

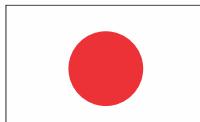
# **REVISTA**

## **ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA**

ISSN 2675-6714. v. 4, n. 3 (set.-dez. 2023)



Neste número:





# **REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA**

ISSN 2675-6714  
Volume 4, número 3 (set.-dez. 2023)

**Fundadores**

Professor Doutor Richardson Xavier Brant  
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

**Editor**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

**Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**

Montes Claros, Minas Gerais, Brasil

2023

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

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA  
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 4, n. 3, set.-dez. 2023)

Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Doutor Richardson Xavier Brant e pelo Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

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

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

**Editor**

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

**Conselho Editorial**

Professora Doutora Alessandra Galli Aprá - Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), Curitiba - Paraná, Brasil.

Professor Doutor José María Pérez Collados - Facultat de Dret - Universitat de Girona - Girona, España.

Professora Doutora Alessia Megliacane - Centre Georg Simmel da Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris - Paris, France.

Professora Doutora Nesrin Akin - DoğuŞ University Faculty of Law, Commercial Law Department – Istanbul, Turquia.

Professora Doutora Aranzazu Roldán Martínez - Universidad Europea de Madrid - Madrid, España.

Professor Doutor Omar Huertas Díaz - Universidad Nacional de Colombia - Bogotá, Colombia.

Professora Doutora Carmen Grau Pineda - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria - Las Palmas de Gran Canaria, España.

Professora Doutora Paula Quintas - Universidade Portucalense; Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA) - Porto, Portugal.

Professor Doutor Diego Megino Fernández - Universidad de Burgos - Burgos, España.

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 Gonçalo Nicolau Cerqueira de Melo Bandeira - ESG/IPCA-Regional University Network-EU e JusGov-Universidade do Minho - Minho, Portugal.

Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia -Salvador - Bahia, Brasil.

Professora Doutora Irene Maria Portela - Instituto Politécnico do Cávado e do Ave - Barcelos, Portugal.

Professor Doutor Richardson Xavier Brant - Universidade Estadual de Montes Claros - Montes Claros - Minas Gerais, Brasil.

Professor Doutor J. Eduardo López Ahumada - Universidad de Alcalá - Madrid, España.

Professora Doutora Rocío Martín Jiménez - Universidad CEU San Pablo de Madrid - Madrid, España.

Professor Doutora Tatiana Ribeiro Viana - Roma, Itália.

**Organização, padronização e revisão linguística**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

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

Maria Rodrigues Mendes

**Ficha Catalográfica**

---

Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. Vol. 4, n.º 3. Montes Claros/MG, Brasil,  
Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2023.

Quadrimestral

ISSN: 2675-6714

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

CDU: 34:008(05)(06)

---

**Catalogação:** Helenilza Santana dos Santos - Bibliotecária CRB 13/871

**ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS**

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

Correspondência e submissão de artigos

(ver normas de publicação, nas últimas páginas desta Revista):  
revista.ultracontinental@gmail.com

# ZUSAMMENFASSUNG

Achoimre  
Contents  
Crynodeb  
Kokkuvõte  
Қорытынды  
Kopsavilkums  
Összefoglalás  
Overzicht  
Özet  
Përbledhje  
Резиме  
Резюме  
Podsumowanie  
Povzetek  
Рэзюмэ<sup>3</sup>  
Resum  
Resumé  
Resumen  
Rezumat  
Sammanfattning  
Sammendrag  
Santrauka  
Sažetak  
Sommaire  
Sommario  
Sommarju  
Souhrn  
Summary  
Yfirlit  
Yhteenvetö  
Zhrnutie  
Zusammenfassung  
Περίληψη

<b>APRESENTAÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>DOUTORADO</b>	
<b>Aflaton Castanheira Maluf, Élcio Nacur Rezende</b>	
Responsabilidade Ambiental Objetiva à Luz do Código do Meio Ambiente do Município de Uberaba/MG: Lei Complementar Municipal n.º 389/2008).....	14
<b>Amit Kumar Kashyap, Milan Prajapati</b>	
A Comparative Review on Political Economy & Law on India's Cryptocurrency Landscape and Indian Coin Offerings.....	38
<b>Carolina Angelo Montolli</b>	
Diritto e Vulnerabilità Sociali: Relativismo Culturale Dogmatico e il Positivismo Statale della Dittatura Militare Brasiliiana: Considerazioni Sulla Legge di Esecuzione Penale e le Misure di Politica Criminale nella Sicurezza Pubblica e Difesa Sociale: L'Internalizzazione dei Diritti Umani Fondamentali nella Democratizzazione della Giustizia Penale e il Princípio dell'Umanità.....	58
<b>Edson da Graça Francisco Macuácuia</b>	
O Sistema Moçambicano de Fiscalização da Constitucionalidade.....	95
<b>George Mousourakis</b>	
Rethinking the Pitfalls of International Law: Towards a New Theoretical Framework?.....	118
<b>Iñigo de la Maza Gasmuri</b>	
¿Cambiar Injustificadamente?: la Cuestión de la Interrupción Civil de la Prescripción.....	137
<b>Teresa Bravo</b>	
Confidentiality and Cooperation with Law Enforcement Authorities in International Arbitration.....	174
<b>MESTRADO</b>	
<b>Diego García Austt Arocena</b>	
El Delito de Contrabando por Simulación Mediante el Uso de DJAI's.....	206
<b>ESTUDOS CONTINUADOS</b>	
<b>Miguel Ángel Asturias</b>	
Propuesta para Incorporar el Delito de Ecocidio en el Código Penal de la Nación	238
<b>CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO.....</b>	<b>246</b>

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

PRESENTATION

**A** Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica vence mais um ano. O quarto da sua existência. Um tempo para ver o alicerce já bem sedimentado. E a ramificação chegando a vários Continentes, justificando o seu título de “ultracontinental”.

Se existiam dúvidas, elas estão se esvaindo. As incertezas estão se consolidando em firmezas. O símbolo forte do presente momento é a oferta, por parte dos autores, dos seus textos, dado à credibilidade plantada ao longo desses quatro anos de divulgação científica.

Presentemente, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** chega a vários pesquisadores em igualmente vários Países e Continentes. Não há limites territoriais. Em prova disto, o presente número (3, porque a Revista é quadrimestral) do volume 4 (é o quarto ano da existência da Revista) se mostra composto por textos de autores dos seguintes países: Argentina, Brasil, Chile, Índia, Japão, Moçambique, Portugal e Uruguai.

Esses autores fazem com que, na capa do presente número, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** faça tremular tantas bandeiras, porque eles colocaram, na referida capa, as bandeiras das suas pátrias (pátria: terra dos meus pais).

Aos costumes, a entrada de cada autor, nas páginas da Revista, dá-se em ordem alfabética.

## **DOUTORADO**

BRASIL. Dois Professores com título de Doutor se uniram para escrever um texto jurídico abordando a responsabilidade ambiental em dois aspectos: inicialmente, com o sentido geral e amplo, como requer um bom estudo; em seguida, a particularidade de um Código Ambiental do Município de Uberaba, Estado de Minas Gerais. Os autores são o **Professor Doutor Aflaton Castanheira Maluf** e o **Professor Doutor Élcio Nacur Rezende**. O artigo científico

descreve a proteção ambiental como um direito difuso, que atinge, positiva ou negativamente a todos, indistintamente, nas atuais e nas futuras gerações. Traz o foco geral para o local, demonstrando que o conjunto das realidades locais é que representa o global. Trata do poder concorrente de legislar, mostrando que as regras municipais são complemento do que houver de lei nacional e que, em havendo Lei Federal sobre um tema, a legislação municipal não somente preenche as lacunas e trata das condições particularmente regionais como, também, não tem o poder de contrariar as regras nacionais existentes. Por último, demonstra que a responsabilidade ambiental é subjetiva.

ÍNDIA. A colaboração india para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** vem da lavra de dois Professores especialistas em um tema diferenciado. Os autores são **Amit Kumar Kashyap** e **Milan Prajapati**. Integram o corpo docente da Nirma University, instalada em Ahmedabad, Índia. O primeiro, tem título de **Doutor**; o segundo, de **Mestre**. O tema desenvolvido – e amplamente pesquisado – pelos autores é sobre a criptomoeda e sua relação com o Direito. Os autores falam da tecnologia “blockchain”, que permite a criação da moeda digital, intangível. O texto mostra que nem todas as moedas digitais com ofertas iniciais na Índia são amplamente legais, embora não possam ser consideradas integrantes de um mercado de transação vedada. Comparam a oferta de criptomoedas em mercados legais dos Estados Unidos, do Reino Unido, da Indonésia, da China e da Índia. E centram os estudos desde notícias atualizadas por agências de notícias até as pesquisas mais bem fundamentadas e publicadas em Revistas científicas que têm autoridade e reconhecimento ou no campo do Direito ou na área da Economia. O fato de as “startaps” captarem moedas físicas e ofertarem aplicação em moeda digital faz com que a economia popular se torne vulnerável às malversações financeiras. As “startaps”, ao captarem investimentos sem venda das próprias ações – e, sim, com aplicação em criptomoedas – não comprometem o seu caixa e tampouco a sua trajetória administrativa (não precisam “prestar contas” dos investimentos), trazendo uma não responsabilidade fiscal e até definindo a segurança do sistema financeiro em segundo lugar. Tudo isso coloca o Governo como obrigado a regrar o mercado, na tentativa de proteger aos investidores (populares ou experts em investimentos). A questão jurídica, destarte, sobrepõe às posições econômicas, pois é muito mais importante a regulamentação do mercado do que deixar que os interessados em ofertar moedas digitais ajam em um campo que tem muita feição de ilegalidade, mesmo quando há leis sobre o tema.

BRASIL. A **Professora Doutora Carolina Angelo Montolli** tem estreita relação com a Itália. Fez estudos complementares na Università Degli Studi di Messina, na Sicília, e continua com vínculos acadêmicos com a Europa. Atuando no Brasil, dedica aos estudos da área de Direito Penal e da Criminologia. E adota tais conhecimentos ao denominado Constitucionalismo do Estado Novo.

A descrição é uma retomada do tema do Governo Militar, classificado no estudo como Ditadura Militar Brasileira, mostrando os interesses dos militares e a proteção dos Direitos Humanos. Fala também do constitucionalismo sob rótulos de tempos atuais, para retratar um período que teve início há seis décadas. E conclui que o sistema penal brasileiro tem dois aspectos: o descrito na Lei e o efetivamente aplicado.

MOÇAMBIQUE. A função “ultracontinental” da Revista faz com que ela tenha leitores e colaboradores em todos os espaços da Terra. De Moçambique, na África, vem a colaboração do **Professor Doutor Edson da Graça Francisco Macuácula**. Além dos estudos de Doutorado, o autor tem outros três Mestrados e está cursando mais um Doutorado. Exerce o cargo de Secretário de Estado da Província de Manica, Moçambique e, em início de 2023, foi nomeado Vice-Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior de Moçambique. Ele escreveu para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** o artigo “O sistema moçambicano de fiscalização da constitucionalidade”. A análise tramita pelas obras de constitucionalistas e em interpretação da Constituição e das Leis de Moçambique. Destaca, dentre outros pontos, que o sistema moçambicano de controle da constitucionalidade tem o sistema de “fiscalização concreta” que se aplica exclusivamente à causa analisada. Mas, se a mesma Lei for declarada inconstitucional por três vezes – em casos isolados – há a obrigatoriedade passagem pelo Conselho de Constitucionalidade para convalidar, em termos abstratos e gerais, a inconstitucionalidade. Equivale a dizer que a lei moçambicana, mesmo declarada inconstitucional, continua em vigor, até que haja a “fiscalização abstrata” ou até que completem três declarações de inconstitucionalidade em vias concretas e aplicáveis exclusivamente aos casos. Outro destaque é a hoje dificuldade de o próprio cidadão recorrer ao Conselho Constitucional, sendo necessárias mil assinaturas no requerimento. O que o artigo também propõe é maior facilidade de acesso ao Conselho Constitucional por parte dos cidadãos, em sede preventiva, já que somente o Presidente da República tem essa autorização constitucional.

JAPÃO. O **Professor Doutor George Mousourakis** é um escritor internacionalmente respeitado. Especialmente, no campo da Filosofia do Direito. Exclusivamente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor escreveu o artigo científico “Rethinking the pitfalls of international law: towards a new theoretical framework?”. A base da pesquisa científica é a teoria da moralidade política partindo do seio doméstico para a área internacional, com fundamento nos livros de Ronald Dworkin. A legitimidade das normas merece atenção especial quando se trata de eficácia no espaço (internacional). E é de Dworkin o entendimento de que a área interna não diverge do sistema jurídico internacional, dizendo, até, que o comando interno de um País deve obediência à moral internacionalmente aplicada pois a própria legalidade

interna tem ligação com os conceitos empregados em outros países. A teoria da justiça, para Ronald Dworkin, é analisada profundamente no presente artigo, passando por, especialmente, dois dos livros mais influentes deste autor. Por seu lado, o autor do artigo mostra que a falta de aplicação incondicional da moral internacional é que faz com que haja guerra de um país contra outro, pois se sabe que as normas (no campo internacional, os Tratados, as Convenções e outros mecanismos) são necessários apenas porque a ética e a moral falham em termos de aplicação.

