbstbestimmtes sterben im strafvollzug: eine verfassungs - und strafrechtliche einordnung**. Berlín: Duncker & Humblot, 2025.

WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael; ENGLÄNDER, Armin. **Strafrecht besonderer teil 1: delikte gegen die person und die allgemeinheit lehrbuch & entscheidungen**. 48. ed. Heidelberg: Müller, 2025.

Recebido em: 16-3-2026

Aprovado em: 21-4-2026

MEDIAÇÃO PREVENTIVA DE CONFLITOS E A CONSTRUÇÃO DA CULTURA DE PAZ NAS ESCOLAS¹

Rogério Medeiros Garcia de Lima²

*O Affaire revelou a enfermidade moral de que padece nossa brilhante sociedade. Até quando viverá este país sob o domínio da ignorância e do ódio?” (Anatole France, **Monsieur Bergeret em Paris**, p. 58, sobre o célebre *Affaire Dreyfus*).³*

¹ **Como citar este artigo científico.** LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Mediação preventiva de conflitos e a construção da cultura de paz nas escolas. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 285-319, jan.-abr. 2026.

² Desembargador e 3.º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Brasil. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Escola Judicial *Desembargador Edésio Fernandes*, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. No Brasil, o cargo de Desembargador equivale ao de Juiz da Corte Estadual de Apelações. Texto produzido para a palestra proferida durante o “II Congresso Internacional de Filosofia”, Universidad de Cartagena, Cartagena de Indias, Colombia, 20 de novembro de 2025.

³ O Caso Dreyfus (*Affaire Dreyfus*) foi um episódio trágico na História da França. “Em 1894, após julgamento em um Tribunal Militar feito a portas fechadas, o Capitão Alfred Dreyfus foi condenado à prisão perpétua na Ilha do Diabo, na Guiana Francesa, sob acusação de vender informações secretas aos alemães. O caso foi uma das maiores crises da Terceira República, tendo como pano de fundo a ascensão do antissemitismo na França da época – Dreyfus era judeu. Passaram-se doze anos até que familiares e apoiadores do Capitão de Artilharia conseguissem provar que ele tinha sido usado como bode expiatório e que as provas apresentadas contra ele eram falsas” (Mota, 2025).

RESUMO

Este texto aborda a elevada litigiosidade nas sociedades contemporâneas. Uma sociedade conflituosa é uma sociedade doente. A solução é consolidar a cultura da paz. No Brasil, país com elevado número de episódios de violência nas escolas, são desenvolvidas práticas de **justiça restaurativa** em busca da solução autocompositiva dos conflitos. A tarefa ultrapassa a esfera dos litígios judiciais. Torna-se indispensável à cessação dos conflitos nas sociedades contemporâneas. O mundo está carente de líderes que promovam a pacificação e não estimulem conflitos.

Palavras-Chave: Sociedade – Conflitos – Cultura – Paz – Escolas

ABSTRACT

This text addresses the high level of litigation in contemporary societies. A conflictual society is a sick society. The solution is to consolidate the culture of peace. In Brazil, a country with a high number of episodes of violence in schools, restorative justice practices are developed in search of a self-composing solution to conflicts. The task goes beyond the sphere of legal disputes. It becomes indispensable for the cessation of conflicts in contemporary societies. The world is in need of leaders who promote pacification and do not encourage conflicts.

Keywords: Society – Conflicts – Culture – Peace – Schools

SUMÁRIO. 1 Introdução. 2 Seres Humanos: Animais Políticos. 3 Civilização. 4 Hobbes e o “Estado de Natureza”. 5 Rousseau e o “Bom Selvagem”. 6 Estado e Poder Político. 7 Direito: Lei e Ordem. 8 Conflituosidade. 9 Aronson e o “Animal Social”. 10 Brasil: Sociedade Doente. 11 Construir a Cultura da Paz. 12 Justiça Restaurativa. 13 Conflituosidade nas Escolas. 14 A Comunicação e a Construção da Paz. 15 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este texto aborda a elevada litigiosidade nas sociedades contemporâneas. Uma sociedade conflituosa é uma sociedade doente. A solução é consolidar a cultura da paz.

Em capítulos sucessivos, alegaremos que os seres humanos, na clássica definição do filósofo grego Aristóteles, são animais políticos. Necessitam habitar a *polis* (cidade), com os semelhantes.

A **civilização** surge quando o caos e a insegurança chegam ao fim e a ordem social propicia a criação cultural.

O filósofo inglês Thomas Hobbes (1588-1679) definiu o “estado de natureza” como época de anarquia e violência. Criada a sociedade política, as pessoas cederam seus direitos naturais a um poder comum, a que se submetem por medo.

Em contraposição, o filósofo suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) conceituou o “bom selvagem”: no estado natural, somos gentis; porém, a sociedade restritiva força-nos a sermos hostis e agressivos. Para manter a ordem e evitar maiores desigualdades, as pessoas criaram a sociedade política, a autoridade e o Estado, mediante um contrato. Cederam ao Estado parte de seus direitos naturais e estabeleceram uma organização política com vontade própria, que é a vontade geral.

Surge o **Estado** como organização político-jurídica da sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado.

Associada ao Estado, advém a noção de **poder político**: possibilidade efetiva que tem o Estado de obrigar os indivíduos a fazer ou não fazer alguma coisa, em prol do interesse público.

Vinculado à **lei** e à **ordem**, o Direito é um conjunto de regras obrigatórias, que garantem a convivência social.

O advento da civilização, do Estado e do Direito não conteve o instinto humano para o conflito.

Segundo os psicólogos sociais norte-americanos Elliot e Joshua Aronson, o comportamento humano é moldado pelo ambiente social.

Com elevado número de litígios judiciais em curso, o Brasil é uma sociedade doente.

Urge a edificação da cultura da paz.

A **justiça restaurativa** é inovadora prática no campo penal *lato sensu*, com o foco nas vítimas.

Igualmente, são desenvolvidas as técnicas do **processo circular**.

O Brasil apresenta elevado número de episódios de violência nas escolas.

Em 2018, foi implantado em Minas Gerais o **Programa NÓS – Justiça Restaurativa** nas Escolas, para a solução autocompositiva de conflitos no âmbito das escolas.

A ação comunicativa, preconizada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, é capaz de promover o entendimento entre as partes em conflito.

Concluiremos no sentido de que a construção da cultura da paz vai além do âmbito dos litígios judiciais. É tarefa indispensável à cessação dos conflitos nas sociedades contemporâneas. O mundo está carente de líderes que promovam a pacificação e não estimulem conflitos.

2 SERES HUMANOS: ANIMAIS POLÍTICOS

Conforme Aristóteles, os seres humanos exibem dois traços fundamentais: são animais racionais e políticos. Distinguem-se pela razão, pois são capazes de pensar e refletir sobre o que fazem. Têm, sobretudo, capacidade de se assombrar e perguntar “por quê”: é o ponto de partida da Filosofia. Logo, são animais políticos. Necessitam habitar a *polis* (cidade), com os semelhantes (Savater, 2012, p. 38).

As necessidades vitais movem a vida social. Os seres vivos se associam para melhor lutar pela sobrevivência e mais facilmente satisfazer os imperativos de alimentação e defesa. Isolados, dificilmente resistiriam à hostilidade do meio.

Os primeiros estudos da vida social foram de natureza especulativa. Não se reportavam à sociedade como fato, mas projetavam a sociedade ideal (como deveria ser). Desse modo, especularam Platão, Santo Agostinho, Santo Tomás de Aquino, Santo Thomas Morus, Francis Bacon, Tommaso Campanella e outros tantos pensadores.

Aristóteles foi exceção. Possuía senso de objetividade e demonstrava segurança na observação. Contribuiu valiosamente para a ciência social.

Na Renascença, surgiram outros grandes pensadores, como Giambattista Vico, Montesquieu, Thomas Hobbes, Saint-Simon e Jean-Jacques Rousseau. Finalmente surgiu Auguste Comte (1798-1857). Com ele nasceu a Sociologia, sob forma verdadeiramente científica:

Dentro do espaço social, o homem vive dupla vida – como indivíduo e como *socius*.

Na vida individual é pessoa, ser humano autêntico, original. Atua em liberdade, vive vida própria, decide por si, em maneiras pessoais de pensar, agir e sentir.

Na vida social, porém, é parte de um todo, entrosado na totalidade e por ela condicionado. Vive vida padronizada, prefixada em função do conjunto em que se insere, vida exterior, impessoal, anônima, que é a mesma para todos. O *socius* é sempre um ser gregário, sempre uma peça num mecanismo qualquer – classe, grupo, profissão. Não tem vida pessoal, própria, vive a vida comum, coletiva, ditada de fora, por uma pressão externa. Embora conserve sua vida interior, suas maneiras de pensar, sentir e agir, só pode externá-las através de padrões comunais.

Quando o indivíduo age individualmente, toma suas decisões, escolhe sua conduta; quando age socialmente, segue conduta exterior, prefixada, comum a todos” (Nóbrega, 2007, p. 20-32).

Linguagem, religião, moral, Direito, arte, técnica e educação são exemplos de práticas comuns a todos: “Toda manifestação de vida social terá de enquadrar-se nesses moldes; do contrário, não será social, será um ato ou fato associal – de rebeldia, inconformismo, desajustamento” (Nóbrega, 2007, p. 32).

3 CIVILIZAÇÃO

Will Durant definia **civilização**:

É a ordem social a promover a criação cultural. Constituem-na quatro elementos: provisão econômica, organização política, tradições morais e acúmulo de conhecimentos e artes. Começa quando o caos e a insegurança chegam ao fim. Porque logo que o medo é dominado, a curiosidade e a construtividade se veem livres, e por impulso natural o homem procura a compreensão e o embelezamento da vida (Durant, 1957, p. 3).

O advento da civilização se deveu a: 1) condições **geológicas**: fim da era glacial e fuga das áreas de terremotos; 2) condições **geográficas**: busca de áreas chuvosas, para manter a vida; luz do sol; solo fértil; rios, para o transporte; costa marítima, para construir portos; e proximidade de uma rota comercial; e 3) condições **econômicas**: saída do estágio da caça; abandono do nomadismo; desenvolvimento da agricultura; fixação do ser humano, para cultivar o solo; acúmulo de provisões, para as incertezas do amanhã; construção de templos e escolas; invenção de instrumentos de trabalho; domesticação de animais; trabalho regular e ordenado; e transmissão aos filhos da

herança mental e moral da raça. Civilização sugere “cidade”. Sob um aspecto, a civilização é o hábito da civilidade; e civilidade é o refinamento só possível na *civitas*, ou na cidade (Durant, 1957, p. 3-4).

Prossegue o filósofo e historiador norte-americano:

Nas sociedades primevas, em que não há leis escritas, esses costumes vitais, ou morais, regulam toda a existência humana e dão estabilidade e continuidade à ordem. Através dos tempos - e pela continuada repetição - se tornam a segunda natureza do indivíduo; se ele os viola, sente um certo medo, incômodo e vergonha; temos aqui a origem daquela consciência, ou senso moral, que Darwin tinha como a mais impressionante diferença entre os animais e o homem. Em seu mais alto desenvolvimento, a consciência é consciência social – o senso de que o indivíduo pertence ao grupo e lhe deve lealdade e consideração. Moralidade é cooperação da parte com o todo, e de cada grupo com um grupo maior. Sem isto, a civilização se torna impossível (Durant, 1957, p. 41).

4 HOBBS E O “ESTADO DE NATUREZA”

Thomas Hobbes (1588-1679) foi um filósofo inglês. Viveu uma época de efervescência política e religiosa na Inglaterra. A Revolução Puritana era indiferente às questões políticas e provocava distúrbios.

Amigo dos realistas, da ordem e da autoridade, o filósofo elaborou a doutrina do poder político independentemente e superior às dissidências religiosas.

Seu ponto de partida é a antiga convicção de que o homem primitivo vivia fora da sociedade, em “estado de natureza”. Nele, as pessoas eram iguais e essencialmente egoístas; todas possuíam os mesmos direitos naturais; e não existia nenhuma autoridade ou lei.

Portanto, o “estado de natureza” foi uma época de anarquia e violência, em que o indivíduo levava uma vida “solitária, sórdida e brutal”. Ninguém era tão forte para não temer os outros; e nem tão fraco, para não oferecer perigo aos demais.

No intuito de encerrar esse período de violenta anarquia, as pessoas criaram, por um contrato, a sociedade política. Cederam seus direitos naturais a um poder comum, a que se submetem por medo; e que disciplina seus atos em benefício de todos:

Assim a soberania, que residia primitivamente em todos os homens, passa a ser propriedade da autoridade criada pelo contrato político. Essa autoridade, que pode ser um homem ou alguns homens, é um mandatário com poderes ilimitados, indiscutíveis e absolutos. O contrato que criou o poder ou o Estado, não pode ser rescindido jamais, porque isso importaria em a humanidade voltar à anarquia do estado de natureza. O Estado é um Leviatã, monstro alado, que sob suas asas poderosas abriga e prende para sempre o homem.

Hobbes nega aos homens o direito de resistência à tirania do soberano, mas, se uma revolução triunfar é porque o soberano não soube cumprir os deveres que o pacto político lhe impunha. Ainda que aconselhe tolerância em matéria religiosa, Hobbes atribui ao soberano poderes ilimitados, tanto em assuntos espirituais como temporais. [...]

Hobbes partiu da doutrina da igualdade dos homens e terminou preconizando o absolutismo do poder e, nesse sentido, suas ideias se acham no extremo da concepção da soberania” (Azambuja, 1982, p. 66-67).

Escreveu o Padre jesuíta Leonel Franca:

A condição primitiva da natureza humana, opina (Hobbes) com Epicuro, foi a vida isolada e independente, em que os homens, profundamente egoístas e isentos de qualquer lei moral, viviam em perpétua luta com os seus semelhantes: *bellum omnium*

in omnes, homo homini lupus. Compreendendo, porém que a guerra era inimiga do progresso e que a paz e a união seriam de maiores vantagens para os seus interesses, instituíram, por um pacto livre, a sociedade civil (Franca, 1978, p. 165).⁴

5 ROUSSEAU E O “BOM SELVAGEM”

O filósofo suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) estabeleceu um contraponto. Para Thomas Hobbes, no *Leviatã*, os seres humanos são brutais no estado de natureza. Rousseau conceituou o “bom selvagem”: no estado natural, somos gentis; porém, a sociedade restritiva força-nos a ser hostis e agressivos (Aronson; Aronson, 2023, p. 225).

O pensador genebrino admitia o “estado de natureza” mais explicitamente do que Thomas Hobbes, uma época primitiva em que o ser humano vivia fora da sociedade. Para ele, as pessoas nasceram livres, felizes e bondosas. A sociedade as tornou escravas, maldosas e desgraçadas:

A época de ouro do estado de natureza terminou devido ao progresso da civilização; a divisão do trabalho e a propriedade privada criaram diferenças irremediáveis entre ricos e pobres, poderosos e fracos. Para manter a ordem e evitar maiores desigualdades, os homens criaram a sociedade política, a autoridade e o Estado, mediante um contrato. Por esse contrato o homem cede ao Estado parte de seus direitos naturais, criando assim uma organização política com vontade própria, que é a vontade geral. Mas, dentro dessa organização, cada indivíduo possui uma parcela do poder, da soberania, e, portanto, recupera a liberdade perdida em consequência do contrato social. [...]

Como Hobbes, Rousseau dá como origem e titular do poder a massa do povo, mas, enquanto aquele, pela alienação dos

⁴ “*HOMO HOMINI LUPUS.* Pensamento de Plauto (em ‘Asinaria’, II, 4, 88), retomado por Bacon e Hobbes, que revela a natureza humana: ‘O homem é lobo para outros homens’.” (Magalhães Júnior, 1974, p. 146).

direitos naturais do homem em favor do soberano, chegou ao absolutismo do Estado, Rousseau, através de contradições inextricáveis, foi dar ao absolutismo das maiorias irresponsáveis (Azambuja, 1982, p. 69-70).

6 ESTADO E PODER POLÍTICO

Estado é a organização político-jurídica de uma sociedade, para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado (Azambuja, 1982, p. 27).

Associada ao Estado, surge a noção de **poder político**.

Com efeito, a convivência humana é social. A vida humana é essencialmente uma experiência compartilhada. Impõe, portanto, a formação de grupos sociais:

A convivência, seja dos indivíduos no interior desses grupos, seja de cada grupo com os demais, depende de um fator essencial: a existência de regras estabelecendo como devem ser as relações entre todos. Em uma palavra: a convivência depende da organização.

Os integrantes de cada grupo social – uma família, uma empresa, um clube, uma cidade, um país, o mundo – vivem sob regras comuns. O grupo social pode ser definido, portanto, como a reunião de indivíduos sob determinadas regras.

Para existirem tais regras, alguma força há de produzi-las; para permanecerem, alguma força deve aplicá-las, com a aceitação dos membros do grupo. A essa força, que faz as regras e exige o seu respeito, chama-se poder (Sundfeld, 1997, p. 21-22).

O poder é uma relação. Um indivíduo tem poder sobre outro, porque o obriga a fazer o que de outra forma não faria. Robinson Crusóé, solitário na ilha após um naufrágio, não detinha nenhum poder. Somente o adquire quando aparece o nativo Sexta-Feira (Sartori, 2009, p. 20).

Consoante Max Weber, o poder político é “a possibilidade de alguém impor a sua vontade sobre o comportamento de outras pessoas” (Galbraith, 1986, p. 2). É “a possibilidade efetiva que tem o Estado de obrigar os indivíduos a fazer ou não fazer alguma coisa, e seu objetivo deve ser o bem público”. Para Léon Duguit, “o que sempre é preciso explicar é como, em um grupo humano determinado, há certos indivíduos que podem legitimamente impor sua vontade aos outros indivíduos, pôr legitimamente em movimento um poder irresistível de coação” (Azambuja, 1982, p. 47). Afonso Arinos de Melo Franco definiu o poder político como “a faculdade de tomar decisões em nome da coletividade” (Bonavides, 1983, p. 107).

7 DIREITO: LEI E ORDEM

Miguel Reale assinalava que o Direito está associado à **lei** e à **ordem**:

É um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Assim sendo, quem age de conformidade com essas regras comporta-se **direito**; quem não o faz, age **torto**.

Direção, ligação e obrigatoriedade de um comportamento, para que possa ser considerado lícito, parece ser a raiz intuitiva do conceito de Direito. A palavra **lei**, segundo a sua etimologia mais provável, refere-se a ligação, liame, laço, relação, o que se completa com o sentido nuclear de **jus**, que invoca a ideia de jungir, unir, ordenar, coordenar.

Podemos, pois, dizer, sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. É a razão pela qual um grande jurista contemporâneo, Santi Romano, cansado de ver o Direito concebido apenas com regra ou comando, concebeu-o antes como ‘realização de convivência ordenada’.

De ‘experiência jurídica’, em verdade, só podemos falar onde e quando se formam relações entre os homens, por isso denominadas **relações intersubjetivas**, por envolverem dois ou mais sujeitos. Daí a sempre nova lição de um antigo brocardo: ***ubi societas, ibi jus*** (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: ***ubi jus, ibi societas***, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade.

O Direito é, por conseguinte, um **fato ou fenômeno social**; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua **socialidade**, a sua qualidade de ser social (Reale, 1980, p. 1-2; negritos no original).

8 CONFLITUOSIDADE

O advento da civilização, do Estado e do Direito não conteve o instinto humano para o conflito. Edgar Morin esboçou a “antropologia da barbárie humana”: “As ideias de ***Homo sapiens***, ***Homo faber*** e ***Homo economicus*** eram insuficientes: o ***Homo sapiens***, racional, pode ao mesmo tempo ser ***Homo demens***, capaz de delirar, de experimentar a loucura” (Morin, 2009, p. 11-12).

A Sociologia do século 19, ao tentar explicar o funcionamento e evolução das sociedades globais, veiculou a ideia da existência de um conflito permanente, que funciona como uma espécie de promotor do desenvolvimento:

Desde logo, com o chamado **darwinismo social**, de **Herbert Spencer**, criou-se a ideia de que as sociedades mais avançadas são aquelas que tiveram, de facto, condições para se adaptarem, o que lhes permitiu o alcance de tal condição, sendo que muitas outras se extinguíram pela incapacidade de se adaptarem; e, por outro lado, através do designado **materialismo histórico**, de Marx, criou-se a ideia de que a história das sociedades se repete num constante conflito entre classes, entre detentores e não detentores de **meios de produção**.

Para ele, a sociedade estaria reduzida a relações materiais de produção, em que os detentores dos **meios de produção** eram também os detentores do poder político, que cristalizavam e legitimavam exclusivamente em favor próprio; o processo revolucionário, de certa forma ilusório, tenderia apenas a mudar aqueles que comandavam a sociedade, porque, assim que outro **grupo social** adquirisse os **meios de produção**, apropriar-se-ia de imediato de todas as formas de poder. Na perspectiva marxista, o conflito apenas desembocaria num processo diferente quando as classes trabalhadoras – o proletariado – impusessem uma ditadura e alcançassem o poder, coletivizando os **meios de produção** e abolindo a propriedade privada (Teorias, 2025; negritos no original).

Os conflitos, na vida em sociedade, podem ocorrer entre indivíduos, grupos, povos ou nações:

Nas comunidades humanas, o **conflito** pode ser: a) **étnico ou racial** - por exemplo, entre brancos e negros norte-americanos; b) **religioso** - entre credos e seitas ou entre religiões, e no seio desta, por exemplo, no cristianismo, entre os professos dos três cultos em que ele se dividiu – católico, greco-ortodoxo e protestante ou reformista; c) **econômico** - o que resulta da concorrência entre industriais, entre comerciantes, entre empresas; ainda, o que tomou a denominação de – luta de classes – na Antiguidade, e em Roma, entre patrícios e plebeus; na Idade Média, entre suseranos e burgueses; nos tempos modernos, entre burgueses e proletários; e, entre estes a concorrência, a competição, nos locais ou nos mercados de trabalho; d) **político** – entre grêmios, partidos, facções, que detêm ou disputam o Poder; entre povos, nações, Estados, atingindo, com a guerra, o seu ponto culminante de tragédia ou de catástrofe; e) **ideológico** – quando suscitado por credos, por princípios, com os quais se pretende modificar ou substituir, por outro, um regime ou um sistema social, político, econômico, já ordenado ou estratificado pela tradição, pelo costume, ou com apoio em interesses de casta, de classe, de grupos, fortemente protegidos; e e) **escolástico** – por controvérsia e atritos de doutrina nos domínios da filosofia, da ciência, da arte, que desde a antiguidade grega se tornaram inevitáveis, se-

não, desde quando surgiu a primeira discussão sobre a origem do Universo – da natureza, do homem, de tudo que nos rodeia e envolve; do que nos foge ou se perde no fundo misterioso das coisas; do que somos ou do que seja a nossa vida e destino na ordem infinita dos seres” (Pimenta, 1963, p. 145; negritos no original).

Carl Schmitt (1888-1985), jurista alemão autoritário, publicou o texto *A noção de política*, no qual apontou o declínio do Estado liberal clássico, fragmentado entre as reivindicações individualistas da sociedade civil e as exigências do governo do Estado. Seria preciso superar as noções clássicas:

[Para Schmitt], convém pôr no centro da reflexão não a noção de Estado, mas a noção que permite compreendê-la e situá-la: **a de política**. “O conceito de Estado pressupõe o conceito de político”. “O Estado – ele especifica –, no sentido estrito da palavra, o Estado como fenômeno histórico, é um modo de existência (um estado) de um povo, o que faz a lei nos momentos decisivos [...]”. Isso até que parece muito razoável. Mas a questão se complica quando o teórico define a política: “A distinção específica do político, à qual podem se ligar os atos e os móveis políticos, é a discriminação entre o amigo e o inimigo [...] O sentido dessa distinção entre amigo e inimigo é expressar o grau extremo de união ou de desunião, de associação ou dissociação [...] O inimigo político não será necessariamente mau na ordem da moralidade ou feio na ordem estética; não desempenhará necessariamente o papel de um concorrente no nível da economia: poderá mesmo, em certas ocasiões, revelar-se vantajoso negociar com ele. [...]”. O raciocínio que se segue é bastante claro: quem diz inimigo, diz hostilidade e combate. “As concepções de amigo, de inimigo, de combate extraem sua significação objetiva da relação permanente mesma com este fato real: a possibilidade de provocar a morte física do homem”. Sendo assim, o Estado – dado histórico atual – é essa “unidade política”, esse “centro de decisão”, que “detém e concentra um enorme poder: ele tem a possibilidade de fazer a guerra e, portanto, de dispor abertamente da vida de seres humanos”

(Châtelet; Psier-Kouchner, 1983, p. 320-321; negritos no original).