CHILE. A América Latina está presente na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, neste número, também por força do artigo científico “¿Cambiar injustificadamente?: la cuestión de la interrupción civil de la prescripción”, de autoria do **Professor Doutor Iñigo de la Maza Gazmuri**. Um trabalho, por sinal, de típico pesquisador e com nuances raras em termos de América do Sul. O tema é a interrupção da prescrição, no processo civil chileno, quando de análise de ações que chegam à Suprema Corte daquele país. A pesquisa abrange diversos julgados, destacando, por meio de amostra das decisões, que os Acórdãos de até o ano de 2016 tinham um direcionamento que foi, paulatinamente, tomando outro rumo. A mudança é mostrada na análise de Acórdãos de até o ano de 2022, que já têm outra forma de padronizar e interpretar as leis chilenas. O estudo mostra, em comparação do conteúdo de inúmeros Acórdãos – todos, devidamente identificados – que houve, sim, uma mudança do reconhecimento da prescrição no âmbito do processo civil chileno, mas é possível notar que a Suprema Corte ainda não apresentou um motivo jurídico palpável para que tenha havido a tomada de outro caminho. Ainda que a partir de 2016 o reconhecimento da prescrição no processo civil tenha tido conceito alterado, o que se nota é que as decisões anteriores, hoje superadas, ainda contêm as fundamentações mais condizentes com a lei. Exatamente porque as decisões mais recentes não apresentam o porquê da tomada de outro rumo. Apenas houve a mudança, uma tendência sem indicação de qual o fundamento jurídico.

PORUGAL. A **Professora Doutora Teresa Bravo**, além das atividades docentes, exerce o cargo de Juíza do Tribunal Administrativo do Asian Development Bank e do Inter American Development Bank, na cidade de Washington, Estados Unidos. Entre um e outro deslocamento de Portugal para os Estados Unidos, ela escreveu para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** o artigo científico cujo título é “Confidentiality and cooperation with law enforcement authorities in international arbitration”. No texto, a autora aborda a questão do conhecimento das minúcias dos casos que a arbitragem internacional analisa e julga; e do dever de confidencialidade dos integrantes dos Tribunais Administrativos que decidem os casos. Os temas julgados são, principalmente, sobre corrupção, lavagem de dinheiro, evasão fiscal e suborno.

O texto demonstra que o Tribunal Arbitral Administrativo pode impor sigilo e confidencialidade aos seus membros em relação aos temas, mas discute a integração das diversas entidades que podem funcionar como “amicus curiae” e órgãos como Comissão Europeia. Contra esses elementos externos, que têm o poder de conhecer os detalhes dos processos, não há como controlar e punir eventuais quebras de sigilos e confidencialidade. Discute também sobre as normas contidas na lei de arbitragem internacional. A experiência da autora – que já integrara o “Tribunal de Disputa das Nações Unidas”, com sede na Suíça – conta muito para o transporte de conhecimento para o texto científico que o presente número da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica.

## MESTRADO

URUGUAI. O **Professor Mestre Diego García Austt Arocena** tem forte ligação com a Argentina, na qual trabalhou e estudou. Atualmente, voltou a morar em seu país, Uruguai. O referido Professor tem como campo de estudo o Direito Aduaneiro. Considerando que este ramo do Direito é interligado a outros segmentos do conhecimento, o autor tem forte conhecimento de Comércio Exterior, Direito Tributário e Direito Penal. Unindo todos esses estudos, escreveu o artigo científico “El delito de contrabando por simulación mediante el uso de DJAI’s”. DJAI é sigla para “Declaración Jurada Anticipada de Importación”. O artigo analisa, com profundo estudo em diversas decisões dos Tribunais especializados e de artigos científicos de outros pesquisadores do tema aduaneiro, as vezes em que pessoas declararam, antecipadamente, qual o produto que está importando. E fazem a quitação dos tributos conforme o que declararam. Mas, em verdade, o produto importado ou é outro ou tem quantidade ou valor superiores ao declarado. O texto aborda o crime de contrabando, o descaminho e a fraude (simulación) no fornecimento de uma informação não condizente com o real produto importado.

## ESTUDOS CONTINUADOS

ARGENTINA. O **Professor Doutor Miguel Ángel Asturias** tem nome internacional em se tratando de estudos sobre Direito Ambiental. Estudos sobre Direito Ambiental em outros países (que não o da sua origem) já lhe prestaram homenagem. É autor de livros e artigos científicos diversos. Uma das suas recentes propostas é que o Código Penal argentino (Código Penal de la Nación)

passe a vigorar com o acréscimo de seis artigos para tratar dos crimes de ecocídio. Espécie nova e conceito igualmente novo, o ecocídio é a criminalização das práticas de delitos contra o meio ambiente, o que acaba por ser um crime contra a humanidade como um todo e que, dependendo da degradação ambiental provocada, traz efeitos imediatos ou mediados não somente ao local da prática do crime, como tem repercussão geral, nacional e internacional. A proposta do autor do texto vem em forma inicial de doutrina, explicação. No fim, apresenta as sugestões para redação dos artigos (todos, com o número 313, acrescido de separações, como no Brasil se usariam “art. 313-A; art. 313-B”, etc.), porque o art. 313 do “Código Penal de la Nación” já cuida de crime ambiental. É um assunto que não tem fronteiras, porque o ecocídio – o crime praticado contra o meio ambiente, a ecologia – tem repercussão mundial, ainda que a longo ou médio prazos. O artigo (cujo título é “Propuesta para incorporar el delito de ecocidio en el Código Penal de la Nación”) é um convite ou apelo para que acadêmicos de todo o mundo se unam em defesa do meio ambiente, em busca da criminalização das práticas predatórias e destruidoras do meio ambiente, como forma de ser deixada para o porvir um mundo em condições de sobrevivência dos seres vivos como um todo.

Com o término do ano civil, um retrospecto aponta que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** continua expandindo em termos de quantidade de autores, número de artigos publicados e diversidade de Continentes. Está adentrando as mais imponentes bibliotecas do mundo. E está fincando firmes esteios no campo científico mundial.

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

**Autoria**

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

**Urheberschaft**

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

**Authorship**

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

**Paternidad literaria**

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

**Paternité**

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

**Paternità**

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

Colocação <i>Rangfolge</i> Ranking <i>Colocación</i> Classement <i>Classifica</i>	Origem dos autores por países <i>Herkunft der Autoren nach Land</i> Authors' origin by country <i>Origen de los autores por país</i> Origine des auteurs par pays <i>Origine degli autori per paese</i>	Número de artigos publicados <i>Anzahl der veröffentlichten Artikel</i> Number of articles published Número de artículos publicados Nombre d'articles publiés <i>Numero di articoli pubblicati</i>
1.º	Espanha	23
2.º	Brasil	22
3.º	Portugal	15
4.º	Argentina	14
5.º	Estados Unidos	07
	Itália	07
	Japão	04
8.º	Bolívia	03
	Colômbia	03
	França	03
	México	03
	Moçambique	03
13.º	Chile	02
	Índia	02
	Turquia	02
	Uruguai	02
17.º	Angola	01
	Canadá	01
	Grécia	01
	Polônia	01
	Suíça	01
	Venezuela	01

DOCTORADO

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

**RESPONSABILIDADE AMBIENTAL OBJETIVA À LUZ DO CÓDIGO DO MEIO  
AMBIENTE DO MUNICÍPIO DE UBERABA/MG: LEI COMPLEMENTAR  
MUNICIPAL N.º 389/2008)**

**OBJECTIVE ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY, IN LIGHT OF THE  
ENVIRONMENT CODE OF THE MUNICIPALITY OF UBERABA/MG  
(MUNICIPAL COMPLEMENTARY LAW N.º 389/2008)**

**AFLATON CASTANHEIRA MALUF<sup>1</sup>  
ELCIO NACUR REZENDE<sup>2</sup>**

**RESUMO**

**E**ssa pesquisa tem como objetivo demonstrar a proteção ambiental e a sustentabilidade, por meio dos mecanismos protetivos do plano municipal. Inserido na federação brasileira, o Município compreende um protagonista de linha de frente, operando nas questões ambientais, de forma

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela FADISP. Doutorando e Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Hélder Câmara. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2840-8978>. ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4170730218073942>. e-mail: [aflaton33@gmail.com](mailto:aflaton33@gmail.com)

<sup>2</sup> Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), Graduação em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1994), Especialização em Direito pela Universidade Gama Filho (1998), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2003) e Doutorado em Direito pela mesma instituição (2009). Tem Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Messina/Itália. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito das Coisas, Responsabilidade Civil e Ambiental. É Editor da Revista Veredas do Direito (Qualis A1), membro do Conselho Editorial Científico da Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC/Minas - Serro, membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental, membro da Comissão Editorial da Revista Opinião Jurídica, membro da Comissão de Avaliadores da Revista Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, Membro do Corpo de Pareceristas da Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Membro da Comissão de Avaliadores da Revista Direito Ambiental e Sociedade, membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) e membro do Comitê Avaliador da Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. É avaliador de projetos da CAPES. É professor dos Programas de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Hélder Câmara e das Faculdades Milton Campos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2369-8945> ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7242229058954148>. e-mail: [elcionrezende@yahoo.com.br](mailto:elcionrezende@yahoo.com.br)

preventiva e/ou repressiva. O Município de Uberaba/MG possui Código do Meio Ambiente. Nesse contexto normativo do código ambiental municipal, foram previstas condutas geradoras de responsabilidades administrativas objetivas. Foi utilizada a Metodologia com pesquisa bibliográfica e estudo de caso. Após análise, conclui-se que a responsabilidade ambiental administrativa é subjetiva.

**Palavras-Chave:** Meio Ambiente, Federação, Município, Código Ambiental, Responsabilidade.

## ABSTRACT

This research aims to demonstrate the environment and sustainability, as well as protective mechanisms at the Municipal level. Inserted in the Brazilian federation, the Municipality comprises a front-line protagonist, operating in environmental issues, in a preventive and/or repressive manner. The Municipality of Uberaba/MG has an Environmental Code. In this normative context of the Municipal Environmental Code, conducts that generate objective administrative responsibilities were foreseen. Methodology with bibliographic research and case study. After analysis, it is concluded that administrative environmental liability is subjective.

**Keywords:** Environment, Federation, Municipality, Environmental Code, Responsibility.

## INTRODUÇÃO

O problema que o artigo propõe consiste, no primeiro plano, em analisar as competências constitucionais ambientais dos entes federativos, especialmente sob o pálio do constitucionalismo municipal. Buscar-se-á demonstrar que os Municípios – enquanto componentes da federação brasileira – compreendem protagonistas, de linha de frente, nas questões protetivas ambientais.

O tema central a ser abordado comprehende a conexão referente a atuação municipal em prol dos bens ambientais – em sentido micro ou macro – com foco na responsabilidade ambiental (administrativa) objetiva, em face do Código Ambiental do Município de Uberaba, Estado de Minas Gerais. Sabe-se que referida responsabilidade administrativa ambiental – objetiva – tem assento na Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

Os objetivos deste trabalho comprehendem a demonstração da possibilidade ou impossibilidade de responsabilidade ambiental administrativa objetiva, em face da Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, denominada Lei da Política Nacional do

Meio Ambiente, e especialmente sob o pálio do Código Ambiental do Município de Uberaba/MG. Existem decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) operando a favor da responsabilidade administrativa subjetiva.

Justifica-se este estudo na medida em que o tema ambiental municipalista, e o alcance de suas ações, é de suma importância. No aspecto prático, são os milhares de Municípios brasileiros que atuam na linha de frente das questões ambientais, especialmente urbanas. Os poderes constituídos das municipalidades devem agir, seja de forma individualizada ou integrada, para a materialização da proteção ambiental.

Os métodos da pesquisa escolhidos foram: bibliográfico e estudo de caso. A pesquisa bibliográfica compreende levantamento de informações e conhecimentos acerca do tema, aqui escolhido, sendo coletados diferentes materiais bibliográficos já publicados. Busca-se o plano dialógico, entre diferentes autores e dados. O estudo de caso, compreende o Código Ambiental do Município de Uberaba, Estado de Minas Gerais. O referencial teórico, atua com base no contexto *ambientalista municipalista*, sustentado por Paulo Affonso Leme Machado, no livro Direito Ambiental Brasileiro.