A “**patologia social**”, por sua vez, estuda os males que atingem a sociedade, alguns em estado crônico ou que persistem com as próprias condições, também de ordem social, de onde derivam, quais sejam pobreza, criminalidade, etc. (Pimenta, 1963, p. 492).

Por fim, o historiador israelense Yuval Noah Harari lamenta a degradação do *Homo sapiens*:

Há 70 mil anos, o *Homo sapiens* ainda era um animal insignificante cuidando da sua própria vida em algum canto da África. Nos milênios seguintes, ele se transformou no senhor de todo o planeta e no terror do ecossistema. Hoje, está prestes a se tornar um deus, pronto para adquirir não só a juventude eterna como também as capacidades divinas de criação e destruição. Infelizmente, até agora o regime dos sapiens sobre a Terra produziu poucas coisas das quais podemos nos orgulhar. Nós dominamos o meio à nossa volta, aumentamos a produção de alimentos, construímos cidades, fundamos impérios e criamos grandes redes de comércio. Mas diminuímos a quantidade de sofrimento no mundo? Repetidas vezes, os aumentos gigantescos na capacidade humana não melhoraram o bem-estar dos sapiens como indivíduos e geralmente causaram enorme sofrimento a outros animais.

Nas últimas décadas, pelo menos fizemos algum progresso real no que concerne à condição humana, com a redução da fome, das pragas e das guerras. Mas a situação de outros animais está se deteriorando mais rapidamente do que nunca, e a melhoria no destino da humanidade ainda é muito frágil e recente para que possamos ter certeza dela.

Além disso, apesar das coisas impressionantes de que os humanos são capazes de fazer, nós continuamos sem saber ao certo quais são nossos objetivos e, ao que parece, estamos insatisfeitos como sempre. Avançamos de canos e galés a navios a vapor e naves espaciais – mas ninguém sabe para onde estamos indo. Somos mais poderosos do que nunca, mas temos pouca coisa a fazer com todo esse poder. O que é ainda pior, os humanos parecem mais irresponsáveis do que nunca. Deuses por mérito próprio, contando apenas com as leis da física para nos fazer

companhia, não prestamos contas a ninguém. Em consequência, estamos destruindo os outros animais e o ecossistema à nossa volta, visando a não muito mais do que nosso próprio conforto e divertimento, mas jamais encontrando satisfação. Existe algo mais perigoso do que deuses insatisfeitos e irresponsáveis que não sabem o que querem? (Harari, 2016, p. 427-428).

9 ARONSON E O “ANIMAL SOCIAL”

Os psicólogos sociais norte-americanos Elliot e Joshua Aronson – pai e filho – publicaram o excelente livro *O animal social*:

É uma das obras mais influentes no campo da psicologia social. Considerado um clássico, o livro explora de maneira clara e acessível como o comportamento humano é fortemente moldado pelo ambiente social e como fatores como conformidade, persuasão, preconceito e tomada de decisão influenciam nossas vidas diárias (Nunan, 2025).

Elliot, o pai, relata:

As pessoas da minha geração viveram uma era de horrores indizíveis: o Holocausto na Europa, o lançamento de bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, a Guerra da Coreia e as guerras no Sudeste Asiático e no Oriente Médio, para mencionar apenas algumas. Nos anos seguintes, também fomos testemunhas de intermináveis guerras civis na América Central; o massacre de mais de um milhão de civis nos campos de extermínio do Camboja; a ‘limpeza étnica’ na Bósnia; os banhos de sangue em Ruanda, Sudão e Argélia; os ataques suicidas de 11 de setembro em nosso próprio solo e as retaliações norte-americanas no Afeganistão e Iraque, e assim por diante. Por mais horrendos que sejam esses eventos, mortes em massa certamente não são peculiaridades de nossa era (Aronson; Aronson, p. 223-224).

Prosseguem os autores:

(**Agressão** é) uma ação intencional, que visa a causar dano ou dor física ou psicológica. Quer atinja a sua meta, ou não, ainda é uma agressão. [...] Por essa definição, nós, humanos, provamos que somos uma espécie particularmente agressiva. Nenhum outro animal, de forma tão consistente e arbitrária, agride, tortura e mata membros de sua própria espécie. Durante séculos, filósofos têm discutido a razão para isso: a agressividade seria um fenômeno inato ou precisa ser aprendida? Thomas Hobbes, em sua obra clássica, **Leviatã** (publicada pela primeira vez em 1651), adotou a ideia de que nós, seres humanos, em nosso estado natural, somos brutos, e que só pela aplicação da lei e ordem da sociedade podemos conter aquilo que, para ele, seria o instinto natural da agressão. Em contraste, o conceito do bom selvagem de Jean-Jacques Rousseau (teoria que ele desenvolveu em 1752) sugeriu que nós, seres humanos, em nosso estado natural, somos criaturas *gentis*, e que é a sociedade restritiva que nos força a ser *hostis* e agressivos. A visão mais pessimista, de Hobbes, foi ampliada no século 20 por Sigmund Freud, que teorizou que os seres humanos nascem com um impulso instintivo pela vida, que ele chamou de **eros**, e um impulso instintivo pela morte, **tânatos**, levando a ações agressivas. A respeito do instinto de morte, Freud escreveu: ‘Esse instinto está em atividade em toda criatura viva e procura levá-la ao aniquilamento, reduzir a vida à condição original de matéria inanimada. [...]’

Hoje, cientistas da psicologia em diversas disciplinas entendem que a ‘agressividade’ é tanto biológica **quanto** aprendida, parte de nossa herança evolutiva – e o mesmo se pode dizer das forças compensadoras que promovem altruísmo e cooperação (Aronson; Aronson, p. 224-225; negritos no original).

10 BRASIL: SOCIEDADE DOENTE

O Brasil desta primeira quadra do século 21 é uma sociedade doente. Doente em estado grave.

A polarização política disseminou o ódio nas redes sociais. As pessoas desaprenderam a debater civilizadamente. Agridem-se

em círculos familiares, profissionais, educacionais e pelos meios de comunicação social. Não somente por causa de política, mas também de religião, sexualidade, futebol e outros assuntos palpitantes (Garcia de Lima, 2020, p. 427-466).

Nosso país apresenta estatísticas de litígios judiciais indicadoras de uma verdadeira patologia social. Os números do ano de 2024 assustam: são 84 milhões de processos a tramitar em todo o Poder Judiciário (Notícias do CNJ, 28-5-2024); o Supremo Tribunal Federal – Corte Constitucional brasileira, composta por onze ministros – recebeu 80.212 processos novos (Portal Migalhas, 19-12-2024); e o Superior Tribunal de Justiça – a mais elevada Corte infraconstitucional brasileira, composta por 33 ministros – recebeu cerca de 500 mil processos novos (Notícias do STJ, 19-12-2024).

A alta litigiosidade não é fenômeno verificável exclusivamente no Brasil. Segundo o Magistrado e jusfilósofo francês Antoine Garapon, o controle crescente da Justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos contemporâneos. Juízes são chamados a manifestar em número cada vez mais extenso de setores da vida social (Garapon, 1999, p. 24).

11 CONSTRUIR A CULTURA DA PAZ

Diante da judicialização em escala global, o jurista italiano Mauro Cappelletti reconheceu a necessidade de um novo modelo de Justiça:

Muito importante é a substituição da justiça contenciosa por aquela que denominei de “**justiça coexistencial**”, isto é, baseada em formas conciliatórias. [...] Sobre a justiça do caso concreto – justiça legal, técnica, profissional –, deve prevalecer, precisamente, aquela a que insisto em chamar “**coexistencial**”;

ou seja, uma justiça que tenha em vista a inteira situação na qual se inseria o episódio contencioso, e que tenda a “curar”, não a exasperar, a situação de tensão.

É óbvio que o êxito da justiça coexistencial dependerá em larga medida da autoridade do “conciliador”, uma autoridade que, porém, não deve ser a autoridade oficial do juiz – a *potestas ius dicendi* –, mas deverá ser antes uma autoridade social – moral, cultural, política em sentido amplo – a autoridade do amigo, do vizinho, de quem, em suma, se legitime a representar dado grupo ou comunidade. Ter-se-ão, pois, as mais diferenciadas espécies de mediadores ou conciliadores (ou de *ombudspersons*): de bairro, de fábrica, de escola, de hospital etc. Não é por acaso que se fala também de “justiça social” e de “tribunais sociais”, exatamente para contrapô-los à justiça e aos tribunais “jurídicos” ou “oficiais” (Cappelletti, 1992).

O Professor Frank Ernest Arnold Sander, da Universidade de Harvard, criou a expressão “Justiça Multiportas” em 1976, numa conferência (*Pound Conference*) convocada pelo presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Warren Burger:

No sistema de múltiplas portas, o jurisdicionado, diante das peculiaridades do caso concreto, será orientado a optar pelo meio mais adequado de resolução do seu problema, seja ele auto ou heterocompositivo.

Assim sendo, na estrutura alicerçada no *Multi-door Courthouse*, para cada tipo de controvérsia, há uma determinada forma de solução mais adequada, de modo que, em certos casos, a melhor solução será obtida pela mediação; enquanto em outros, pela conciliação; outros ainda pela arbitragem; e, finalmente, os que serão melhor resolvidos pela decisão do juiz estatal ou qualquer outro meio considerado adequado” (O Sistema, 2023).

No Brasil, o Magistrado e Professor Kazuo Watanabe aponta a necessidade de superação da “cultura da sentença” e a busca dos métodos de solução de conflitos fora do Poder Judiciário (Portal

Conselho da Justiça Federal, 25-7-2016). É um passo importante para construirmos a **cultura da paz**.

Os métodos alternativos de solução de conflitos foram expressamente incluídos no Código de Processo Civil brasileiro (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015):

Art. 3.º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1.º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2.º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3.º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

[...]

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1.º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2.º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3.º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

12 JUSTIÇA RESTAURATIVA

A **justiça restaurativa** é inovadora prática no campo penal *lato sensu*:

A justiça restaurativa se apresentaria como uma contraproposta à racionalidade punitivista que conduz o modelo dominante, na tentativa de implementar algo melhor do que o sistema penal. Justamente por isso, discussões sobre a reparação e a retribuição, sobre as finalidades da pena e as funções atribuídas à reparação ou, ainda, sobre a reincidência e a (re)estabilização do tecido social comunitário através de medidas desencarceradoras são constantemente travadas entre os entusiastas do novo modelo e os juristas mais conservadores. Isso porque, existe um espaço de intersecção entre o campo penal e o campo restaurativo que, por estarem em constante tensão, forjam iniciativas que tendem para a autonomia ou a completa subordinação das práticas restaurativas à racionalidade penal, a depender dos atores que conduzem o “*locus*” de inserção e determinam os conteúdos dessas novas ferramentas. [...]

Pode-se afirmar que o desenvolvimento da justiça restaurativa no país ocorre em dois tempos contínuos: o primeiro foi caracterizado como o período da “implantação” de experiências-piloto financiadas em parceria com o Ministério da Justiça, o Poder Judiciário e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, durante os anos de 2005 a 2010, como resultado do Projeto BRA/05/009 – Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro.

Nessa fase, três projetos foram implementados e gerenciados por magistrados estaduais: a ação nominada ‘Justiça e Educação: uma parceria para a cidadania’, foi desenvolvida na Vara da Infância e da Juventude de São Caetano do Sul, São Paulo; por sua vez, no Distrito Federal, a ação foi alicerçada junto ao Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirantes; por fim, alocado na 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, implementou-se o projeto “Justiça para o Século 21”, voltado para os casos envolvendo jovens infratores. Se, no primeiro momento citado, coube ao Poder Executivo impulsionar a justiça restaurativa no país, a segunda fase (de 2010 em diante), que é demarcada pela institucionalização-expansão das práticas, dá-se sob o protagonismo do Poder Judiciário, que incentiva (e define como meta) a implementação

de novas experiências nas varas e tribunais ao redor do país. Ademais, frente à inércia do Poder Legislativo, esse mesmo ativismo da magistratura estadual junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) culminou na edição de resoluções que servem de referência para novos programas experimentais – aqui, cita-se a normativa CNJ 125/2010 e a CNJ 225/2016, esta última tida como uma das mais importantes balizadoras da matéria” (Oliveira, 2025).