No primeiro tópico, abordar-se-ão os bens ambientais e os Direitos Reais. Quaisquer bens ambientais materiais, móveis e/ou imóveis, estão conectados, de forma direta ou indireta, aos Direitos Reais. No segundo tópico, serão consideradas as competências constitucionais ambientais dos entes federativos. O tema possui conexão direta com as competências ambientais municipais. No terceiro tópico, serão considerados o federalismo, juntamente com o princípio ambiental *in dubio pro natura*.

No quarto tópico, específico, adentrar-se-á no Meio Ambiente inserido na Lei Orgânica do Município de Uberaba/MG. No quinto tópico, em corolário, será analisado o Código do Meio Ambiente do Município de Uberaba/MG (Lei Complementar 389, de 11-12-2008). No sexto tópico, será empreendida investigação referente à responsabilidade objetiva ambiental, prevista no referido Código Ambiental Municipal.

## 1 OS DIREITOS REAIS E OS BENS AMBIENTAIS

O Código Civil brasileiro, de 2002, indica claramente que as propriedades (urbanas e/ou rurais) devem perseguir finalidades econômicas e socioambientais, conforme preleciona o art. 1.228, § 1.º. Nesse contexto, nota-se claramente que o diploma civilista aderiu expressamente à proteção ambiental, urbana e rural,

tanto no aspecto do ambiente natural, quanto artificial, cultural e do trabalho. Nesse sentido: “A responsabilidade quanto à titularidade do domínio e desfrute da posse não permite a exoneração do ônus e preservar e restaurar. No âmbito do direito ambiental, pende uma obrigação *ob rem* ou *propter rem* em relação ao proprietário/possuidor (art. 1228, § 1.º)” (MEDINA; ARAÚJO, 2020, p. 901).

Note-se que após a Lei Federal 13.465, de 11-7-2017, conhecida como Regularização Fundiária Urbana (Reurb), os §§ 4.º e 5.º do citado artigo 1.228 do Código Civil, que indicam uma combinação de *usucapião* com *desapropriação judicial* – *microssistema jurídico híbrido* – tornaram-se ineficientes ou de pouca utilidade prática. Isso porque a Reurb possui múltiplos instrumentos extrajudiciais, operados diretamente pelos Municípios em conjunto com os Ofícios Imobiliários, materializados de forma célere e “gratuita” aos posseiros ou ocupantes.

Ressalte-se que a Lei Federal 13.465, de 11-7-2017, citou as palavras “ambiente” ou “ambiental” dezenas de vezes em seu texto. Citem-se como exemplos:

**Art. 35.** O projeto de regularização fundiária conterá, no mínimo:

[...].

III - estudo preliminar das desconformidades e da situação jurídica, urbanística e ambiental;

[...].

VI - proposta de soluções para questões ambientais, urbanísticas e de reassentamento dos ocupantes, quando for o caso.

O Código Civil adota o sistema fechado, taxativo ou *numerus clausus*, quanto aos Direitos Reais. Nota-se isso no art. 1.225, que enumera, atualmente, quatorze incisos ou espécies de Direitos Reais. Atente-se que existem Direitos Reais não previstos expressamente no rol do art. 1.225 do Código Civil. São exemplos: alienação fiduciária de propriedade imóvel (art. 1.368-A do Código Civil, e Lei Federal 9.514, de 20-11-1997) e multipropriedade (arts. 1.358-B a 1.358-U do Código Civil).

Em suma, a “regra matriz” dessa senda – taxatividade – indica que será considerado Direito Real se for estabelecido em “lei”, seja previsão no Código Civil ou norma específica. Ressalte-se que, no sistema brasileiro, essa matéria é exclusivamente da União – Congresso Nacional ou Parlamento Federal – conforme Constituição Federal de 1988. Em corolário, Estados, Distrito Federal e Municípios não possuem competência para legislar sobre Direitos Reais.

A título de informação, o Código Civil de Porto Rico, de 2020 (Lei 55, de 1.º de junho de 2020) aderiu ao “sistema aberto”, no plano dos Direitos Reais:

**Artículo 699.** Numeración abierta. Además de los derechos reales dispuestos en la ley, los particulares pueden crear o modificar derechos reales sobre cosa ajena siempre que no vayan contra la ley, la moral o el orden público, e impriman eficacia contra todos.

Atente-se que no Brasil não existe, de forma expressa, um “direito real ambiental”, em que pese a Súmula 623 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabelecer:

**Súmula 623.** As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.

No plano estrangeiro, essa questão foi bem resolvida pelo Chile, por meio da Lei 20.930, de 2016, que estabelece o “Direito Real de Conservação ao Meio Ambiente”. Segundo esta normativa chilena:

**Artículo 2.º** Definiciones. El derecho de conservación es un derecho real que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste. Este derecho se constituye en forma libre y voluntaria por el propietario del predio en beneficio de una persona natural o jurídica determinada. La facultad de conservar se ejercerá de conformidad a las normas establecidas en esta ley y en el contrato constitutivo.

**Artículo 3.º** Características. El derecho real de conservación es inmueble y distinto del dominio del bien raíz gravado. Es, además, transferible, transmisible, inembargable, indivisible e inseparable del inmueble o de la parte de él que se grava, y se puede constituir sobre cualquier bien inmueble. Es de duración indefinida, salvo que las partes acuerden lo contrario. Para los efectos de la presente ley, los atributos o funciones del patrimonio ambiental del predio se considerarán inmuebles.

[...].

**Artículo 5.º** Contrato constitutivo. El contrato mediante el cual se constituye el derecho real de conservación deberá celebrarse por escritura pública, la cual, además, servirá como título para requerir la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente. El derecho real de conservación producirá sus efectos desde su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Essa questão – Direito Real Ambiental – conectada às propriedades, deve ser vista como axial. Em que pese a existência do patrimônio ambiental imaterial, em regra os bens ambientais são materiais, ou seja, encontram-se inseridos nas áreas urbanas e/ou rurais, dentro da concepção civilista de bens móveis e imóveis (em sentido amplo: direito patrimonial).

Portanto, as questões referentes a danos ambientais, geradoras de

*responsabilidades ambientais*, partem, como regra, das condutas ativas ou omissivas, praticadas por proprietários – pessoas naturais ou jurídicas – posseiros e/ou ocupantes, servindo-se de bens móveis e sobretudo imóveis, sejam públicos ou privados.

## **2 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS DOS ENTES FEDERATIVOS BRASILEIROS**

No Brasil, o plano constitucional federativo e ambiental pode ser compreendido, de forma básica, com a leitura de poucos dispositivos: arts. 23, 24, 30, 32 e 225 da Constituição Federal de 1988. Esses dispositivos constitucionais deixam clarividente que a dimensão jurídica ambiental brasileira está destinada – como dever ou imposição – para todos os entes federativos do país, ou seja: União, Estados/Distrito Federal e Municípios.

Portanto, a questão ambiental não se encontra no terreno da possibilidade ou faculdade, e por isso comprehende obrigação constitucional. A doutrina especializada denomina princípio da obrigatoriedade de atuação (intervenção) estatal ou princípio da natureza pública da proteção ambiental.

Nesse aspecto – dever ou imposição – no plano da operabilidade ambiental brasileira, devem agir os Poderes/órgãos públicos dos níveis federativos brasileiros: nacional, estadual/distrital e local. Dessa forma, questiona-se como serão materializadas as múltiplas ações pró-ambiente. As ações ocorrerão de várias formas, seja em conjunto ou isoladamente, seja no plano administrativo, judicial ou legislativo. A máxima ambientalista “agindo localmente, pensando globalmente” é fundamental nesse quadrante.

Ressalte-se, inicialmente, que o federalismo brasileiro de três níveis: 1.º nível - União Federal; 2.º nível – Estados Federados/Distrito Federal; 3.º nível – Municípios, não comprehende pioneirismo constitucional. O federalismo multinível existe em outros países. Nesse sentido, “de forma semelhante e precedente ao atual sistema constitucional Brasileiro, os Estados Federados da Micronésia [FSM – *Federated States of Micronesia*], comprehendem um federalismo de três níveis, conforme sua atual constituição, de 1975, ratificada em 1978, adotada em 1979” (MALUF, 2018, p. 130).

O Brasil adota o federalismo cooperativo – sobretudo nas questões ambientais – e as ações pró-ambiente dos Poderes constituídos devem se pautar na Lei Complementar Nacional 140, de 8-11-2011, cuja ementa já explica a função:

fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal de 1988, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; [...].

Compreende-se que os Municípios brasileiros – mais de 5.500 – devem operar os *primeiros combates* referentes às ações ou omissões em desfavor dos bens ambientais ou patrimônio ambiental, em sentido amplo. Ademais, os milhares de Municípios, estão capilarizados em todo o território nacional. Existem várias razões que levam a essa responsabilidade municipal *de linha de frente*. O ente federativo local, por meio dos cidadãos ou munícipes, é o primeiro a ser atingido pela infração ambiental.

A título de exemplo: vários cursos d’água trespassam vários municípios e, nesse encadeamento, a poluição produzida por um, afetará os demais, ao longo do caminho das águas (bem ambiental transfronteiriço). Primeira ação: deve-se encontrar o Município onde está a fonte poluidora, para as providências iniciais. Como exemplo diverso, tem-se uma usina de cana-de-açúcar (produtora de etanol), que está vilipendiando os bens ambientais naturais, em vários Municípios. Primeira ação: cabe ao Município onde está a “sede” física da empresa, tomar as providências iniciais, em face de seu poder de polícia ambiental.

### **3 FEDERALISMO E O PRINCÍPIO AMBIENTAL *IN DUBIO PRO NATURA***

O Estado brasileiro, no aspecto constitucional e ambiental, vale repisar, segue o federalismo cooperativo. Isso está previsto expressamente nos arts. 23 e 225 da Constituição Federal de 1988. Ressalte-se que a Lei Complementar Federal 140, de 8-11-2011, contém várias diretrizes para a cooperação federativa, entre União, Estados/Distrito Federal e Municípios, em prol do ambiente. A referida lei incluiu expressamente as ações conjuntas e as ações específicas, destinadas a cada ente federativo.

Uma das consequências lógicas do federalismo ambiental cooperativo é a superposição de normas e ações sobre o mesmo assunto. Ou seja, todos os entes federativos brasileiros – União, Estados/Distrito Federal e Municípios – podem normatizar e empreender ações em prol do ambiente. A título exemplificativo, podem coexistir um código ambiental nacional, juntamente com códigos ambientais estaduais e códigos ambientais municipais.

É nesse sentido multinível que tem lugar o princípio *in dubio pro natura*. Referido princípio é corolário do princípio da precaução. Em essência, o princípio *in dubio pro natura* pode ser traduzido como: havendo divergências ou incertezas, aplicar-se-á a norma ou ação mais favorável ao ambiente. Em sentido prático, ocorrendo várias materializações federativas sobre o mesmo assunto ambiental (julgados, ações administrativas ou leis federais, estaduais e/ou municipais), deve-se aplicar o princípio *in dubio pro natura*, em prol das questões ambientais.

O exercício das competências constitucionais (legislativas e executivas) em matéria ambiental, respeitados os espaços político-jurídicos de cada ente federativo, deve rumar para a realização do objetivo constitucional expresso no art. 225 da CF/1988, inclusive sob a caracterização de um dever de cooperação entre os entes federativos no cumprimento dos seus deveres de proteção ambiental. Isso implica a adequação das competências constitucionais ambientais ao princípio da *subsidiariedade*, enquanto princípio constitucional implícito no nosso sistema constitucional, o qual conduz à descentralização do sistema de competências e ao fortalecimento da autonomia dos entes federativos inferiores (ou periféricos) naquilo em que representar o fortalecimento dos instrumentos de proteção ambiental e dos mecanismos de participação política, sob o marco jurídico-constitucional de um *federalismo cooperativo ecológico* (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 157).

Ademais, o princípio *in dubio pro natura* – corolário do princípio da *precaução* – no plano judicial, opera com a inversão do ônus da prova, em desfavor do causador (ou suposto causador) do dano ambiental. No plano processual, o ambiente é considerado “parte hipossuficiente” a ser protegida. Portanto, cabe ao causador (ou suposto causador) comprovar em juízo que não possui conexão ou liame com o dano ambiental. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA TUTELA PROVISÓRIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONSTITUCIONAL. AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRA CAUTELA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. ART. 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REQUISITOS. PRESENÇA. DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. FUMUS BONI JURIS. INTERESSE DIFUSO. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. SÚMULA N. 618/STJ. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA NA ORIGEM. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. PERICULUM IN MORA EM FAVOR DA PROTEÇÃO AMBIENTAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - A concessão de tutela provisória de urgência é cabível no âmbito deste Tribunal Superior para atribuir efeito suspensivo ou antecipar a

tutela em recursos ou ações originárias de sua competência, devendo haver a satisfação simultânea dos requisitos da verossimilhança das alegações e do perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte, bem como para concessão de efeito suspensivo a recurso especial interposto. III - O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, insculpido no caput do art. 225 da Constituição da República, é interesse difuso, de titularidade transindividual, emergindo, nesse cenário, os princípios da precaução e da prevenção, os quais impõem a priorização de medidas que previnam danos à vulnerável biota planetária, bem como a garantia contra perigos latentes, ainda não identificados pela ciência. IV - Consoante o teor da Súmula n. 618/STJ, em homenagem ao princípio da precaução, impõe-se a inversão do ônus da prova nas ações civis ambientais, de modo a atribuir ao empreendedor a prova de que o meio ambiente permanece hígido, mesmo com o desenvolvimento de sua atividade. Na espécie, não se extrai dos autos nenhuma comprovação, pelo Agravante, de que sua atividade não causaria a degradação apontada na ação civil pública, constatando-se, na verdade, a iminente ameaça de severos danos ambientais, bem como à saúde pública de um sem-número de pessoas, mormente pelo risco concreto de contaminação do rio Paraíba do Sul. [...] V - Agravo Interno improvido (STJ. AgInt no TP 2476/RJ, 2020).

Esse raciocínio também vale para testilhas de ordem privada (direito patrimonial). Em complemento, a Súmula 623 do STJ determina que:

**Súmula 623.** As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.

Quanto ao princípio da precaução – *in dubio pro natura* – o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) está caminhando no mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - DIREITO AMBIENTAL - PRELIMINAR - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - MÉRITO - EXIGÊNCIA DE AVALIAÇÃO PRELIMINAR E INVESTIGAÇÃO CONFIRMATÓRIA EM EMPREENDIMENTO INDUSTRIAL - ÁREA CONTAMINADA NA REGIÃO - PROXIMIDADE - NECESSIDADE DOS ESTUDOS - DEMONSTRAÇÃO - PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DO POLUIDOR-PAGADOR - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não se verifica ausência de fundamentação na sentença em que o magistrado, embora de forma sucinta, expõe os motivos que embasam sua decisão. 2. Ainda que a recorrente não seja a responsável pela área supostamente poluída, a sua proximidade, bem como a similitude entre seus resíduos e os constatados no local denunciado, justificam que haja estudos e investigação na respectiva localidade a fim de que se verifique a origem da contaminação do solo na região. 3. Recurso não provido (TJMG. Apelação Cível 1.0000.19.058478-9/003, 2020).

Infere-se que as questões ambientais brasileiras, compreendidas dentro do plano federalista cooperativo, estão recebendo gradual proteção seja no

aspecto formal judicial ou normativo. Torna-se necessário engendrar mais ações operativas para ampliação do aspecto material ou prático. Compreende-se que a linha de frente das “batalhas ambientais” dar-se-á – aqui no Brasil – no plano local ou das municipalidades. Portanto, cabe aos entes federativos locais os “primeiros combates”.

#### **4 O MEIO AMBIENTE NA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE UBERABA/MG**

O Município de Uberaba está localizado na região do Triângulo Mineiro – Oeste de Minas Gerais – na microrregião compreendida como Vale do Rio Grande (divisa com São Paulo). Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), “sua população, segundo o censo de 2022, é 337.846 habitantes, sendo o território do Município, 4.523,957km<sup>2</sup><sup>3</sup>. No plano político ambiental, “a Prefeitura de Uberaba (Poder Executivo) tem a Secretaria Municipal de Meio Ambiente”<sup>4</sup>. A Câmara de Vereadores de Uberaba (Poder Legislativo), possui a “Comissão Permanente de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável”<sup>5</sup>.

A Lei Orgânica do Município de Uberaba comprehende, no aspecto jurídico normativo, a “Constituição” da municipalidade. Relembre-se que os Municípios são protagonistas do pacto federativo. A origem e fundamento da Lei Orgânica encontram-se no art. 11, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988. Sobre a natureza jurídica das Leis Orgânicas Municipais, foi estabelecido em estudo pretérito que:

As Leis Orgânicas municipais estão previstas na Constituição Brasileira de 1988, Art. 29 *caput*. Já as Câmaras municipais constituintes estão previstas no ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – Art. 11, Parágrafo único, da mesma Carta. Assim sendo, não importa se o Município possui mil habitantes ou dez milhões de habitantes, todos terão, igualmente, Lei Orgânica. Vejamos: *primeiro*, temos os fundamentos de criação das Leis Orgânicas explicitados pelo *poder constituinte originário* (ou pela Assembleia Nacional constituinte) na atual Constituição da República Federativa Brasileira – CRFB –, em seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – art. 11, Parágrafo único (mesma fonte das Cartas Estaduais). *Segundo*, o citado preceito da CRFB de 1988 determina que as Leis Orgânicas serão votadas e aprovadas (e, em consequência, modificadas) mediante *quórum* qualificado de dois terços dos membros do Poder Legislativo da municipalidade. *Terceiro*, a Lei Orgânica (e suas emendas posteriores) será sempre promulgada diretamente pela Mesa da Câmara de Vereadores, nos termos da Constituição da República Federativa Brasileira,

<sup>3</sup> Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/uberaba/panorama>>. Acesso em: 15 maio 2023.

<sup>4</sup> Disponível em: <[www.uberaba.mg.gov.br](http://www.uberaba.mg.gov.br)>. Acesso em: 15 maio 2023.

<sup>5</sup> Disponível em: <<https://camarauberaba.mg.gov.br/comissoes-permanentes/>>. Acesso em: 15 maio 2023.

art. 29 *caput*. Tudo em pé de igualdade com os requisitos similares previstos para a Constituição Brasileira e para as Constituições Estaduais. Assim como as Cartas estaduais, a Lei Orgânica municipal somente pode ser aprovada e modificada por *quorum* qualificado. Enquanto as Constituições Estaduais exigem, em regra, *quorum* qualificado de 3/5 (três quintos) para sua elaboração (exemplo: Constituição Mineira de 1989, Art. 64, § 3.º); a Constituição Brasileira, por sua vez, exige *quorum* qualificado de 2/3 (dois terços) para elaboração e modificação das Leis Orgânicas Municipais (CR/1988, Art. 29, *caput*). A tramitação dar-se-á igualmente em *dois* turnos. Sua promulgação, assim como a Carta Brasileira, é *exclusiva* da Mesa Diretora. Por fim, assim como todos os Estados possuem suas próprias Constituições, todos os municípios brasileiros possuem suas próprias Leis Orgânicas (se não, não são Municípios). [...] Como fecho sobre os fundamentos constitucionais exigidos à matéria ventilada, temos os sempre citados arts. 1.º e 18 da Superlei brasileira. Os respectivos artigos elevaram os municípios a componentes do *pacto federativo*, lado a lado com os Estados-federados e o Distrito Federal. A municipalidade, portanto, encontra-se em nível de *paridade* com os demais componentes da federação brasileira, possuindo suas próprias e exclusivas competências constitucionais (cf. por ex.: CR de 1988 art. 30, I, III, V, VIII; art. 31; art. 156 e art. 182, etc.). Por todas as considerações acima, consideramos a Lei Orgânica, *material* e *formalmente*, como uma verdadeira e *legítima* Constituição Municipal (entenda-se: possuindo a mesma natureza jurídica), através do que a doutrina especializada chama de *poder constituinte derivado decorrente*. (MALUF, 2008, p. 141-142)

A Lei Orgânica de Uberaba, de 1990, assim como a Constituição Federal de 1988 e a Estadual de Minas Gerais, de 1989, possuem evidente conotação ambientalista. Ao menos no aspecto formal do texto, notam-se vários dispositivos destinados às questões ambientais. A Seção IX da Lei Orgânica – arts. 155 a 159 – destina-se exclusivamente ao Meio Ambiente.

Ao longo do texto da referida Lei Orgânica, notam-se vários dispositivos destinados às questões ambientais. As palavras “ambiente” e “ambiental” são ventiladas 44 vezes no texto da Lei Orgânica uberabense. Tais dispositivos da “Constituição” uberabense, de 1990, receberam evidente influência da Constituição Federal de 1988 e da Constituição Estadual de Minas Gerais, de 1989. Mas, não é só a ordem jurídica nacional que deve ser considerada.

Muitas normas ambientais espalharam-se através da interpenetração e influência mútua de regras legais a todos os níveis de governo, desde o global até ao municipal. Iniciativas iniciadas a um nível de governação conduzem frequentemente à adoção de abordagens semelhantes noutras ordens jurídicas. A exigência de realizar avaliações de impacto ambiental das atividades propostas, por exemplo, começou como lei de uma unidade componente de um estado federal, foi adotada a nível federal, e foi depois progressivamente aceite por outros países e por organizações regionais e sistemas de tratados regionais (SHELTON; KISS, 2005, p. 17, tradução nossa<sup>6</sup>).

<sup>6</sup> Tradução livre de: “Many environmental norms have spread through the inter-penetration and mutual influence of legal rules at all levels of governance from the global to the municipal.

Nos termos da Lei Orgânica Uberabense, de 1990, a título exemplificativo, o Prefeito (eleito ou reeleito) deverá apresentar o Programa de Metas da sua Gestão, contendo a promoção do desenvolvimento ambiental, social e economicamente sustentável, bem como a promoção de meio ambiente ecologicamente equilibrado e combate à poluição sob todas as suas formas. Dentro da Seção da Saúde, existe dispositivo a favor do respeito ao meio ambiente e controle de poluição ambiental, preservação e conservação das nascentes e mananciais de abastecimento, com implantação de tratamento de esgotos e recuperação das matas ciliares e do topo (art. 121). Na implantação de conjunto habitacional, incentivar-se-á a integração de atividades econômicas que promovam a geração de empregos para a população residente, em equilíbrio com o meio ambiente (art. 184).

Como exemplo prático de materialização do *federalismo cooperativo*, a Prefeitura de Uberaba, em convênio com o Estado de Minas Gerais, emitiu Licenciamento Classe VI, em dezembro de 2020: “um ano após a assinatura do convênio entre as Secretarias de Meio Ambiente, municipal e estadual, que consolidou competência da Prefeitura de Uberaba para a emissão de Licenciamento Ambiental Classes V e VI, foi emitida ontem o primeiro Licenciamento Classe VI do Município. Antes, essa documentação era emitida somente em Belo Horizonte.” (UBERABA, 2020).

## **5 O CÓDIGO DO MEIO AMBIENTE DO MUNICÍPIO DE UBERABA/MG (LEI COMPLEMENTAR N.º 389/2008)**

O Código Ambiental uberabense foi aprovado, sancionado e publicado no Diário Oficial do Município (DOM, ou Porta Voz) em 11 de dezembro de 2008 – Lei Complementar Municipal 389, de 11-12-2008. Possui 272 artigos. Dentre os assuntos contidos no referido Código, destacam-se:

- Conselho Municipal do Meio Ambiente (COMAM) (art. 16);
- Educação Ambiental (art. 75);
- estímulos às atividades, procedimentos e empreendimentos, de caráter público ou privado, a favor do ambiente (art. 40);
- instrumentos básicos da Política Municipal do Meio Ambiente (art. 21);

Initiatives begun at one level of governance often lead to similar approaches being adopted in other legal orders. The requirement to conduct environmental impact assessment of proposed activities, for example, started as the law of a component unit of a federal state, was adopted at the federal level, and was then progressively accepted by other countries and by regional organizations and regional treaty systems” (SHELTON; KISS, 2005, p. 17).

- objetivos, geral e específicos (arts. 3.º e 4.º);
- Plano Quadrienal de Recursos Hídricos (PQRH) (art. 131);
- princípios básicos da Política Municipal do Meio Ambiente (art. 2.º);
- Saneamento Ambiental (art. 223).

O Código Ambiental de Uberaba – Lei Complementar Municipal 389, de 11-12-2008 – está em sintonia com o *federalismo cooperativo*, implantando pela Constituição Federal de 1988, arts. 23 e 225. Deve ser aplicado, de forma simbiótica, com a Lei Complementar Federal 140, de 8-11-2011. A referida Lei Complementar Federal contém várias diretrizes para a *cooperação federativa* entre União, Estados/Distrito Federal e Municípios, em prol do ambiente. A Lei Complementar Federal 140, de 8-11-2011, incluiu as ações conjuntas e as ações específicas, destinadas a cada ente federativo. As ações administrativas dos Municípios encontram-se no art. 9.º da Lei Complementar Federal 140, de 8-11-2011.

Ressalte-se que o artigo final do Código uberabense contém expressão indevida, de acordo com a *técnica legislativa*: “Artigo 272. Revogam-se as disposições em contrário”. Esse dispositivo desconsiderou a diretriz específica nacional, que indica a forma adequada de elaborar normas. A técnica legislativa proíbe essa expressão genérica: “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas” (Lei Complementar Federal 95, de 26-2-1998).