A justiça restaurativa tem o foco nas vítimas, conforme Raffaella da Porciúncula Pallamolla:

A justiça restaurativa se destaca no cenário internacional contemporâneo como uma forma de resolução de conflitos diversa do modelo penal tradicional. Inspirada, principalmente, no abolicionismo e no movimento vitimológico iniciado nos anos 80, a justiça restaurativa surge como uma resposta à pequena atenção dada às vítimas no processo penal e em razão do fracasso da pena privativa de liberdade para promover a ressocialização do condenado. A investigação permitiu que o modelo de justiça restaurativa possui princípios diversos do modelo de justiça criminal e sustenta, dentre outras coisas, a participação da vítima na resolução dos conflitos, a reparação do dano e a responsabilização de maneira não estigmatizante e excludente. Visa a reduzir a imposição de penas (principalmente a privativa de liberdade), com a inclusão de formas não violentas de resolução de conflitos que privilegiam o diálogo entre as partes implicadas no delito (Macedo, 2013, p. 98).

Igualmente, são desenvolvidas as técnicas do **processo circular**:

O processo circular é uma metodologia de organização de diálogo, reflexão e possível desenvolvimento de planos de ação, que foi estruturada a partir de diversos preceitos. A inspiração de base para essa técnica foi o estilo e os princípios das reuniões

tribais de nativos norte-americanos tanto do Canadá quanto dos Estados Unidos. [...]

Também se baseando no modelo das reuniões circulares promovidas por nativos norte-americanos, de 1994 até 2003, a pesquisadora norte-americana Kay Pranis implementou projetos envolvendo a aplicação de processos circulares no Departamento Correcional de Minnesota (EUA). A partir de seus estudos e experiências, Pranis formulou a técnica dos “Círculos de Construção de Paz. [...]

Como primeiro lembrete, é preciso frisar que **os processos circulares NÃO se resumem às práticas restaurativas**, embora possam ser utilizados para abordar situações de conflito (Brancher, 2011, p. 6). As práticas restaurativas e os círculos possuem o que Leoberto Brancher chama de “conexão estratégica”, mas estes também podem ser usados, por exemplo, para organizar diálogos, traçar estratégias de intervenção e integrar equipes, celebrar conquistas, acolher novas pessoas em um grupo, dialogar sobre temas em sala de aula, organizar reflexões coletivas, etc. Não há necessidade de existir um conflito para se realizar um círculo, de modo que o “círculo restaurativo” é apenas uma das várias espécies do gênero “processos circulares” ou “círculos de construção de paz”.

Os círculos, por seus princípios de horizontalidade e liderança compartilhada, são de grande valor para concretizar experiências democráticas, dando voz e vez a todos que estejam interessados ou implicados em determinada situação. Assim, quanto mais nossas instituições e comunidades amadurecerem sua ideia de democracia a partir de vivências dialógicas, mais fácil será exportar esse modelo para ambientes externos, favorecendo a construção de uma sociedade mais inclusiva e plural (Brancher, 2011, p. 5-6).

A compreensão dos círculos se aprimora principalmente pela prática, por isso fazemos o convite para que os facilitadores pratiquem suas habilidades, inicialmente, conduzindo círculos voltados à integração de equipes ou mesmo experimentando o uso da metodologia em reuniões de trabalho”. (Bonavides; Souza, 2020; negritos no original).

13 CONFLITUOSIDADE NAS ESCOLAS

No período de 2001 a 2018, ocorreram dez ataques às escolas. Na maioria desses anos, não ocorreu nenhum atentado (2004-2007,

2009-2010, 2013-2016). A partir de 2019, no entanto, observamos um aumento significativo desses episódios de violência extrema. Com exceção ao ano de 2020, no qual as escolas permaneceram fechadas em razão da pandemia de SARS-CoV-2, a Covid-19, todos os anos desde então tiveram ao menos dois ataques. O quadro se acentua gravemente em 2022 e 2023, período em que ocorreram dez e quinze ataques, respectivamente. Apenas em 2023, nove pessoas morreram e 29 ficaram feridas em ataques violentos contra as escolas. Esses ataques se diferenciam de outras formas de violência escolar, como discriminação, *bullying*, conflitos entre alunos, ocorrências relacionadas à criminalidade urbana e crimes patrimoniais contra as escolas. Como explica Victor Grampa, um dos contendedistas do curso “Recomendações para Proteção e Segurança no Ambiente Escolar”, desenvolvido pelo Ministério da Educação, esses episódios podem ser caracterizados como ataques intencionais e premeditados, direcionados ao ambiente e à comunidade escolar, atentando contra a vida e a integridade física das pessoas, por meio do uso de armas de diversos tipos.

Em resposta aos ataques de violência extrema contra escolas ocorridos nos últimos anos, o Estado brasileiro criou o Sistema Nacional de Acompanhamento e Combate à Violência nas Escolas - Snave, em agosto de 2023. A regularização do Snave, por meio do Decreto n.º 12.006, de 24 de abril de 2024, estabeleceu diretrizes de atuação em várias frentes: a produção de estudos e levantamentos detalhados de ocorrências de violência escolar, a sistematização de medidas eficazes de gestão para o combate à violência, a promoção de programas educacionais e sociais destinados a formar uma cultura de paz, o assessoramento direto às escolas consideradas violentas e o apoio psicossocial aos membros da comunidade escolar que sejam vítimas de violência, tanto no ambiente escolar quanto em seu entorno (Portal Gov.br, 9-11-2025).

Em 2018, foi implantado em Minas Gerais o **Programa NÓS – Justiça Restaurativa** nas Escolas, para a solução autocompositiva de conflitos no âmbito escolar. Resulta de um acordo de cooperação técnica entre o Estado de Minas Gerais, o Município de Belo Horizonte, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região. De acordo com a coordenadora do projeto **Clima Escolar** da Secretaria Municipal de Educação (Belo Horizonte), Cristine Dantas Jorge, atualmente a rede municipal conta com 160 escolas que aderiram ao Programa NÓS: “Desde 2017, já temos 638 profissionais capacitados das escolas e 101 câmaras de prática restaurativa implantadas. Vamos capacitar mais 200 profissionais. É muito importante esse projeto porque, aliado ao nosso plano de convivência escolar, pretendemos desconstruir esse lado da questão punitiva da educação”, afirmou (Portal TJMG, 12-5-2025).

14 A COMUNICAÇÃO E A CONSTRUÇÃO DA PAZ

O filósofo alemão Jürgen Habermas considera a **esfera pública** essencial para a tomada de decisões políticas. Nela se processa uma **ação comunicativa** entre o Estado, agentes políticos, agentes econômicos e outros setores da sociedade civil (Habermas, 1997, p. 92).

Conforme Habermas, o uso da linguagem é capaz de promover o entendimento entre os participantes de discussões a respeito do assunto a ser discutido, validade e legitimidade da participação de cada um e outros aspectos.

Assim, não é qualquer discussão que se transforma em uma ação comunicativa, na esfera pública. Há uma série de condições a serem respeitadas para que isso aconteça, por exemplo: todos podem

falar livremente, sem constrangimento e coerção; cada pessoa deve respeitar o outro e seu direito de ter uma opinião diferente; e cada um deve, de antemão, mostrar-se disposto a ouvir o outro e a mudar de opinião (Martino; Marques, 2018, p. 83-84).

Lamentou Jürgen Habermas, todavia, porque atualmente a esfera pública, em que se destacaram grandes intelectuais, experimenta um acelerado processo de deterioração:

[Os intelectuais] não podem existir, se já não há mais leitores aos quais continuar alcançando com seus argumentos. [...] Desde Heinrich Heine, a figura histórica do intelectual ganhou importância junto com a esfera pública liberal, em sua configuração clássica. No entanto, esta vive de certos pressupostos culturais e sociais inverossímeis, principalmente da existência de um jornalismo desperto, com meios de referência e uma imprensa de massa capaz de despertar o interesse da grande maioria da população para temas relevantes na formação da opinião pública. E também da existência de uma população leitora que se interessa por política e tem um bom nível educacional, acostumada ao processo conflitivo de formação de opinião, que reserva um tempo para ler a imprensa independente de qualidade. Hoje em dia, essa infraestrutura não está mais intacta. Talvez, que eu saiba, se mantenha em países como Espanha, França e Alemanha. Mas também neles o efeito fragmentador da Internet deslocou o papel dos meios de comunicação tradicionais, pelo menos entre as novas gerações. Antes que entrassem em jogo essas tendências centrífugas e atomizadoras das novas mídias, a desintegração da esfera populacional já tinha começado com a mercantilização da atenção pública. Os Estados Unidos com o domínio exclusivo da televisão privada é um exemplo chocante disso. Hoje os novos meios de comunicação praticam uma modalidade muito mais insidiosa de mercantilização. Nela, o objetivo não é diretamente a atenção dos consumidores, mas a exploração econômica do perfil privado dos usuários. Roubam-se os dados dos clientes sem seu conhecimento para poder manipulá-los melhor, às vezes até com fins políticos perversos, como acabamos de saber pelo escândalo do Facebook (Habermas, 2018).

A **comunicação não-violenta** (também conhecida pela sigla **CNV**) é indispensável às práticas autocompositivas. A técnica foi desenvolvida, nos anos 1960, pelo psicólogo norte-americano Marshall Rosenberg (Goloni, 2025).

15 CONCLUSÃO

Neste artigo, abordamos a elevada litigiosidade nas sociedades contemporâneas. Uma sociedade conflituosa é uma sociedade doente. A solução é consolidar a cultura da paz.

Os seres humanos, na clássica definição do filósofo grego Aristóteles, são animais políticos. Necessitam habitar a *polis* (cidade), com os semelhantes.

A **civilização** surge quando o caos e a insegurança chegam ao fim e a ordem social propicia a criação cultural.

Temos aqui a origem daquela consciência, ou senso moral, que Darwin tinha como a mais impressionante diferença entre os animais e o homem. Em seu mais alto desenvolvimento, a consciência é consciência social – o senso de que o indivíduo pertence ao grupo e lhe deve lealdade e consideração. Moralidade é cooperação da parte com o todo, e de cada grupo com um grupo maior. Sem isto, a civilização se torna impossível (Durant, 1957, p. 41).

O filósofo inglês Thomas Hobbes (1588-1679) definiu o “estado de natureza” como época de anarquia e violência. Para encerrar esse período anárquico, os homens criaram, por um contrato, a sociedade política. Cederam seus direitos naturais a um poder comum, a que se submetem por medo; e que disciplina seus atos em benefício de todos.

Os homens, profundamente egoístas e isentos de qualquer lei moral, viviam em perpétua luta com os seus semelhantes: *bellum omnium in omnes, homo homini lupus*. Compreendendo, porém que a guerra era inimiga do progresso e que a paz e a união seriam de maiores vantagens para os seus interesses, instituíram, por um pacto livre, a sociedade civil” (Franca, 1978, p. 165).

Em contraposição, o filósofo suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) conceituou o “bom selvagem”: no estado natural, somos gentis; porém, a sociedade restritiva força-nos a ser hostis e agressivos. Para manter a ordem e evitar maiores desigualdades, as pessoas criaram a sociedade política, a autoridade e o Estado, mediante um contrato. As pessoas cedem ao Estado parte de seus direitos naturais, estabelecendo assim uma organização política com vontade própria, que é a vontade geral.

Surgiu o **Estado** como organização político-jurídica da sociedade, para realizar o bem público com governo próprio e território determinado.

Associada ao Estado, advém a noção de **poder político**, possibilidade efetiva que tem o Estado de obrigar os indivíduos a fazer ou não fazer alguma coisa, em prol do interesse público. Em visão mais democrática, Afonso Arinos de Melo Franco definiu o poder político como “a faculdade de tomar decisões em nome da coletividade” (Bonavides, 1983, p. 107).

Vinculado à **lei** e à **ordem**, o Direito é um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social.

Podemos, pois, dizer, sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir

sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. [...]. Daí, a sempre nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito) (Reale, 1980, p. 1-2).