A título de informação, vários Municípios brasileiros editaram seus Códigos Ambientais; outros tantos, ainda não. Comentam-se e citam-se exemplos. Enquanto Manaus (capital do Amazonas) editou seu Código Ambiental em 2001 (Lei Municipal 605/2001), Belo Horizonte (capital de Minas Gerais), até o presente momento, não materializou referido Código. É fato que Belo Horizonte não tem – no momento – um Código Ambiental, mas, claro, possui normas ambientais. Um bom exemplo é a Lei Municipal de Belo Horizonte 11.284/2021, que “institui o Programa de Certificação de Crédito Verde (PCCV)”.

Semelhante ao Brasil, no plano estrangeiro, cite-se o México como exemplo de atuação ambiental municipalista

São muitas, como já mencionado, as competências municipais em matéria ambiental e poderiam catalogar-se da seguinte maneira:  
-Competências normativas; - Competências para elaborar políticas ambientais próprias; - Competências de participação; - Competências por delegação; - Competências de execução ou gestão; - Competências de vigilância e controle. [...]. Os mecanismos que o município possui

para tais efeitos são: - ordenamento ecológico do território; - promoção e gestão de áreas naturais protegidas, - proteção da qualidade de paisagem urbana e rural; - proteção da flora e fauna silvestres; - promoção de ações de desenvolvimento florestal sustentável; - promoção da formação de organismos públicos ou privados para a administração de parques urbanos e zonas de conservação ambiental nos centros populacionais (LÓPEZ, 2015, p. 25-29, tradução nossa<sup>7</sup>).

Nessas condições, nota-se que a senda “ambiental municipalista” tem relevância normativa e prática, tanto no Brasil quanto em outros países. Portanto, o protagonismo ambiental do Município de Uberaba – e por extensão, de quaisquer Municípios brasileiros – considera-se natural, em face do ordenamento jurídico nacional.

## **6 RESPONSABILIDADE OBJETIVA AMBIENTAL NO CÓDIGO DO MEIO AMBIENTE DO MUNICÍPIO DE UBERABA/MG**

No aspecto constitucional, a responsabilidade ambiental abrange, classicamente, *três espécies*: responsabilidade penal, civil e administrativa (Constituição Federal de 1988, artigo 225, § 3.º). A responsabilidade *penal ambiental* possui norma específica federal: Lei Federal 9.605, de 12-2-1998. A responsabilidade *civil ambiental*, tem seu fundamento na Lei Federal 6.938, de 31-8-1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – artigo 14, § 1.º, juntamente com o Código Civil, artigo 927, parágrafo único.

A responsabilidade *administrativa ambiental*, está prevista na Lei Federal 6.938, de 31-8-1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – artigo 14. Cite-se também a Lei Complementar Federal 140, de 8-11-2011, que conferiu atribuições administrativas ambientais aos Municípios (art. 9.º). Referidas normas federais estão em sintonia com a Constituição Federal de 1988, artigos 18, 23, 30 (artigo 30, destinado exclusivamente aos Municípios) e 225.

Ressalte-se, previamente, que os Municípios brasileiros *somente* podem *legislar no plano administrativo* – impondo sanções, de ordem administrativa,

<sup>7</sup> Traducción libre de: “Son muchas, como hemos mencionado, las competencias municipales en materia ambiental y podrían catalogarse de la siguiente manera: - Competencias normativas; - Competencias para elaborar políticas ambientales propias; - Competencias de participación; - Competencias por delegación; - Competencias de ejecución o gestión; - Competencias de vigilancia y control. [...]. Los mecanismos con los que cuenta el municipio para tal efecto son: - ordenamiento ecológico del territorio; - promoción y gestión de áreas naturales protegidas, - protección de la calidad del paisaje urbano y rural; - protección de la flora y fauna silvestres; - promoción de acciones de desarrollo forestal sustentable; - promoción de la formación de organismos públicos o privados para la administración de parques urbanos y zonas de conservación ambiental en los centros de población (LÓPEZ, 2015, p. 25-29).

tendo por exemplos multas, interdições, obrigações de fazer/não fazer – tendo em vista que as demais responsabilidades, penal e civil, são de competência exclusiva da União (Constituição Federal de 1988, art. 21, inciso I). Portanto, os Municípios possuem capacidade normativa ambiental apta a gerar controles e responsabilidades *administrativas*. Nesse estudo de caso, o Código Ambiental de Uberaba – Lei Complementar Municipal 389, de 11-12-2008 – prevê:

**Art. 62.** A pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que possa causar, ou seja causadora de dano ambiental, tem o dever de comunicar o evento danoso ou potencialmente danoso, à Secretaria do Meio Ambiente.

[...].

**§ 3.º** A comunicação devidamente efetuada não exime o causador da responsabilidade de reparar o dano.

**Art. 234.** Em caso de acidente decorrente de derramamento, vazamento ou disposição de forma irregular de substâncias poluentes, arcarão com as despesas de execução das medidas necessárias para evitar ou minimizar a poluição ambiental e recuperar o ambiente degradado:

[...].

**Parágrafo único.** A responsabilidade prevista não se extingue quando o lançamento irregular não é proposital.

Estão evidenciados, nos citados dispositivos do Código Ambiental uberabense, a responsabilidade *administrativa ambiental objetiva*. No mesmo sentido, de forma pretérita, existe previsão na Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) – Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, artigo 14, §§ 1.º e 2.º (o § 2.º é destinado ao Secretário de Meio Ambiente). Ou seja, essa norma federal, de 1981 – PNMA – opera favoravelmente à responsabilidade *administrativa ambiental objetiva*.

Em complemento, esse dispositivo da Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, deve ser conjugado com a Lei Federal 9.605, de 12-2-1998, que dispõe:

**Art. 70.** Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

O Código Ambiental uberabense segue na mesma linha:

Constitui infração, para os efeitos deste Código, qualquer ação ou omissão que importe na inobservância de seus preceitos, bem como das normas regulamentares e medidas diretivas dela decorrentes.

**§ 1.º** A reparação do dano ambiental é obrigatória em todos os casos, independente da penalidade aplicada.

[...].

Atente-se, porém, que o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em 2019, no EREsp. 1318051/RJ, favorável à responsabilidade administrativa ambiental *subjetiva*. É o teor da seguinte notícia, disponível no sítio eletrônico do próprio Superior Tribunal de Justiça:

Primeira Seção consolida entendimento de que responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva. A Primeira Seção consolidou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) o entendimento de que a responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva – ou seja, a condenação administrativa por dano ambiental exige demonstração de que a conduta tenha sido cometida pelo transgressor, além da prova do nexo causal entre a conduta e o dano. O colegiado anulou o auto de infração contra a companhia de petróleo Ipiranga, proprietária de óleo diesel derramado na Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro, em acidente ferroviário ocorrido em 2005, uma vez que não foi demonstrada a efetiva participação da empresa no acidente que gerou danos ao meio ambiente. Os embargos de divergência julgados pela Primeira Seção tiveram origem em recurso da companhia para anular auto de infração do município de Guapimirim, lavrado em razão dos danos causados pelo derramamento de óleo diesel que atingiu área de preservação ambiental, decorrente do descarrilamento de vagões da Ferrovia Centro Atlântica (FCA). Em primeiro grau, foi declarada a nulidade do auto de infração e cancelou-se a inscrição da multa ambiental em dívida ativa. No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) reformou a sentença, condenando a empresa a pagar a multa. A Primeira Turma do STJ manteve o entendimento do TJRJ, considerando que a responsabilidade administrativa ambiental seria objetiva, em razão da propriedade da carga transportada pela FCA, cabendo à Ipiranga, portanto, o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa. Natureza subjetiva. O relator dos embargos de divergência na Primeira Seção, ministro Mauro Campbell Marques, observou que a jurisprudência dominante no tribunal, em casos análogos, é no sentido da natureza subjetiva da responsabilidade administrativa ambiental. Citou precedentes das duas turmas de direito público, entre eles o REsp 1.251.697, de sua relatoria, no qual explicou que “a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensas ambientais praticadas por outrem”. Para o ministro, “esse é o entendimento que deve presidir o exame do caso concreto, em que inequivoca nos autos a inexistência de participação direta da embargante no acidente que deu causa à degradação ambiental (STJ, 2019).

Nessas condições, a testilha normativa-doutrinária-jurisprudencial, instalada há décadas, perdura até o presente. Para a Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, juntamente com o Código Ambiental de Uberaba (Lei Complementar Municipal 389, de 11-12-2008), e alguns dos ambientalistas/administrativistas (ex. Paulo A. L. Machado), a responsabilidade ambiental administrativa é *objetiva*. Para o Superior Tribunal de Justiça e outros ambientalistas/administrativistas

(ex. Édis Milaré), a questão deve ser analisada sob o píloto da responsabilidade administrativa ambiental *subjetiva*.

Ainda que prevaleça e permaneça a tese da responsabilidade administrativa subjetiva, ancorada pelo STJ, aplicar-se-á a Súmula 618 do mesmo Superior Tribunal de Justiça:

**Súmula 618.** A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental.

Portanto, o ônus da prova é do(a) vilão(ã) ambiental. Caberá ao(a) infrator(a) comprovar sua “inocência” em relação ao *dano ambiental*, materializado pelo auto de infração ambiental do Município. Nesse sentido, o Código Ambiental Uberabense:

**Art. 65.** As infrações às disposições deste Código, às normas, critérios, parâmetros e padrões estabelecidos em decorrência dele e às exigências técnicas ou operacionais feitas pelos órgãos competentes para exercerem o controle ambiental, serão punidas com as seguintes penalidades:

[...]

**Art. 68.** Apurada a violação das disposições deste Código, será lavrado o auto de infração.

**§ 1.º** São autoridades para lavrar o auto de infração os agentes de fiscalização devidamente credenciados pela Prefeitura Municipal de Uberaba por meio da Secretaria do Meio Ambiente, conforme previsto no artigo 46.

Em suma, os Municípios brasileiros podem e devem agir, diuturnamente, para fins de controle ambiental – prévio, concomitante e posterior – considerando que os órgãos públicos municipais são os que convivem naturalmente com as questões locais. “As infrações e sanções devem ser vistas como técnicas de regulação voltadas a promover a adequação de conduta de particulares” (VORONOFF, 2018, p. 218). Nesse estudo de caso (Uberaba/MG), existem mecanismos normativos suficientes para os controles ambientais. Muitas vezes faltam aos Municípios – sobretudo os pequenos, em população e/ou aportes financeiros – condições humanas, práticas e tecnológicas; mas não podem faltar ações prospectivas, em prol dos bens ambientais. A razão “política” não deve prevalecer, sobretudo tratando-se do “patrimônio ambiental”.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo proposto analisou as competências constitucionais ambientais dos entes federativos. Foi evidenciado o foco ambientalista do constitucionalismo municipal. Buscou-se demonstrar, como objetivo geral, que os Municípios – enquanto componentes da federação brasileira – devem ser protagonistas, de linha de frente, nas questões protetivas ambientais.

Os objetivos específicos dessa investigação compreenderam a demonstração da possibilidade ou impossibilidade de responsabilidade ambiental administrativa objetiva, em face da Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, e especialmente sob o pátio do Código Ambiental do Município de Uberaba/MG. Existem decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) operando a favor da responsabilidade administrativa subjetiva. No estudo de caso proposto, considerou-se o Código Ambiental do Município de Uberaba/MG, que confere normatização expressa, para fins de responsabilização ambiental.

A partir do exposto, conclui-se que os bens ambientais estão conectados naturalmente às propriedades (Direito Real). E os Direitos Reais (em sentido amplo: direito patrimonial) são axiais à proteção do patrimônio ambiental. Portanto, as questões referentes a danos ambientais, geradoras de responsabilidades ambientais, partem, como regra, das condutas ativas ou omissivas, praticadas por proprietários – pessoas naturais ou jurídicas – posseiros e/ou ocupantes, partindo do direito patrimonial (móvel e/ou imóvel, material e imaterial).

A Constituição Federal de 1988 adota o federalismo ambiental cooperativo (artigos 18, 23, 30, 32 e 225). Inseridos dentro desse federalismo ambiental cooperativo, os Municípios brasileiros devem operar os primeiros combates referentes às ações ou omissões em desfavor dos bens ambientais ou patrimônio ambiental, em sentido amplo. Ademais, os milhares de Municípios estão capilarizados em todo o território nacional. A responsabilidade municipal de linha de frente confere protagonismo às municipalidades, no controle ambiental.

O princípio *in dubio pro natura* é corolário do princípio da precaução. Em sentido prático: ocorrendo conflitos de ordem pública (multiplicidade de normas ambientais) e/ou privada (conflitos de interesses), sobre o bem ambiental, deve-se aplicar o princípio *in dubio pro natura*, em prol das questões ambientais.