O advento da civilização, do Estado e do Direito, contudo, não conteve o instinto humano para o conflito.

Segundo os psicólogos sociais norte-americanos Elliot e Joshua Aronson, o comportamento humano é moldado pelo ambiente social. “Cientistas da psicologia em diversas disciplinas entendem que a ‘agressividade’ é tanto biológica **quanto** aprendida, parte de nossa herança evolutiva – e o mesmo se pode dizer das forças compensadoras que promovem altruísmo e cooperação” (Aronson; Aronson, p. 224-225; negrito no original).

Com elevado número de litígios judiciais em curso, o Brasil é uma sociedade doente.

Urge a edificação da cultura da paz. Os métodos alternativos de solução de conflitos foram expressamente previstos pelo Código de Processo Civil brasileiro (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015) e a Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015 (dispõe sobre a mediação entre particulares, como meio de solução de controvérsias; e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública).

A **justiça restaurativa** é inovadora prática no campo penal *lato sensu*, com o foco direcionado às vítimas.

Do mesmo modo, são desenvolvidas as técnicas do **processo circular**, metodologia de organização do diálogo, que não se resume às práticas restaurativas, embora possa ser utilizada para abordar situações de conflito.

O Brasil apresenta elevado número de episódios de violência nas escolas.

Em 2018, foi implantado em Minas Gerais o **Programa NÓS – Justiça Restaurativa** nas Escolas, com o desenvolvimento de práticas de **justiça restaurativa** em busca da solução autocompositiva dos conflitos no âmbito dos estabelecimentos de ensino.

A ação comunicativa, preconizada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, é capaz de promover o entendimento entre as partes em conflito. Todavia, não é qualquer discussão que se transforma em uma ação comunicativa na esfera pública. Há uma série de condições a serem respeitadas para que isso aconteça, por exemplo: todos podem falar livremente, sem constrangimento e coerção; cada pessoa deve respeitar o outro e seu direito de ter uma opinião diferente; e cada um deve, de antemão, mostrar-se disposto a ouvir o outro e a mudar de opinião (Martino; Marques, 2018, p. 83-84).

A construção da cultura da paz, enfim, extrapola o âmbito dos litígios judiciais. É indispensável à cessação dos conflitos no seio das nações contemporâneas. O planeta carece de líderes que promovam a concórdia e não semeiem a intolerância. Muito oportunamente enfatizou Fernando Henrique Cardoso, ex-Presidente da República brasileiro:

Aos líderes cabe politizar o discurso, no melhor sentido, e com ele tocar a alma dos recém vindos à participação social, não para que entrem em um partido (como no passado), mas para que ‘tomem partido’ contra tanto horror perante os céus. Isso só ocorrerá se os dirigentes forem capazes de propor uma agenda nova, com ressonância nacional, embasada em crenças e esperança. Sem a distinção entre bem e mal, não há política verdadeira. É este o desafio para quem queira renovar (Cardoso, 2012).

REFERÊNCIAS

ARONSON, Elliot; ARONSON, Joshua. **O animal social**. Tradução de Marcello Borges. São Paulo: Goya, 2023.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SOUZA, Willian Lira de (Coord.). **Apostila para facilitadores de processos circulares do nupia-mppr**. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Cultura da sentença dificulta métodos de mediação no País, diz especialista. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/julho/cultura-da-sentenca-dificulta-metodos-de-mediacao-no-pais-diz-especialista>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2024: Barroso destaca aumento de 9,5% em novos processos. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/>>. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. Decreto 12.006, de 24 de abril de 2024. Institui o Sistema Nacional de Acompanhamento e Combate à Violência nas Escolas e regulamenta a Lei nº 14.643, de 2 de agosto de 2023. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 abr. 2024.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração

pública; altera a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2.º do art. 6.º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

BRASIL. Portal Gov.br. Dados sobre violência nas escolas. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/escola-que-protege/BOLETIMdadosobreviolenciasnasescolas.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ recebe meio milhão de processos e julga mais de um por minuto. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/19122024-STJ-recebe-meio-milhao-de-processos-e-julga-mais-de-um-por-minuto.aspx>>. Acesso em: 19 dez. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, n. 318, p. 119-128, abr./jun. 1992.

CARDOSO, Fernando Henrique. Política e moral. In: **O Globo**, Rio de Janeiro, edição de 6-5-2012, p. 16, seção *Opinião*.

CHÂTELET, François; PSIER-KOUCHNER, Évelyne. **As concepções políticas do século XX**: história do pensamento político. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

DURANT, Will. **História da civilização**. Tradução de Gulnara de Moraes Lobato e Monteiro Lobato. t. 1. 4. ed. São Paulo: Nacional, 1957.

FRANCA, Leonel. **Noções de história da filosofia**. 22. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1978.

FRANCE, Anatole. **Monsieur Bergeret em Paris**. Tradução de João Guilherme Linke. Rio de Janeiro: BestBolso, 2010. Série *História Contemporânea*, 4.

GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revam, 1999.

GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. Internet, redes sociais e direitos humanos. In: FERNANDES, José Alexandre Ribeiro et al (Org.). **Direito e bioética: estudos em Homenagem à Professora Stela Barbas**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 427-466.

GOLONI, Luciana. Como a comunicação não-violenta auxilia na mediação de conflitos? Disponível em: <<https://www.intereloconsultoria.com.br/blog/como-a-comunicacao-nao-violenta-auxilia-na-mediacao-de-conflitos>>. Acesso em: 2 nov. 2025.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre/RS: L&PM, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Não pode haver intelectuais se não há leitores”. Entrevista. In: El País Brasil. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/25/eps/1524679056_056165.html>. Acesso em: 25 abr. 2018.

MACEDO, Maria Fernanda Soares. Justiça restaurativa: a importância da participação da vítima na pacificação dos conflitos. In: **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Ed. Justiça Federal, v. 20, n. 36, p. 95-109, abril 2013.

MAGALHÃES JÚNIOR, Raimundo. **Dicionário brasileiro de provérbios, locuções e ditos curiosos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Documentário, 1974.

MARTINO, Luís Mauro Sá; MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. **Ética, mídia e comunicação**: relações sociais em um mundo conectado. São Paulo: Summus, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG e parceiros apresentam “Programa NÓS” a escolas. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-e-parceiros-apresentam-programa-nos-a-escolas.htm>>. Acesso em: 12 maio 2025.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Tribunal homologa acordo de indenização do desastre de Brumadinho (MG). Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/tribunal-homologa-acordo-de-indenizacao-do-desastre-de-brumadinho-mg/>>. Acesso em: 4 fev. 2021.

MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie europeias**. Tradução de Daniela Cerdeira. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

MOTA, Camilla Veras. BBC News Brasil. BBC News Brasil. Caso Dreyfus. 3-9-2025. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/articles/ce321lr22xvo>>. Acesso em: 3 set. 2025.

NÓBREGA, José Flóscolo. **Introdução à sociologia**. 3. ed. João Pessoa/PB: Linha D’Água, 2007.

NUNAN, Vladimir. Resenha: “O Animal Social” – Elliot Aronson”. Disponível em: <<https://eduvem.com/resenha-o-animal-social-elliott-aronson/>>. Acesso em: 1.º set. 2025.

OLIVEIRA, Cristina Rego. Por uma justiça restaurativa socioambiental no Brasil: desafios de um modelo de alta complexidade. In: **Revista de Ciências Sociais Aplicadas**, Ponta Grossa, Ed. Universidade Estadual de Ponta Grossa, n. 29, 2021.

O SISTEMA de múltiplas portas. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Disponível em: <<https://sistemasjudiciales.org/institucional/>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

PIMENTA, Joaquim. **Enciclopédia de cultura (sociologia e ciências correlatas)**. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

SARTORI, Giovanni. **La democracia en treinta lecciones**. Madri: Taurus, 2009. FOSCHINI, Lorenza (Ed.).

SAVATER, Fernando. **La aventura del pensamiento**. 2. ed. Buenos Aires: Debolsillo, 2012.

STF atinge menor acervo de processos dos últimos 30 anos. Portal Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/421924/stf-atinge-menor-acervo-de-processos-dos-ultimos-30-anos>>. Acesso em: 19 dez. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEORIAS do Conflito. Infopédia – Dicionários Porto Editora. Disponível em: <[https://www.infopedia.pt/artigos/\\$teorias-do-conflito](https://www.infopedia.pt/artigos/$teorias-do-conflito)>. Acesso em: 31 ago. 2025.

Recebido em: 12-1-2026

Aprovado em: 23-4-2026

ASPECTOS PROCESALES DEL PRONTO PAGO LABORAL Y SUS MODIFICACIONES A PARTIR DEL FALLO “ACEVEDO”¹

Santiago Luis Sfeir²

SUMARIO: I Introducción a la Protección Salarial en los Concursos y Quiebras. Antecedentes Históricos. II Derecho de Pronto Pago y su Aplicación Práctica. El Superprivilegio de los Créditos Laborales en los Procesos Falenciales y su Cambio a Partir del Fallo “Acevedo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. III Aspectos Procesales del Pronto Pago Laboral. IV Consideraciones de la Organización Internacional del Trabajo y su Incidencia en Suelo

¹ **Como citar este artículo científico.** SFEIR, Santiago Luis. Aspectos procesales del pronto pago laboral y sus modificaciones a partir del fallo “Acevedo”. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 321-345, jan.-abr. 2026.

² Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Socio en la firma LMS Abogados. Especialista en las ramas de derecho del trabajo y derecho comercial. Completó el Posgrado en Asesoramiento Legal para Empresas por la Universidad de Buenos Aires. Diplomado en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires. Diplomado en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales por la Universidad Austral. Magister en Derecho del Trabajo y de las Relaciones Laborales por la Universidad Austral. Premio Diploma de Honor y Medalla de Oro por promedio distinguido de la Cohorte 2021–2022 de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad Austral. Docente titular de las asignaturas Derecho Civil, Penal y Laboral, y Ética y Deontología en la carrera de Guardavidas en Cruz Roja Argentina Filial San Fernando. Miembro del Comité de Dirección de Trabajo Final de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad Austral. Coordinador de la asignatura “Dimensión colectiva e internacional de las relaciones del trabajo” en la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad Austral. Correo electrónico: santiago.sfeir@lmsfeirabogados.com.ar

Argentino. V Honorarios Profesionales Emanados de los Procesos Laborales y el Pronto Pago. VI Palabras Finales. Bibliografía.

I INTRODUCCIÓN A LA PROTECCIÓN SALARIAL EN LOS CONCURSOS Y QUIEBRAS. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En la actualidad, resulta común ver empleadores insolventes a razón de problemas financieros. Las crisis económicas globales han llevado a numerosas compañías a someterse a procesos falenciales con el objetivo de obtener un refinanciamiento de sus deudas, o bien, de liquidar sus activos a los fines de lograr cubrir cuantiosos pasivos que, de otra forma, resultarían imposibles de saldar.

Es así que, cuando las empresas han de someterse a tales procedimientos, nos encontramos no solo con acreedores derivados de las relaciones comerciales o fiscales con las que contaba el fallido, sino que existe un colectivo de acreedores laborales que ostentaban la categoría de trabajadores de la empresa que atraviesa el concurso liquidatorio y que, a fin de cuentas, encuentran una finalización anormal del contrato de trabajo derivada del proceso concursal al que se sometiera quien una vez fuera su empleador.

Así las cosas, frente a esta delicada situación el legislador ha elegido tomar la posta e incursionar en la normativa específica del régimen concursal a través del pronto pago laboral.

En un ensayo histórico sobre la figura del pronto pago laboral en nuestro ordenamiento jurídico, Dalellis enseña que:

ya el procedimiento de quiebra recogido en el Código de Comercio de 1862 contemplaba cierta protección, aunque muy limitada, respecto de los créditos laborales, pues solo el artículo

1697 de la ley 15 reconocía el carácter de privilegio general a los créditos provenientes de ‘los salarios de los factores, dependientes y criados del fallido u obreros que empleado directamente por los seis meses inmediatamente anteriores a la declaración de quiebra’ (Delellis, 2003, p. 21).

La citada autora también advierte la evidente desprotección de los trabajadores y de sus créditos de naturaleza alimentaria en el Código de Comercio. Esta situación, a nuestro entender, tiene su origen en la ausencia de una legislación concursal específica.

Es así que, continuando con este *racconto* histórico nos encontramos con la Ley 4016 de 1902, la cual traía al juego un tratamiento específico de la materia falencial.

El art. 94 del citado cuerpo legal traía aparejado el reconocimiento de un privilegio general de los salarios de los dependientes del fallido únicamente para aquellos que hubiera empleado en los últimos seis meses previos a la presentación del concurso.

Si bien el nivel de protección resultaba bajo, la aparición de una norma que reconociera un ápice de protección salarial en casos de concursos en un momento histórico en la cual el desarrollo industrial resultaba lo primordial y se dejaba la protección de los trabajadores de lado, llama poderosamente la atención lo novedoso y osado del cuerpo normativo.

En 1933, vio la luz la Ley 11.719 sobre Concursos y Quiebras a través de la cual se trajo a colación la tutela de las deudas provenientes de las relaciones laborales en el marco del proceso falencial, como así también introdujo el principio de irrenunciabilidad a los privilegios que pudieran ostentar los trabajadores que se encontraran bajo relación de dependencia respecto del fallido.

Esta ostensible evolución de la protección de los dependientes tuvo un vertiginoso crecimiento a partir de la llegada de la Ley 19.551 sancionada en el año 1972; así las cosas, esta reforma estableció la obligatoriedad de la verificación de créditos para todos aquellos que considerasen ser acreedores del fallido, incluyendo los trabajadores, consagró el privilegio especial sobre las materias primas y/o maquinarias de propiedad del fallido respecto de aquellos créditos que provinieran de salarios o remuneraciones; asimismo se estableció el llamado “fuero de atracción” en el art. 22 de la norma para todos los procesos de contenido patrimonial incoados contra el concursado y/o fallido, debiendo suspenderse todos ellos y radicarse por ante el Juez del concurso, con excepción de aquellos relativos a expropiaciones, fundados en cuestiones de familia, y aquellos casos laborales que se encontraren en etapa de conocimiento (esto se encuentra previsto por el art. 136 de la ley 19.551) (Alegria, 1986, p. 11).

Así, como ya hemos señalado en otros trabajos, la ley 19.551 ha implicado una norma de calidad innovativa en materia de protección salarial en el marco de los procesos falenciales en pos de brindar la posibilidad de acceso a un trámite ágil para que los dependientes del fallido lograsen obtener el cobro de los importes devengados y no percibidos oportunamente a partir de la crisis financiera de la compañía (Sfeir, 2019, p. 142-143).

No obstante ello, la sanción posterior de la Ley de Contrato de Trabajo en 1974 trajo consigo una interpretación contraria a la contenida en el texto de la Ley 19.551 debido a que preveía

todo proceso laboral quedaría excluido del fuero de atracción mientras se encontrara en etapa de conocimiento como fuera expuesto ut supra, se interpretó que el ordenamiento laboral prevalecía al cuerpo normativo de materia falencial, y que el dependiente que persiguiera el cobro de su crédito contra

el empleador que se encontrara atravesando el camino de la insolvencia, tendría que recurrir al Juez específico en materia laboral, quedando fuera del beneficio previsto por el instituto del “pronto pago”. [...]. Otra línea de pensamiento, en este mismo contexto de sanción de la ley 20.744 consideraba que el mecanismo del pronto pago se encontraba disponible para todos aquellos acreedores que optaran por la no promoción de acciones de conocimiento que tramitaran por ante la Justicia especializada del trabajo” (Sfeir, 2019, p. 143).

Esta dicotomía en cuanto a la técnica legislativa adoptada en las normas precitadas se vió zanjada con la entrada en vigencia de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras en 1995.

El apartado quinto de la nueva ley da un puntilloso tratamiento a las relaciones laborales en casos de insolvencia a partir de la derogación del art. 266 de la LCT, disponiendo una serie de medidas tendientes a la preservación de los vínculos laborales en casos de concursos preventivos, y la férrea protección de los créditos de índole laboral cuando existiere una insolvencia manifiesta.

Este instituto, la actual redacción del pronto pago, prevé una vía fácil y expedita para que los trabajadores puedan cobrar los créditos truncados por la crisis empresarial derivada del proceso falencial.

Destaca asimismo Dalellis que

bajo el discurso de que se tiende a facilitar o simplificar el procedimiento que deben llevar a cabo los trabajadores para cobrar sus créditos ante la crisis de su empleador, en verdad este cuerpo normativo, lejos de beneficiar a la masa laboral, la perjudica, puesto que ya no cuenta el trabajador - ante el concurso o quiebra del empleador - con la posibilidad de litigar ante el Juez del Trabajo, como históricamente venía sucediendo por expresa disposición de la ley 19.551, sino que debe optar

por: a.- Solicitar el pronto pago de su crédito... b.- demandar la verificación del mismo... Si el juicio laboral se encuentra iniciado antes del concursamiento, el mismo se acumulará a su pedido de verificación, siendo total y absolutamente operativo el llamado fuero de atracción (Delellis, 2003, p. 29).

Finaliza sus consideraciones la autora manifestando que

so pretexto de agilizar y sintetizar procedimiento e intentar preservar las relaciones laborales, en realidad se somete al acreedor laboral a un verdadero calvario de insinuación en el pasivo concursal, para luego “privar al trabajador de derechos o beneficios que tuitivamente la relación laboral le ha reconocido” (Delellis, 2003, p. 29; GAMES; GÉREZ; ESPARZA, 1996, p. 42).

Esta doctrina, en cuanto a la competencia de la justicia comercial para los casos de créditos laborales, ha sido ratificada por la Sala VIII de la CNAT en el reciente precedente “Lerario Guillermo Gustavo c/ RR Donnelley Argentina S.A. y otro s/ Despido” de fecha 20 de septiembre de 2021, en donde se sostuvo:

Corresponde declarar la falta de aptitud jurisdiccional de la Justicia Nacional del Trabajo, pues al mantener y ratificar la parte actora su pretensión contra la codemandada fallida, dando cuenta de la existencia de un litis consorcio pasivo voluntario alcanzado por las prescripciones de los arts. 132 y 133 de la LCQ, el reclamo se encontraría alcanzado por el fuero de atracción derivado de la quiebra, extremo que se encuentra avalado por los propios dichos y conducta procesal de la accionante, quien ha manifestado que optó por la verificación de los créditos, en sede comercial” (CNAT, Sala VIII, 20/09/2021, “Lerario Guillermo Gustavo c/ RR Donnelley Argentina S.A. Y otro s/ Despido”, Cita: MJ-JU-M-135198-AR).

A tenor de lo expuesto anteriormente, hemos de destacar que la figura de la protección salarial para los supuestos de crisis devenida en proceso concursal ha tenido altibajos a lo largo de la historia de nuestro ordenamiento jurídico, más ello siempre ha importado una recepción clara del principio protectorio del derecho del trabajo aumentando paulatinamente el halo de resguardo de los créditos laborales con el paso del tiempo.

El instituto del pronto pago laboral, que se desarrollará en el próximo punto del presente trabajo, ha de garantizar la mentada protección a través de un eficaz instrumento normativo que, sin duda alguna, resulta plenamente operativo desde el punto de vista teórico, más en la práctica, suele verse frustrado por la ausencia de activo que posibilite la satisfacción íntegra del crédito en cuestión.

A su vez, deviene necesario poner sobre el tapete el debate derivado del pronunciamiento “Acevedo” del 3 de abril de 2025 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, enancado en una postura derivada del derecho internacional y analizando únicamente la validez de las normas internacionales en suelo argentino, ha procedido a poner en jaque el sistema de privilegios laborales en los procesos falenciales.

II DERECHO DE PRONTO PAGO Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA. EL SUPERPRIVILEGIO DE LOS CRÉDITOS LABORALES EN LOS PROCESOS FALENCIALES Y SU CAMBIO A PARTIR DEL FALLO “ACEVEDO” DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ahora bien, y conforme lo expuesto en el punto precedente, resulta imperioso realizar un acabado análisis del instituto del pronto pago a la luz de la normativa especializada, la legislación laboral

vigente, y los principios cardinales del derecho del trabajo.

Es así que el artículo 16 de la ley 24.522 reza:

El Juez del concurso autorizará el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes, sustitutiva del preaviso, integración del mes del despido y las previstas en los artículos 245 a 254 de la Ley de Contrato de Trabajo, que gocen de privilegio general o especial, previa comprobación de sus importes por el síndico, los que deberán ser satisfechos prioritariamente con el resultado de la explotación [...].

Así, en anteriores trabajos de nuestra autoría, la figura del pronto pago resulta de naturaleza híbrida, abrevando en elementos propios del derecho del trabajo como del derecho concursal, todo ello en pos de la tutela de los créditos de estirpe netamente laboral (Sfeir, 2019, p. 144).

El pronto pago ha de comenzar por establecer el orden de prelación temporal en el cual los trabajadores, en virtud del principio protectorio y el carácter alimentario del crédito, ostentan un privilegio (concepto netamente extraído del derecho concursal) a los fines de acudir a la verificación de créditos en el concurso y obtener su cobro antes que cualquier otro acreedor.

Negre de Alonso ha dado una paradigmática definición de la figura bajo análisis a la cual hemos de nuevamente echar mano por su claridad y pedagogía contenida; en tal sentido, sostiene la jurista que

el derecho del pronto pago de los acreedores laborales es consagrado por la ley en protección de los derechos de los trabajadores de la empresa concursada, teniendo en cuenta la

naturaleza alimentaria de sus créditos, y consiste en el derecho que ellos tienen a que se les abone las acreencias incluidas en el mismo en forma inmediata sujeto a determinados requisitos, sin necesidad de esperar la presentación de propuesta, o la conclusión del concurso, o la distribución de los fondos (Negre de Alonso, 1982, p. 33).

Así las cosas, y bajo la premisa central de que el trabajador es sujeto de preferente tutela, el tribunal cimero nacional ha sostenido en el precedente “Complejo Textil Bernalesa S.R.L.” que

los créditos laborales tienen una tutela especial, destinada a que los acreedores no se vean forzados a esperar el trámite completo de la quiebra para cobrar sus créditos, derecho que tiene su razón de ser en el carácter alimentario de las prestaciones adeudadas. Esta tutela se trasunta, fuera de los privilegios concebidos por la ley concursal, y modificados por la que regula el contrato de trabajo, en el derecho de pronto pago establecido por el art. 266 de la Ley de Contrato de Trabajo. Además de la ventaja temporal que deriva de no esperar a la etapa de distribución, y de la preferencia en el cobro, por la cual excluyen del producto de la venta de los bienes asiento del privilegio a otros acreedores, los créditos laborales han merecido también tratamiento diferenciado en ambos cuerpos legislativos, al disponer que en los supuestos de continuación de la empresa las remuneraciones, indemnizaciones por antigüedad y omisión del preaviso, debidas en virtud servicios prestados después de la fecha de declaración de quiebra, constituyen créditos a cargo del concurso que no requieren verificación y deben ser satisfechos en los plazos comunes para el pago de salarios (CSJN, 25/09/1986, “Complejo Textil Bernalesa S.R.L.”, LT, XXXIII-548).

Es así que algunos autores consideran que esta tendencia de proteger a la parte más débil y vulnerable de la relación laboral hace a la vez de legislación y lo que se puede llamar un “superprivilegio”, entendiéndose el mismo no como una figura jurídica *per se*, sino por

la preferencia temporal en cuanto a la satisfacción de los créditos de índole laboral frente a otros créditos con privilegio especial o general que gozarían de prerrogativas altamente protectorias en la normativa falencial.

Abundando en ello, y continuando con la temática del llamado superprivilegio que ostentan los créditos objeto del presente estudio, hemos de acudir a la clasificación realizada por la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci respecto de dos características cardinales que abonan la teoría del privilegio sobre los créditos laborales.

Destaca que, las sumas adeudadas a los trabajadores en el caso de crisis empresarial derivada en procedimiento concursal gozan de dos puntos característicos que los diferencian claramente de otros tipos de créditos que pueden verificarse en el marco del concurso; en primer lugar, se destaca una preferencia de índole cualitativa toda vez que, por el propio origen de la deuda, podría haber sido cancelada con carácter previo debido a su naturaleza alimentaria; por otro lado, el aspecto cuantitativo, toda vez que, una vez evacuados todos los créditos de naturaleza laboral a través de la figura del pronto pago, si finalizada la realización del activo no resulta posible cancelar con los fondos disponibles la totalidad del pasivo restante, no resultaría viable requerir al trabajador la restitución de suma alguna que le fuera oportunamente abonada (Kemelmajer de Carlucci, 1984, p. 658).