A Lei Orgânica do Município comprehende, no aspecto jurídico normativo, a “Constituição” da municipalidade. O Município utilizado para esse estudo de caso – Uberaba/MG – possui Lei Orgânica com vários dispositivos ambientalistas. O Código Ambiental de Uberaba – Lei Complementar Municipal 389, de 11-

12-2008 – está em sintonia com o federalismo cooperativo, implantando pela Constituição Federal de 1988, artigos 23 e 225.

O Código Ambiental uberabense possui dispositivos indicando a responsabilidade administrativa ambiental *objetiva*. No mesmo sentido, de forma pretérita, existe previsão na Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) – Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, artigo 14. O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em 2019, no EREsp. 1318051/RJ, favorável à responsabilidade administrativa ambiental *subjetiva*. Prevalecendo a tese da responsabilidade administrativa subjetiva, ancorada pelo STJ, aplicar-se-á a Súmula 618 do mesmo Tribunal, que dispõe que “A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental.”.

Compreende-se que os objetivos dessa investigação foram devidamente analisados. Os objetivos apresentados foram alcançados na medida em que se pode asseverar que os Municípios possuem capacidade ambiental de controle, inserida no contexto da responsabilidade administrativa subjetiva.

## REFERÊNCIAS

BELO HORIZONTE. Lei 11.284 de 23 de janeiro de 2021. Institui o Programa de Certificação de Crédito Verde. **Diário Oficial [do] Município de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, 26 jan. 2021.

BÖLTER, Serli Genz; DERANI, Cristiane. Direito ambiental e desenvolvimento sustentável: uma análise da judicialização das relações sociais. In: **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, Ed. Dom Hélder Escola de Direito, v. 15, n. 33, p. 209-242, set.-dez. 2018.

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

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/uberaba/panorama>>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 set. 1981.

BRASIL. Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 nov. 1997.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 1998.

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

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n.ºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória n.º 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis n.ºs 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar n.º 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei n.º 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 2017.

BRASIL. Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 fev. 1998.

BRASIL. Lei Complementar 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no TP 2476 / RJ. Relatora. Min. Regina Helena Costa. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp. n.º 1318051/RJ. Relator. Min. Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção consolida entendimento de que responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva. 10/05/2019 Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Primeira-Secao-consolida-entendimento-de-que-responsabilidade-administrativa-ambiental-e-subjetiva.aspx>>. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas 618 e 623. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2021.

CALDERÓN-VALENCIA, Felipe; ESCOBAR-SIERRA, Manoela. Defensores ambientales en Colombia y razonamiento abductivo en el acceso a la justicia. In: **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, Ed. Dom Hélder Escola de Direito, v. 17, n. 38, p. 69-112, maio-ago. 2020.

CHILE. Ley 20.930. Establece el derecho real de conservación medioambiental. Disponível em: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1091906>>. Acesso em: 20 maio 2021.

COSTA RICA. Acordo regional sobre acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e no Caribe (Escazú). Disponível em: <<https://www.cepal.org/pt-br/acordodeescazu>>. Acesso em: 20 maio 2021.

CZECH, E. K. Liability for environmental damage according to directive 2004/35/EC. In: **Polish Journal of Environmental Studies**, Olsztyn (Poland), vol. 16, n. 2, p. 321-324, 2007.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Safe, 1999.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios do direito processual ambiental**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FIROZABABI, Hossein Houshmand; ZARA, Lotfi; ZOHREH Bahrami, RAZIEH Saiani. Civil liability for environmental damage. In: **Medical Law Journal**, Teheran, The Iranian Scientific Association of Medical Law, v. 14, n. 54, p. 183-213, 2020.

LÓPEZ. Tania García. Bases jurídicas para el uso de instrumentos económicos em las políticas ambientales municipales en México. In: **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, Ed. Dom Hélder Escola de Direito, v. 12, n. 24, p. 11-31, jul.-dez. 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MALUF, Aflatón Castanheira. **Atas notariais como instrumentos de proteção ambiental à luz das normas brasileiras**. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental)–Escola Superior Dom Hélder Câmara. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <<http://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/2020/10/Ata Notarial-AFLATON-.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2021.

MALUF, Aflatón Castanheira. Controle judicial de constitucionalidade das normas municipais e lei orgânica do Município. In: **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 144-154, novembro 2008.

MALUF, Aflatón Castanheira. **Normas constitucionais relevantes a notários e registradores**. Leme/SP: Habermann, 2018.

MALUF, Aflatón Castanheira. **Representação municipal na federação brasileira**. Franca/SP: Lemos e Cruz, 2006.

MARIA, Dioclides José; GOMES, Magno Federici. Da (im)possibilidade do ajuizamento da ação direta interventiva para assegurar a autonomia municipal para legislar sobre licenciamento ambiental de impacto local. In: **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 303-330, jan.-abr. 2017.

MARTÍN, Carmen Plaza. Protección del medio ambiente y participación pública: la reciente evolución a nivel internacional y en España. In: **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, Ed. Dom Hélder Escola de Direito, v. 16, n. 35, p. 11-35, maio-ago. 2019.

MATOS, Eduardo Lima de. **Autonomia municipal e meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fabio Caldas. **Código civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0000.19.058478-9/003. Relator. José Eustáquio Lucas Pereira. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 20 maio 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0021.17.001657-6/001. Relator. Luís Carlos Gambogi. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 20 maio 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PINTO, Wallace Douglas da Silva; GOMES, Magno Federici. Conflitos de atribuições e cooperação administrativa para tutela do meio ambiente. In:

**Sustentare**, Três Corações (MG), Ed. Universidade Vale do Rio Verde, v. 2, n. 1, p. 32-51, jan./jul. 2018.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Comentários a convenção americana sobre direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PORTO RICO. Ley Núm. 55, de 1 de junio de 2020. Código Civil de Puerto Rico de 2020. Disponível em: <<https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/55-2020.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2021.

REZENDE, Elcio Nacur; MESQUITA, Tânia Barros de. A ata notarial como instrumento para a responsabilização civil-ambiental. In: **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul (RS), Ed. Universidade Caxias do Sul, v. 11, p. 75-98, 2021.

REZENDE, Elcio Nacur; SEABRA, Henrique Costa de. A ausência de previsão normativa no direito brasileiro para a aplicação da teoria do risco integral em matéria de dano ambiental: um fato a ser repensado na jurisprudência. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 92, p. 269-284, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SIEKIERA, Joanna. Implementation of legal mechanisms of environmental protection by the South Pacific regional organizations. In: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 116-125, 2019.

SHELTON, Dinah; KISS, Alexandre. **Judicial handbook on environmental law**. United Nations Environment Programme, 2005.

UBERABA. Câmara Municipal. Disponível em: <<https://camarauberaba.mg.gov.br/comissoes-permanentes/>>. Acesso em: 20 maio 2021.

UBERABA lança 1.º licenciamento ambiental classe VI nesta sexta. Disponível em: <https://www.jornaldeuberaba.com.br/noticia/14458/uberaba-emite-1o-licenciamento-ambiental-classe-vi-nesta-sexta>. Acesso em: 20 maio 2021.

UBERABA. Lei Complementar 389, de 11 de dezembro de 2008. Institui o Código do Meio Ambiente do Município de Uberaba. Disponível em: <https://leis.municipais.com.br/a/mg/u/uberaba/lei-complementar/2008/39/389/lei-complementar-n-389-2008-institui-o-codigo-do-meio-ambiente-do-municipio-de-uberaba-e-da-outras-providencias-2018-10-10-versao-compilada>. Acesso em: 20 maio 2021.

UBERABA. Lei Orgânica, de 1990. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/lei-organica-uberaba-mg>>. Acesso em 20 maio 2021.

UBERABA. Prefeitura. Disponível em: <[www.uberaba.mg.gov.br](http://www.uberaba.mg.gov.br)>. Acesso em: 20 maio 2021.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Submissão em: 28 de agosto de 2023

Último Parecer favorável em: 21 de novembro de 2023

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

MALUF, Aflaton Castanheira; REZENDE, Elcio Nacur. Responsabilidade ambiental objetiva à luz do Código do Meio ambiente do município de Uberaba/MG: lei complementar municipal N.º 389/2008. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 3, p. 14-37, set.-dez. 2023.

## **A COMPARATIVE REVIEW ON POLITICAL ECONOMY & LAW ON INDIA'S CRYPTOCURRENCY LANDSCAPE AND INDIAN COIN OFFERINGS**

**AMIT K. (KUMAR) KASHYAP<sup>1</sup>**  
**MILAN PRAJAPATI<sup>2</sup>**

### **ABSTRACT**

The Fintech industry has undergone a significant transformation with the emergence of cryptocurrency, a digital currency based on blockchain technology. This revolutionary technology has brought about transparency and decentralized democracy in financial transactions. Interestingly, India has experienced a greater demand for the cryptocurrency than countries like the U.S. and U.K. Cryptocurrencies exist in a legal grey area in India, where they are neither explicitly legal nor illegal. Startups have found Initial Coin Offerings (ICOs) a convenient fundraising mechanism wherein companies sell coins or tokens to investors to raise capital. It is important to note that ICOs do not offer buyers inherent cash flow dividends or ownership rights in the company. Cryptocurrencies are not recognized as part of the Indian financial system and do not incur any tax liability. This lack of recognition challenges the government in tracking and supervising payment and settlement in virtual currencies, leading to potential risks of counterparty defaults. The Indian Coin Offering market presents numerous economic and legal complexities. This paper seeks to analyze the legal and financial implications of the Indian Coins market, considering the political economy of regulating the uncertain and ambiguous realm of virtual currency and Initial Coin Offerings.

**Keywords:** Initial Coin Offering, Cryptocurrency, Securities Regulation, Blockchain, Investment

---

<sup>1</sup> Doctor of Philosophy - PhD, Corporate, Finance, and Securities Law (Manipal University Jaipur). Master of Laws - LLM, MBA, Banking, Corporate, Finance, and Securities Law (National Law University, Jodhpur). Asst. Prof of Law, Head, Centre for Corporate law Studies, Institute of law, Nirma University, Ahmedabad, India. e-mail: amit1law@gmail.com

<sup>2</sup> BCom, LLB, IV (Hon.), Student Research Scholar, Centre for Corporate law Studies, Institute of Law, Nirma University, Ahmedabad, India.

**JEL classification:** H26, K14, D40, D20, E42, E51, F31, G12, G28, G32, G38, L10, L50

### **Research Methodology:**

The research methodology adopted by the researchers in the paper is Doctrinal and Exploratory. The Major focus of the paper would be on Secondary Sources since few case studies and relevant statistics have been examined and considered to understand and analyze the legal position of Initial Coin Offerings in India. The references and information are available through libraries, journals and online legal databases.

## **1 INTRODUCTION**

In the realm of cryptocurrencies, an Initial coin offering (ICO) is the equivalent of an Initial public offering (IPO) (TIWARI; GEPP; KUMAR, 2020). A company looking for capital to create a new currency, application, or service may utilize an ICO to generate money. Interested individuals will get a brand-new cryptocurrency token the firm has developed in return for their investment. This token may serve as payment for the product or service the company offers or simply as an investment in the company or project.

But over time, there have been several discussions over the legality of ICOs in different countries due to the nature of the investments involved, the lack of consistent laws, and false information about the technology. South Korea (Reuters, September 29, 2017) and China (Reuters, May 18, 2021) are examples of nations where ICOs have been banned or suppressed. However, other countries, such as Malta (Porat Group, January 14, 2021) and the United Arab Emirates (Mondaq, July 11, 2019), have tried to regulate ICOs and the cryptocurrency industry by enacting new regulations. The Securities and Exchange Commission (SEC) has jurisdiction over digital tokens produced in ICOs under the definition of "security" under U.S. securities law.

Looking at the Indian economy, there has been a rising tendency in recent years to raise money via these self-regulated ICOs rather than through conventional fundraising alternatives, which are subject to many regulatory compliances and, as a result, dilute the promoters' stake (BOUCHAGIAR, 2018). The issuing firm also benefits from the ICOs by establishing a pre-existing supply and demand ecosystem with a base of potential consumers already in place in the form of investors who have a stake in having access to the product

under development. ICOs are seen by many startups as disrupting the venture capital market.

Ethereum was the first cryptocurrency used in a token sale to raise money (WIŚNIEWSKA, 2018). This fruitful experience helped people understand the problems that companies that take part in ICOs confront. ICOs are blockchain-based smart contracts that release digital financial assets (coins or tokens) to raise money from external parties (FENU et al, 2018). The trade is conducted via the use of smart contracts. They provide computer protocols that represent the value exchange between an investor and an entrepreneur, potentially leading to the development of an ideal disintermediation that significantly reduces the costs incurred by participants in the financial market (KARPENKO; BLOKHINA; CHEBUKHANOVA, 2021).