En tal sentido deviene necesario traer a colación el paradigmático caso “Pinturas y Revestimientos” de la CSJN donde el tribunal, como consecuencia de una queja por denegación del Recurso Extraordinario Federal interpuesto por un trabajador acreedor de la empresa en crisis contra la sentencia de la Sala E de la Cámara Comercial, haciendo eco de lo previsto por el art. 8 del Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo, logró que los créditos laborales con privilegio general pasaran a ubicarse

en un escalafón superior donde poseen preferencia respecto de la distribución de los fondos, reforzándose así la postura en torno al llamado “Superprivilegio” que caracterizaban a los créditos laborales

No obstante ello, este criterio protectorio de la CSJN que va en consonancia con los lineamientos basales de la OIT –sin mencionar que va de acuerdo con los principios cardinales del derecho del trabajo en sí– ha sido víctima de un revés el 3 de abril de 2025 donde nuestro máximo tribunal, en los autos “Acevedo Eva María c/ Manufactura Textil San Justo s/ Quiera” procedió a dar un vuelco de ciento ochenta grados en cuanto a sus consideraciones vertidas en el anterior precedente “Pinturas y Revestimientos”.

En el precedente, a partir de un análisis interpretativo de la naturaleza de la norma internacional, los ministros de la CSJN consideraron que la ley 24.285 que aprueba el Convenio 173 OIT en suelo argentino es meramente una ley aprobatoria del tratada, pero no que reemplaza el acto de ratificación que debe emanar del Poder Ejecutivo de conformidad con lo previsto por el art. 99 inc. 11 de la Constitución Nacional, así como por parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Como consecuencia de ello, y por unanimidad, han llegado a la conclusión de que el Convenio 173 de la OIT carece de vigencia en la Argentina y por tanto, el criterio establecido en el fallo “Pinturas y Revestimientos” debe ser modificado dejando de otorgar prevalencia a los créditos laborales debatidos.

En tal sentido se ha destacado que: “el hecho de que el Poder Ejecutivo haya decidido no ratificar el Convenio OIT 173 tiene consecuencias jurídicas concretas y precisas, que derivan directamente de las consideraciones precedentes: dicho instrumento internacional no se ha transformado en derecho vigente en la República Argentina.” (CSJN Fallos CSJ 1559/2018/RH1, 3 de abril de 2025),

descalificando el criterio del fallo “Pinturas y Revestimientos” como un error constitucional grave.

III ASPECTOS PROCESALES DEL PRONTO PAGO LABORAL

Ahora bien, una vez llegado a este punto resulta menester detenernos y realizar algunas disquisiciones relativas a la aplicación procesal de la figura del pronto pago laboral.

En esta temática, el ejercicio del pronto pago laboral implica el cumplimiento de numerosos requisitos procedimentales para su correcto ejercicio.

Es así que implica como condición de admisibilidad básica la incorporación de los trabajadores a la masa de acreedores a través de la verificación de tales acreencias de las cuales resultan titulares, todo ello en base al principio de universalidad que rige los procesos concursales.

En este sentido, los acreedores concursales, sin distinción alguna, deben oponer su pretensión de cobro en el proceso falencial a través de la verificación de créditos que dispone el Juez al momento de la apertura del concurso o a partir del decreto de quiebra, tornándose así operativa la prohibición de iniciar cualquier tipo de acción individual contra el deudor; este principio procesal básico de la jerga concursal se ha denominado principio de concurrencia y alcanza créditos de cualquier estirpe, inclusive aquellos de naturaleza laboral como en el caso que nos atañe.

Es dable advertir que, la apertura del concurso o el decreto de quiebra en el respectivo tipo de proceso específico marca un antes y un después en cuanto a los créditos que pueden ser reclamados. Todo crédito posterior a dichas fechas resulta imposible de ser cobrado

a través del concurso, mientras que los créditos anteriores han de garantizar su cobro de manera obligatoria a través de la verificación de créditos propia de los principios de universalidad y concurrencia.

Importante señalar que, un concurso preventivo no suspende la actividad comercial del deudor, e inclusive existen casos en los cuales en casos de procedimientos liquidatorios en los cuales se dispone la continuidad de la empresa en quiebra y donde puede ser adquirida la compañía por un tercero a través del llamado salvataje de empresas o *cramdown* en el momento procesal oportuno; por lo tanto, el deudor/fallido se encuentra en posibilidades de continuar celebrando contratos de trabajo y los créditos derivados de estas contrataciones no pueden ni deben ser admitidos en el concurso sino que pueden ser satisfechos de manera normal y habitual.

En cuanto a los créditos laborales cuyo cobro se pretende a través de la presentación en el proceso falencial, los mismos deben reunir ciertos requisitos previstos por el art. 16 de la LCQ, es decir, resultar ser sumas derivadas de remuneraciones debidas al trabajador, indemnizaciones por accidentes de trabajo, indemnización sustitutiva del preaviso, integración del mes de despido, y cualquier tipo de indemnización que se encontrara contenida en los arts. 245 a 254 de la LCT; una vez seguro de la existencia de que el crédito ostenta alguna de estas condiciones, el mismo debe introducirse al pasivo concursal a través de la verificación de créditos correspondiente a los fines de cotejar su admisibilidad respecto de la cual el Juez dictará la sentencia correspondiente con su admisión o denegatoria, y en el caso bajo análisis, el privilegio que ostentará a lo largo del proceso a través de un resolutorio fundado.

En otras consideraciones, es necesario destacar que, para el correcto funcionamiento del pronto pago laboral deviene indispensable la existencia de fondos líquidos para satisfacer las

acreencias en cuestión, y dependiendo de si se trata de un concurso o quiebra, la existencia de tales fondos resulta variable.

Al respecto, se vislumbra del art. 16 de la LCQ que, en casos de concursos preventivos, los créditos han de ser satisfechos a través del beneficio temporal de ser cancelados prioritariamente con el mismo producido de la explotación comercial de la actividad propia del concursado.

Al respecto, se han suscitado debates doctrinarios con respecto a como han de ser satisfechos los créditos.

Escuti y Junyent Bas sostienen que, los créditos que gocen del beneficio del pronto pago, han de ser cancelados con los fondos disponibles o con los primeros que se obtuvieren de la explotación del deudor, debiendo el mismo satisfacer sin limitación alguna, los créditos laborales.

En opinión contraria, encontramos autores como Pablo Barbieri, quien considera que los pronto pagos han de ser cubiertos con los primeros ingresos que registre la compañía concursada luego de la apertura del concurso preventivo, considerando el jurista que si dichos fondos son negativos, igualmente deben ser destinados a los montos beneficiados por el instituto objeto de estudio del presente.

Esta línea doctrinaria es seguida por autores como Patricia Ferrer quien puntualmente considera que el Juez del concurso es quien debe determinar cuales son los fondos que han de ser destinados a satisfacer los créditos laborales (Ferrer, 1996, p. 129).

En este sentido, hemos de manifestar que la posición de Barbieri y Ferrer resulta totalmente amplia y que, consideramos, el trabajador debe poder cobrar sus acreencias cuando existan fondos líquidos que sean potencialmente destinables a la cobertura de los

pronto pago, más no debe soslayarse la importancia de los ingresos posteriores a la declaración de apertura del concurso para el deudor, toda vez que la intención de la legislación falencial es la de proteger a la compañía en crisis y por lo tanto, los ingresos producidos a raíz de la continuidad de la compañía devienen de medular importancia para el sostenimiento de la operatoria habitual de la empresa en cuestión.

Estas consideraciones han sido oportunamente plasmadas por nosotros al manifestar que:

Consideramos que dicho aspecto resulta de vital importancia para la continuación de la compañía concursada; no puede ni debe olvidarse que la legislación falencial, cuando trata los concursos preventivos, tiene una finalidad netamente protectoria, persiguiendo la salvación de las compañías, por lo cual, la existencia de fondos disponibles para el pago de los pronto pago sería un requisito indispensable para que la concursada pueda continuar operando, caso contrario, sería la crónica de una muerte anunciada, y absolutamente todos los concursos preventivos que tuvieran lugar bajo esta legislación, derivarían en una quiebra. [...]. Atento lo expuesto precedentemente, adherimos a lo sostenido por Negre de Alonso al considerar que los trabajadores *podrán* cobrar sus acreencias sólo cuando existan fondos disponibles y que ello no sea óbice para el mantenimiento y conservación de la concursada (Sfeir, 2019, p. 146-147; Negre de Alonso, 1996, p. 212).

En el caso de la quiebra, el paradigma cambia diáfananamente; el art. 183 de la Ley LCQ prevé que los créditos que cuenten con privilegio temporal –como el caso del pronto pago– han de ser satisfechos con lo que se recaude de la operatoria habitual o con el producido de los bienes sobre los cuales recae el privilegio especial, pudiéndose inferir entonces que los créditos laborales deben encontrarse plenamente satisfechos con anterioridad a la distribución de fondos que prevé el art. 218 de la LCQ.

Ahora bien, hemos oportunamente destacado que en torno a la operatividad del pronto pago en casos de quiebra existe una cuestión que refuerza la idea del superprivilegio a la que hemos hecho alusión en párrafos precedentes.

Como bien es sabido, el pronto pago asegura la cancelación prioritaria en el tiempo a créditos con privilegio especial como así también con privilegio general, por lo cual llama poderosamente la atención que con el producido de bienes sobre los que recaen privilegios especiales se cancele un crédito con privilegio de menor jerarquía.

Este detalle, si bien controvertido, ha encontrado respuesta en la sindicatura y en los magistrados, quienes ostentan la facultad de determinar cuales créditos gozan de privilegios especiales y cuales cuentan con privilegios generales, cancelando aquellos especiales de manera inmediata con los fondos que se recauden o con el producido de los bienes sobre los que recae el privilegio (Ej. Hipoteca), y los que cuenten con una ventaja de carácter general son cancelados de manera remanente cuando los otros han sido evacuados.

Finalmente, la LCQ prevé aquellos supuestos de improcedencia de la figura del pronto pago en su art. 16.

Así las cosas, encontramos una enumeración taxativa de tales supuestos en los cuales resultaría inaplicable la figura, destacando los siguientes escenarios: : (i) créditos que no surgen de la documentación legal y contable del empleador; (ii) créditos controvertidos antes del requerimiento o petición de “pronto pago”, o al tiempo de la formulación de la opinión sindical; y finalmente, (iii) la existencia de dudas razonables sobre la subsistencia o legitimidad del crédito, o sospecha de connivencia dolosa entre el peticionante del “pronto pago” y el concursado.

IV CONSIDERACIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y SU INCIDENCIA EN SUELO ARGENTINO

Con respecto a lo que atañe a los privilegios concedidos a los créditos laborales y la postura de la Organización Internacional del Trabajo frente a ellos, resulta de vital importancia realizar algunas consideraciones a su respecto.

Como ya se ha señalado, las remuneraciones adeudadas al trabajador correspondientes a los últimos seis meses, así como diversas indemnizaciones laborales –por accidentes, antigüedad, preaviso, entre otras– gozan de un privilegio especial sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias ubicadas en el establecimiento que funcione como lugar de trabajo.

En lo que atañe a la faz internacional, la Argentina es integrante de la OIT a través de la ratificación del Pacto de la Sociedad de las Naciones, incluido el Tratado de Versalles, conjuntamente con las reformas de la constitución del organismo en las reuniones 25, 36, 46, y 48 (Kohon, 2020, cita IJ-CMXVI-210).

Tal situación otorga jerarquía supra legal a todo instrumento emanado del organismo internacional.

Así las cosas, el Convenio OIT Nro. 173 sobre protección de créditos laborales en caso de insolvencia del empleador ha sido ratificado por nuestro país a través de la ley 24.285 de fecha 1 de diciembre de 1993, con la correspondiente promulgación en fecha 23/12 del mismo año.