There is no one comprehensive ICO platform or database. Research on this market is being conducted by some of the largest consulting companies, including Ernst & Young, Credit Suisse, PricewaterhouseCoopers, KPMG, and others, as well as the leading websites in the world for ICO market data, such as [www.coinschedule.com](http://www.coinschedule.com), [www.icobench.com](http://www.icobench.com), and [www.tokenmarket.net](http://www.tokenmarket.net) (DALUWATHUMULLAGAMAGE; SIMS, 2021). However, there are differences in the data from the sources mentioned earlier in terms of dates and quantities. The most comprehensive and reliable data source since the beginning of 2016 has been the website [www.coinschedule.com](http://www.coinschedule.com). We continue investigating the ICO procedure that was previously initiated (KARPENKO; BLOKHINA; CHEBUKHANOVA, 2021).

COUNTRY	QUANTITY OF ICO	SUCCESSFUL ICOs	AMOUNT OF FUNDS RAISED	SHARES IN TOTAL FUND
USA	703	195	7323891476	36.26%
SINGAPORE	571	219	2453584996	12.15%
SWITZERLAND	253	106	1779762235	8.81%
GREAT BRITAIN	492	156	1490111490	7.38%
CAYMAN ISLANDS	120	48	1339048258	6.63%
TAIWAN	22	8	1,046,428,001	5.18%
ESTONIA	287	121	948,870,090	4.70%

Source: <https://www.icobench.com> (accessed on May 20 2021)

## 2 RELEVANCE TO THE FIELD OF LAW AND ECONOMICS

India presents a significant potential for businesses operating in the virtual currency industry. Companies from India are also taking advantage of the market, not only international competitors. The company revealed that JioCoin would be Reliance Jio's entry into the cryptocurrency market (YADAVA, 2018). The use of ICOs to raise money in the market is on the rise. ICOs are seen by many startups as disrupting the venture capital market (SCHÜCKES; GUTMANN, 2021).

Additionally, it is a quicker method of acquiring money than the venture capital option (BOREIKO; VIDUSSO, 2019). From investors' perspective, most virtual currency exchange occurs in derivatives, where investors may encounter problems including subpar customer service, a lack of alternatives, a vulnerability to cyber-attacks, and imprecise paperwork (FISCH et al, 2021). As a result of the risks connected with this trust-based financial paradigm, several nations have outlawed trades in cryptocurrencies and ICOs. Transactions involving cryptocurrencies are irreversible (WU et al, 2021), which makes them handy to scammers and fraudsters. Analogous to the notion of crowdfunding, an ICO allows entrepreneurs to raise capital by creating and vending their virtual currency without being dependent on venture capital (BOGUSZ; LAURELL; SANDSTRÖM, 2020).

At first glance, it may seem to be a favourable prospect for effectively initiating a project. ICOs may appear to be a rapid and uncomplicated method of obtaining financing, with limited barriers to entry. In addition, tokens have the potential to facilitate the process of attracting initial adopters for startups and incentivizing developers to build applications on a newly introduced platform.

Cryptocurrency is growing in acceptance despite the criticism and dangers attached to it. Cryptocurrencies' rise in value and popularity presents various challenges and concerns for business and industrial economics (GIUDICI; MILNE; VINOGRADOV, 2020). Therefore, it becomes crucial to comprehend and evaluate the potential outcomes of the expanding ICO industry in India. This opens the market up to dangers, makes it vulnerable to criminal activity, and sparks a heated discussion across the commercial sector. For the digital economy, India needs a framework to keep up with new technology, safeguard investors, and have solid regulatory policies.

### 3 ECONOMIC ASPECTS OF ICO FOR CORPORATIONS AND INVESTORS

Numerous studies demonstrate that ICOs enable business owners to increase returns over conventional techniques. In his research on the value of crypto-tokens (CATALINI; GANS, 2018) discovered that as ICOs spur buyer competition, they show how much investors value the tokens without requiring the business owner to know the customers' willingness to pay in advance. Using this technique, ICOs can generate more money than IPOs, making them more appealing.

Additionally (AMSDEN; SCHWEIZER, 2018) showed that issuers could create market liquidity by under-pricing their ICOs, which raises demand for tokens. More demand improves the intrinsic worth of the tokens because the number of users determines their value. These two characteristics of ICOs enable them to provide substantial cash for business ventures.

Thanks to ICO models, businesses can issue tokens without any restrictions, conditions, or investor protection securities. To safeguard investors from insider self-dealing, (COHNEY et al, 2018) at the University of Pennsylvania discovered that many ICOs did not even commit to limiting the transfer of tokens to insiders. Issuers can spend their ICO cash however they see fit because investors have little control over this. Unlike shareholders, ICO investors lack the authority to nominate and vote for directors (KAAL; DELL'ERBA, 2017). Investors only have control over whether they keep or sell their tokens when placed on secondary exchanges (KAAL; DELL'ERBA, 2017, 2017).

A logical follow-up question is what characteristics would make ICOs appealing to retail investors, often small investors driven by the possibility of financial gains. They possess "lottery traits," such as idiosyncratic solid volatility, high skewness, and a low absolute price, which could be one cause. It has been demonstrated that individual stock market investors favour stocks with these qualities.

Researchers have found that investors do not always perform the necessary due diligence because they fear missing out on new industries with significant growth potential and uncertainty. The internet boom, the most recent technological revolution, produced a sizable body of evidence (FAHLENBRACH; FRATTAROLI, 2021).

In ICOs, residual cash flow rights are uncommon (FAHLENBRACH; FRATTAROLI, 2021). In most ICOs, holders of tokens will only see a return on their investment if the issuer's product becomes more popular (KRANZ; NAGEL; YOO, 2019).

In addition to the absence of income, selling utility tokens has another, more subtly stated issue. Suppose the issuer decides not to accept alternative forms of payment in the future. In that case, it will determine whether and how much the price of a utility token rises as the product becomes more popular (CATALINI; GANS, 2018).

#### **4 REGULATION OF INITIAL COIN OFFERINGS**

There is a dearth of global harmonization in token offerings, encompassing the likes of ICOs (BELLAVITIS; FISCH; WIKLUND, 2021). Various jurisdictions have adopted diverse methodologies, and the regulatory frameworks are still undergoing development. The regulatory environment is characterized by its dynamic nature and susceptibility to modifications. Forecasting the exact trajectory of regulatory growth or the potential for a universally harmonized approach remains challenging.

The distinctive characteristics of cryptocurrencies, blockchain technology, and token offerings pose a distinct set of obstacles for regulators as they strive to strike a balance between promoting innovation and safeguarding the interests of investors.

Though there are different laws for different countries, there are some specific approaches when we take a general overview of the rules governing this method. They are the following;

- Contractual Approach;
- Security Token Registration Approach;
- Comprehensive Token Registration Approach; and
- the Ban Approach.

In the Contractual Approach, the country's securities law does not apply to ICOs; instead, they are governed under the rule of contracts (GURREA-MARTÍNEZ; REMOLINA, 2021). The ICO is subject to the law of contracts and plays a significant role in this situation. Whereas in the Security Token Registration Approach, the tokens are divided into security tokens and non-security tokens. If the token is a security, it will be governed by the country's securities law; if not, it will be governed by the law of contracts (HASEEB; BAKAR; QURESHI, 2013). Similarly, the Comprehensive Token Registration Approach removes the issue of distinguishing the token by the promoter, and

the regulators take it upon themselves to see and take the correct decision concerning the token type (PERIWAL; LATH, 2021). And in the Ban Approach, due to uncertainties and many other factors, regulators in many countries have banned ICOs (SEHRA; SMITH; GOMES, 2017).

#### **4.1 ICO Regulations in the U.S.**

Many ICOs, according to the U.S. Securities and Exchange Commission (SEC), involve selling securities according to the Securities Act of 1933 (MENDELSON, 2019). A token sale that satisfies the SEC's definition of security is required to register with the SEC or fulfil the requirements for an exemption from registration. The "Howey Test" is the method the SEC used to evaluate whether a specific investment counts as a security (HENDERSON; RASKIN, 2019). According to the Supreme Court's Howey Test, an asset is deemed a security if it entails an investment of funds in a group venture with the prospect of rewards derived principally from the labour of others (HENNING, 2018). Thus, unless a registration exemption is available, all offers, and sales of securities must be registered with the SEC under Section 5 of the Securities Act of 1933.

Based on this approach, the SEC has said that most ICOs satisfy the Howey Test requirements and must be considered securities offerings. As a result, those that issue tokens that are considered securities are required to adhere to the applicable registration requirements or apply for an exemption from registration.

#### **4.2 ICO Regulation in the UK**

ICOs and their appropriateness for individual investors have drawn criticism from the U.K.'s Financial Conduct Authority (FCA) (TIWARI; GEPP; KUMAR, 2020). The FCA emphasizes that ICO investments carry a high level of risk and may not be appropriate for all investors (EXCELL; WILLEY; KITCHEN, 2019).

This is due, in part, to the fact that from a U.K. viewpoint, ICOs are not always regulated. Whether an ICO is held relies on several variables, including whether the token issued qualifies as a "specified investment" and if the issuer's actions fit within the definition of a "regulated activity" under U.K. regulatory standards.

FCA has underlined that investors participating in ICOs could not get the regulatory safeguards offered by programmes like the Financial Services Compensation Scheme and the Financial Ombudsman Service (DELL'ERBA, 2018). This absence of regulatory protection increases the dangers involved with investing in ICOs.

Additionally, the FCA has emphasized that it expects ICOs to follow best practices even if they are exempt from U.K. regulatory oversight (DOBRAUZ-SALDAPENNA; KLEBECK, 2019). To guarantee that investors are fully educated about the offer being presented to them, ICOs should be created, advertised, and managed accordingly.

#### **4.3 ICO Regulation in China**

On September 5, 2017, the People's Bank of China (PBOC) issued a statement declaring ICOs, illegal in China (PILAROWSKI; YUE, 2017). The PBOC and other Chinese regulatory authorities expressed concerns about the risks associated with ICOs, such as fraudulent activities, money laundering, and potential disruptions to financial stability (Deng H. et al., 2018).

Following the ban, Chinese authorities called on individuals and organizations to refund Chinese investors for any funds raised through ICOs.

#### **4.4 ICO Regulation in Indonesia**

Since 2014, Bank Indonesia, the primary financial institution of Indonesia, has maintained that cryptocurrencies and virtual currencies are not acknowledged as valid currencies or payment mechanisms within the nation (RAHARDJA, 2023). As mentioned above, the stance has been restated in several regulatory frameworks, encompassing processing payment transactions and electronic currency (HARRYANDI; NATASHA; AKBAR, 2022). As mentioned earlier, the regulations prohibit the utilization of cryptocurrencies as a means of payment and do not categorize them as a form of digital currency.

Notably, the prohibition of cryptocurrency as a means of payment does not necessarily encompass cryptocurrency trading or mining operations (SIMBOLON; SINAGA, 2022). Consequently, cryptocurrencies' trading and mining activities have persisted within the Indonesian context.

In June 2018, a high-ranking official from the Commodity Futures Trading Supervisory Agency (BAPPETI) publicly recognized that cryptocurrencies possess the characteristics of commodities and are eligible for trading on futures exchanges (PATI, 2019). According to available information as of September 2021, BAPPETI intends to promulgate a regulation or decree to validate this perspective (IRMA et al, 2021). However, no official confirmation has been issued thus far.

#### **4.5 ICO Regulation in India**

While certain countries have introduced detailed guidelines regulating ICOs, India presently has no regulatory framework governing ICOs. However, an absence of a clear regulatory regime has left the ICOs in an uncertain space with regulatory pitfalls (Shrestha P. et al. 2021). The Reserve Bank of India (“RBI”) has issued advisories over the past few years warning users, holders and traders of virtual currencies (“V.C.s”), including Bitcoin, about the potential economic, financial, operational, legal, customer protection and security-related risks associated in dealing with such V.C.s, and stating that creation, trading or usage of V.C.s, as a medium of payment. In 2018 it also issued a directive to Ban Cryptocurrency in India (NAVED, 2020).

The RBI appears to have taken a stricter stance than the previous one and has stopped contenting itself by simply warning the public. The Indian finance minister said during the presentation of the Union Budget 2018 that cryptocurrencies are not recognized as legal cash in India and added that the government would investigate the underlying technology of blockchains to use it in payment systems (SINGH; SINGH, 2018). The RBI has also instructed its regulated companies, including banks, NBFCs, and payment system providers, to refrain from engaging with or facilitating business with any person or company (YADAV, 2021).

In a ruling issued in 2020, the Supreme Court invalidated the RBI directive prohibiting financial services companies from dealing in cryptocurrencies (MATHUR, 2020). This judgement was passed after hearing many petitions against the RBI’s April 2018 ruling prohibiting financial institutions or private persons in India from dealing in cryptocurrencies, and it has concluded.