Este cuerpo legal en su artículo 5 ha previsto la obligatoriedad de otorgar privilegios a los créditos laborales a los de garantizar su cobro, guardando íntima relación con el artículo 6 el cual prevé los créditos laborales que han de encontrarse bajo el halo protectorio de la norma:

- (i) salarios de un período no menor a tres meses y anteriores a la insolvencia y finalización de la relación de trabajo;
- (ii) sumas adeudadas en concepto de vacaciones;
- (iii) sumas adeudadas en concepto de ausencias retribuidas; y
- (iv) indemnizaciones derivadas del fin de la relación laboral (Kohon, 2020, cita IJ-CMXVI-210).

Esta doctrina emanada del organismo internacional ha sido ratificada por la CSJN en el precedente “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. S/ Quiebra”³.

Todos estos principios, guardan una íntima relación con las consideraciones realizadas en la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo ocurrida en el año 2003 en donde, en el apartado 1B del Informe III se apunta a que: “los instrumentos considerados tratan de la protección del salario y parten de la premisa de que el salario cumple la función de mantenimiento del propio trabajador y de su familia. A este fin, estos instrumentos prevén una protección jurídica del crédito salarial que refuerza y completa la que resulta del derecho interno”⁴.

³ CSJN, Fallos: 337:315: “Que, como ha quedado expuesto, de conformidad con el convenio internacional, el crédito del trabajador debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados, en especial, a los del Estado y a los de la Seguridad Social. Cabe aclarar que el instrumento de la OIT, al referir a los rubros que deben quedar protegidos por el privilegio expresa que, al menos, deben cubrirse los créditos correspondientes a salarios por un período determinado, vacaciones, ausencias retribuidas e indemnizaciones por finalización de servicios (art. 6º, incs. a-d). Sin embargo, la Recomendación N° 180 de la OIT, que complementa las disposiciones del Convenio, determina que el privilegio debería alcanzar, además, a las indemnizaciones por “accidentes del trabajo y enfermedades profesionales cuando corran directamente a cargo del empleador”.

⁴ Informe de la Comisión de Expertos en el marco de la 91ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Informe III, Parte 1B, 2003, p. 16.

Así, hemos de remarcar que la figura del pronto pago laboral prevista por la LCQ y por el precedente “Pinturas y Revestimientos” encuentra sus fundamentos en la normativa internacional emanada de la Organización Internacional del Trabajo garantizando los créditos de naturaleza alimentaria de los cuales resulte acreedor el trabajador frente a la crisis de la compañía.

Sin embargo, en abril de 2025, y tal como se expuso anteriormente, el fallo “Acevedo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vino a poner en entredicho la posición tradicional del tribunal en relación con los créditos laborales.

A raíz de los agravios planteados por la entonces Administración Federal de Ingresos Públicos –hoy Agencia de Recaudación y Control Aduanero– contra sentencias que aplicaban la doctrina del precedente “Pinturas y Revestimientos Aplicados”, la causa llegó a la CSJN mediante una queja presentada por el fisco. En ella se objetaba la validez de la distribución de los fondos resultantes de la liquidación del activo falencial, tal como había sido propuesta por la sindicatura.

Tachando la doctrina emanada del anterior precedente como un error constitucional grave, los ministros de la CSJN por unanimidad, y a partir de un ejercicio analítico de la vigencia del Convenio 173 OIT en suelo argentino y de la legitimidad de la Ley la ley 24.285 de fecha 1 de diciembre de 1993, con la correspondiente promulgación en fecha 23/12 del mismo año, previendo expresamente que la aprobación del tratado internacional a través de la mentada ley no importa la ratificación por parte del Poder Ejecutivo Nacional como bien lo prevé el inc. 11 del art. 99 del texto de nuestra norma fundamental, lo que pondría en jaque la validez del Convenio en nuestro país y provocaría el derrumbe del criterio sentado en Pinturas y Revestimientos como un simple castillo de naipes frente a una leve brisa.

Entonces hemos de preguntarnos, ¿cuál es la situación de los créditos laborales a partir del 3 de abril de 2025?

La respuesta es simple: En la actualidad, y a partir de este criterio pretoriano construido en “Acevedo”, la prevalencia de los créditos laborales pasará a verse disminuía y queda equiparada a los créditos adeudados al Estado como asimismo a la Seguridad Social, dejando de lado las prioridades previstas por el Convenio 173 de la OIT.

V HONORARIOS PROFESIONALES EMANADOS DE LOS PROCESOS LABORALES Y EL PRONTO PAGO

Es importante intentar, al menos, dar respuesta a a una simple pregunta que ha de aquejar a los operadores jurídicos que, asistiendo a un trabajador en el reclamo de los créditos indemnizatorios de los cuales resultare acreedor, se viera impedido por la presentación en concurso preventivo de la compañía demandada.

Es entonces que deviene de vital importancia interpelarse a partir de la siguiente interrogante: ¿Cuál sería la situación de los honorarios de los letrados intervinientes cuando estuvieren sus estipendios profesionales en cabeza del empleador fallido?

Como destaca Sánchez, los créditos comprendidos en el pronto pago según la LCQ son taxativos y solo se encuentran inmiscuidas las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades inculpables, las sanciones conminatorias mensuales que debe abonar el empleador para los casos de en que se retuvieren cargas sociales o aportes de afiliación a asociaciones sindicales y, finalmente, las indemnizaciones derivadas por finalización del contrato de trabajo, más no nos encontramos con supuesto alguno que permita incluir los honorarios profesionales

contemplados como gastos causídicos en la sentencia del proceso laboral (Sánchez, 2020, cita IJ-CMXXXVII-228).

Al llevar adelante este análisis, destaca la autora precitada que la postura predominante en este sentido se inclina por considerar que: “al no encontrarse enumerados en el art. 16 de la Ley de Concursos y Quiebras como comprendidas dentro del pronto pago laboral del concurso preventivo, no pueden ser alcanzados por tal beneficio” (Sánchez, 2020, cita IJ-CMXXXVII-228), sin embargo, toma como base la inclusión del principio protectorio del derecho laboral en el derecho concursal respecto de la intención del pronto pago de evitar la espera a la conclusión del proceso para el cobro de los créditos, todo ello fundado en la naturaleza alimentaria de los mismos.

No puede ni debe olvidarse que son pacíficas las leyes locales a lo largo y ancho del país en considerar de naturaleza alimentaria los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en los procesos judiciales y, por lo tanto, habrían de caer dentro de tal categoría de especial tutela.

Sin embargo, la LCQ resulta intransigente en cuanto a simplemente incluir los honorarios profesionales en las deudas contenidas en el art. 241 inc. 4 y 2456 inc. 1.

A raíz de esto, destaca Sánchez que:

Resulta entonces claro que el mismo es otorgado a los trabajadores ya que el crédito de éstos es de carácter alimentario, siendo muchas veces, el único medio de subsistencia del mismo y de su entorno familiar [...]. A partir de ahí, si entendemos que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y que los honorarios profesionales son de carácter alimentario, nota distintiva por la cual se otorga el pronto pago a los trabajadores, no puede llegarse a otra conclusión más que la de otorgar a los honorarios profesionales regulados a quien ejerciera la defensa del trabajador contra el concursado, el beneficio del pronto pago (Sánchez, 2020, cita IJ-CMXXXVII-228).

Esta postura resulta necesaria para su aplicación respecto de los concursos preventivos, más en el caso de la quiebra, la jurisprudencia ha admitido la aplicación del beneficio del pronto pago considerando que: “la petición de pronto pago de los honorarios profesionales regulados en juicio laboral, formulada en un proceso falencial, debe admitirse, con basamento en la interpretación literal del art. 183, párr. 2, LCQ [...]”⁵.

En este orden de ideas, resulta necesario manifestar que a tenor de la naturaleza de la labor prestada por los operadores del derecho en la sede judicial y en representación de los intereses de los trabajadores, resulta indefectiblemente aplicable la figura del pronto pago en los casos en los cuales estos letrados, en ejercicio de su profesión y siendo la misma su trabajo, frente a la fijación y regulación de los emolumentos ha de hacerse aplicable la figura del pronto pago y garantizar el cobro de las sumas de honorarios profesionales de los abogados quienes son, a fin de cuentas, trabajadores del derecho.

No ha de soslayarse en este sentido el carácter alimentario de tales sumas, y que la condena aplicada por un magistrado ha de dar lugar a la fijación del privilegio en favor de los letrados cuyos honorarios queden en cabeza del fallido, ha de flexibilizar la interpretación de la norma en cuanto a la condición de trabajadores de los abogados intervinientes en los procesos judiciales de naturaleza laboral, y no solo a raíz de ello, sino de resultar créditos accesorios a la condena que fija los créditos laborales en favor del trabajador.

Asimismo, y en consonancia con Sánchez, hemos de manifestar que, para la obtención del crédito del trabajador, la función del abogado resulta de vital importancia, sin el cual, el

⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de 1era nominación de Río Cuarto, “Incidente de pronto pago laboral deducido por M. R. A. En Packsud S.A. S/ Quiebra pedida – incidente”, 07/12/2017, Cita Online AR/JUR/100116/2017.

trabajador no fuera acreedor de suma alguna, situación que refuerza la idea postulada en este punto del presente capítulo.

VI PALABRAS FINALES

Ciertamente, la figura del pronto pago como asimismo los privilegios de los créditos laborales han sido materia de debate en nuestra normativa.

El abandono de las posturas protectorias de los créditos de naturaleza laboral en los procesos falenciales no hacen más que arrojar gasolina al fuego y provocar numerosos interrogantes: ¿qué sucedería si el Poder Ejecutivo ratificara el Conv. 173 OIT conforme lo previsto por el inc. 11 del art. 99 CN? ¿volvería la CSJN al criterio contenido en Pinturas y Revestimientos Aplicados? ¿Qué lugar ocupa el principio protectorio, piedra basal del derecho del trabajo, en esta discusión? ¿deben dejarse de lado estos principios por la falta de ratificación a pesar de encontrarse aprobado el Convenio 173 OIT por la Ley 24.285?.

Las interrogantes correrán como caudalosos ríos.

Lo cierto es que hoy, los créditos laborales quedan equiparados a los créditos de naturaleza estatal, es decir, aún cuentan con un cierto grado de privilegio respecto de otros créditos, más el mecanismo protectorio se ha diluido a partir de un tecnicismo en cuanto a la ratificación de instrumento internacional; no obstante ello, la interpretación de la composición actual de la Corte deviene acertada, el Convenio 173 OIT no tiene plena vigencia en nuestro territorio, debiendo quedar en un letargo del que solo puede despertar por iniciativa del Poder Ejecutivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRÍA, Héctor. Relación laboral, crédito laboral y concurso del empleador (breve reseña y comentarios críticos). En: **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 1986.
- DELELLIS, Marisa Sandra. **Derecho de pronto pago del acreedor laboral**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- FERRER, Patricia. Las relaciones laborales en los procedimientos concursales. En: **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, n. 10, 1996.
- GAMES, Luis María; GÉREZ, Oscar Roberto; ESPARZA, Gustavo Américo. **Aspectos laborales en la nueva ley de concursos y quiebras (Ley. 24.522)**. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Capítulo XVIII - XIX - XXI – XXII. En: VÁZQUEZ VILARD, Antonio (Dir.). **Tratado de derecho del trabajo**. Tomo 5. Buenos Aires: Astrea, 1984.
- KOHON, Gustavo. Los privilegios de los créditos laborales y los Convenios y Tratados de la OIT. En: **Revista Argentina de Derecho Concursal**, Buenos Aires, Ed. IJ, n. 25, 14-05-2020.
- NEGRE DE ALONSO, Liliana. **Los acreedores laborales en el proceso concursal**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1982.
- SÁNCHEZ, María Monserrat. Honorarios profesionales incluidos dentro del pronto pago laboral en el concurso preventivo. En: **Revista Argentina de Derecho Concursal**, Buenos Aires, Ed. IJ, n. 27, 18-12-2020.
- SFEIR, Santiago L. La protección del salario en casos de insolvencia del empleador: análisis de la figura del pronto pago laboral a la luz del Convenio 173/1993 O.I.T.: una mirada

comprehensiva desde el derecho concursal y el derecho del trabajo.
En: **Revista Derecho del Trabajo**, Suplemento especial por los
100 años de la Organización Internacional del Trabajo, Buenos
Aires, Ed. La Ley, n. 11, Noviembre 2019.

Recebido em: 2-10-2025

Aprovado em: 21-1-2026