Yet there is no regulation in India which permits Initial Coin Offerings or Crypto Assets in India. Still, they are also not illegal. Nevertheless, The ICO market and V.C. exchanges in India may be severely hampered if banks and other financial institutions are prohibited from handling transactions involving

venture capital because the issuing companies won't be able to use any banking facilities.

## 5 COMMON CHALLENGES FACED IN THE ICO MARKET

Regulators and market agents know that one of the biggest problems and concerns facing the blockchain community is fraud in ICOs. Jay Clayton, the chairman of the Securities and Exchanges Commission (SEC), has expressed his shock at the extent of fraud in the ICO sector, hinting that additional regulatory action may be necessary to safeguard investors (Baker, 2018). Brad Garlinghouse, CEO of Ripple, and Joseph Lubin, co-founder of Ethereum, acknowledged that many ICOs are fraudulent and that additional regulatory action is anticipated. Promoting Ponzi schemes as high-yield investment programmes or merely as social games using smart contracts is one particularly dishonest use of ICOs (BARTOLETTI et al, 2020). However, similar to Bitcoin, the weight of these illicit transactions is currently minimal, even if it has already prompted regulator warnings to be issued (SEC, 2013).

Because hackers have taken advantage of numerous of its flaws, recent events have brought to light how some of the benefits of the Blockchain can equally be perceived as disadvantages. Even though the Blockchain's fundamental protocols are safe, the ecosystem has some weaknesses from shoddy security procedures, end users, and Blockchain-based software (JIA; ZHANG, 2017). Attacks have taken advantage of flaws in other protocols enabling websites and social media platforms, as well as in Blockchain wallets and exchanges. Both mediums are crucial to the launch of ICOs. The DAO is the most symbolic scenario regarding money and is a fantastic illustration of vulnerabilities at all levels. It is a decentralized investment fund where investors can vote on projects chosen by a committee of curators. According to predetermined payment conditions and subject to default risk, the sponsored projects would then refund the monies. By taking advantage of a weakness in the smart contract, the hacking attempt specifically targeted the funds raised by the ICO.

Given the complexity of securities, it is challenging to determine their fair value, leading to inefficient pricing, asset bubbles, and the inability to detect fraud. The intricacy of subordinated debt, preferred shares, and securitized assets attracted attention during the financial crisis of 2007–2009. We notice that crypto-assets represent a vast rise in complexity in the current ICO market compared to traditional securities. A cryptocurrency asset is a hybrid asset that combines many rights and value sources in a bundling-like fashion. This grouping

of several rights is one feature that is particularly concerning (cryptocurrency, security, and utility). Economic literature acknowledges that bundling entices consumers or investors to purchase (BASU, 2010; RUBINSTEIN; SPIEGLER, 2008). The early stages of the company venture's development present another issue with most ICOs. We notice an unanticipated complexity in the tokens initially released to finance the business, even in the case of utility tokens, that is, tickets connected with goods and services and not purchased to obtain a financial return.

## 6 ICOs: SUCCESSES AND FAILURES

An ICO project's success is primarily determined by signals that lessen information asymmetry, with some being more successful and distinctive than others. One such indicator is a solid whitepaper (FISCH, 2019). On the other hand, they might also be external elements that the project's promoters cannot influence or control, like cryptocurrency exchange rates (MYALO; GLUKHOV, 2019). The traceability of the token is a crucial element that is also viewed as a success indicator in and of itself (ACKERMANN; BOCK; BÜRGER, 2020). The campaign success criteria, which are more unstable than the primary success factors, focus on the project's aspects during the campaign. Giving bonuses to early investors during token pre-sales is a regular practice (LIU; WANG, 2019). Pre-sales activities have been shown to have a favourable influence (GIUDICI; ADHAM, 2019). Still, there is evidence that they can have the opposite effect when investors view them as an urgent need for cash, endangering the project's trustworthiness (MOMTAZ, 2020a).

J. R. Willett introduced Mastercoin, the first ICO, in 2013, after becoming interested in Bitcoin. Due to family support, Willett couldn't directly invest in Bitcoin due to security concerns. Instead, he used funds to pay individuals to operate his mining software on Craigslist. Willett wrote a "white paper" outlining the advantages of launching a different cryptocurrency as his interest in Bitcoin, and cryptocurrencies increased (ZHANG et. al, 2019).

In August 2017, Maksim Zaslavskiy introduced REcoin, the first real estate-backed cryptocurrency, intending to replace traditional currencies in real estate transactions and incorporate smart contracts for rentals (CHEN, 2018). International lawyers and programmers are working on solutions for REcoin holders and collaborating with online platforms (REcoin, 2017). The fraudulent nature of this scheme, which will be a significant focus for regulators and observers, involved Zaslavskiy effortlessly promoting the tricky ICO concept

to investors through an exaggerated white paper and social media marketing (ZETZSCHE et al, 2019). However, evaluating the true nature of the company proved costly for investors, as it required Blockchain and cryptocurrency expertise along with time for online research (MORGAN, 2017).

OneCoin, promoted as a cryptocurrency, was a Ponzi scheme operated by OneCoin Ltd, a company with offices (SCHARFMAN, 2023). OneCoin posed greater organizational complexity and challenges for investors than REcoin (QADIR; AHMAD, 2021). Disguised as an educational institution, the company sold packages with plagiarized materials, enticing investors to mine—OneCoin tokens that were supposed to appreciate and be divisible (CHILUWA, 2019). However, the tokens' value only increased on paper, serving solely to generate more tokens. Exchanging them for other currencies incurred significant fees and limitations (MUKHERJEE; LARKIN; CORBET, 2021). Investors could only profit by recruiting new members whose investments were used to pay limited withdrawals to higher-level members in the organization (REDMAN, 2016).

## 7 CONCLUSION

ICOs present considerable opportunities for investment and fundraising. However, it is crucial to adeptly navigate the intricate regulatory landscape to ensure adherence to regulations and fulfil stakeholders' expectations. Prominent legal domains encompass securities laws, financial statutes, consumer credit, contract law, data protection, sales promotion, and intellectual property. ICOs may be required to register tokens or qualify for exemptions, comply with anti-money laundering (AML) and Know Your Customer (KYC) regulations, and safeguard the confidentiality of participants' data. The principles of contract law hold significant importance in establishing enforceable rights and obligations. Implementing data protection and privacy regulations is crucial in ensuring the security of individuals' data.

The marketing and promotion strategies of the ICO, particularly those aimed at retail investors, may activate sales promotion regulations. Securing intellectual property rights is paramount for ICOs incorporating cutting-edge technology or intellectual property assets. It is advisable to seek guidance from legal experts with expertise in Blockchain, cryptocurrencies, and pertinent regulatory frameworks to effectively manage the distinct legal implications associated with an ICO.

## REFERENCES

- ACKERMANN, Erik; BOCK, Carolin; BÜRGER, Robin. Democratizing entrepreneurial finance: the impact of crowdfunding and initial coin offerings (ICOs). In: MORITZ, Alexandra; BLOCK, Joern H.; GOLLA, Stephan; WERNER, Arndt. **Contemporary developments in entrepreneurial finance**. Zurich (Switzerland): Springer, 2020. p. 277-308.
- ADHAMI, Saman; GIUDICI, Giancarlo; MARTINAZZI, Stefano. Why do businesses go crypto? an empirical analysis of initial coin offerings. In: **Journal of Economics and Business**, Amsterdam (Netherlands), Ed. Elsevier, v. 100, pages 64-75, November–December 2018.
- AMSDEN, Ryan; SCHWEIZER, Denis. Are blockchain crowdsales the new “gold rush”? success determinants of initial coin offerings. April 16, 2018. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=3163849>>.
- ANTE, Lennart; SANDNER, Philipp; FIEDLER, Ingo. Blockchain-based ICOs: pure hype or the dawn of a new era of startup financing? In: **Journal of Financial Risk Management**, Basel (Switzerland), Ed. MDPI, v. 11, Issue 80, 2018.
- BANYAL, Sana. Decoding the Supreme Courts cryptocurrency judgement Internet and Mobile Association of India v. Reserve Bank of India. In: **Supremo Amicus**, v. 18, p. 776-779, 2020.
- BAKER, Nick. Widespread fraud in ICOs and penny stocks shocked SEC's jay clayton. In: Bloomberg. 2018. Retrieved from: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-04-10/widespread-fraud-in-icos-and-penny-stocks-shocked-sec-s-clayton>>.
- BARTOLETTI, Massimo; CARTA, Salvatore; CIMOLI, Tiziana; SAIA, Roberto. Dissecting ponzi schemes on ethereum: identification, analysis and impact. In: **Future Generation Computer Systems**, Knoxville (Tennessee - USA), Ed. Elsevier, v. 102, p. 259-277, 2020.
- BASU, Kaushik. A marketing scheme for making money off innocent people: a user's manual. In: **Economics Letters**, Ontario (Canada), Ed. Elsevier, v. 107, Issue 2, p. 122-124, 2010.
- BELLAVITIS, Cristiano; FISCH, Christian; WIKLUND, Johan. A comprehensive review of the global development of initial coin offerings (ICOs) and their regulation. In: **Journal of Business Venturing Insights**, Amsterdam (Netherlands), Ed. Elsevier, v. 15, Issue e00213, june 2021.
- BOGUSZ, Claire Ingram; LAURELL, Christofer; SANDSTRÖM, Christian. Tracking the digital evolution of entrepreneurial finance: the interplay between crowdfunding, blockchain technologies, cryptocurrencies, and initial coin offerings. In: **IEEE Transactions on Engineering Management**, New Jersey (USA), v. 67, Issue 4, p. 1.099-1.108, 2020.

BOUCHAGIAR, George. Initial coin offering and cryptocurrencies: shifting trust away from human actors and toward a cryptographic system. In: **Journal of Financial Risk Management**, Basel (Switzerland), Ed. MDPI, v. 7, Issue 4, p. 386-427, December 2018.

BOREIKO, Dmitri; VIDUSSO, Gioia. New blockchain intermediaries: do ICO rating websites do their job well? In: **The Journal of Alternative Investments**, Amherst (Massachusetts – USA), Ed. Portolio Management Research, v. 21, Issue 4, p. 67-79, 2019.

BOURVEAU, Thomas; DE GEORGE, Emmanuel T.; ELLAHIE, Atif; MACCIOCCHI, Daniele. Initial coin offerings: early evidence on the role of disclosure in the unregulated crypto market. 2018. Retrieved from: <[https://www.marshall.usc.edu/sites/default/files/2019-03/thomas\\_bourveau\\_icos.pdf](https://www.marshall.usc.edu/sites/default/files/2019-03/thomas_bourveau_icos.pdf)>.

CATALINI, Christian; GANS, Joshua S. Initial coin offerings and the value of crypto tokens. In: **National Bureau of Economic Research**, Cambridge (Massachusetts), e. NBER, n.º 24418, 2018.

CHEN, Yan. Blockchain tokens and the potential democratization of entrepreneurship and innovation. In: **Business Horizons**, Amsterdam (Netherlands), Ed. Elsevier, v. 61, Issue 4, p. 567-575, July-August 2018.

CHILUWA, Isioma Maureen. "Truth," lies, and deception in ponzi and pyramid schemes. In: CHILUWA, Innocent E.; SAMOILENKO, Sergei A. (Coord.). **Handbook of research on deception, fake news, and misinformation online**. Hershey (Pennsylvania - USA): IGI Global, 2019. p. 439-458.

CHINA bans financial, payment institutions from cyptocurrency business. Reuters. May 18, 2021. Available at: <<https://www.reuters.com/technology/chinese-financial-payment-bodies-barred-cryptocurrency-business-2021-05-18/>>.

CHOD, Jiri; LYANDRES, Evgeny. A theory of ICOs: diversification, agency, and asymmetric information. In: **NBER Working**, Paper n.º 27222. Cambridge: NBER, 2018.

COHNEY, Shaanan; GREEN, Matthew; HENINGER, Nadia et al. Pratical state recovery attacks against legacy RNG implementations. October 2018. Available at: <<https://www.researchgate.net/profile/Shaanan-Cohney>>.

CONG, Lin William; LI, Ye; WANG, Neng. Tokenomics: dynamic adoption and valuation. In: **Becker Friedman Institute for Research in Economics Working**, Paper n.º 2018-49. Chicago: Becker Friedman Institute for Research in Economics, 2018.

CRYPTOCURRENCY Exchange Regulation in Malta. In: Porat Group. January 14, 2021. Available at: <<https://www.porat.com/cryptocurrency-exchange-regulation-in-malta/>>.

DALUWATHUMULLAGAMAGE, Dulani Jayasuriya; SIMS, Alexandra. Fantastic beasts: blockchain based banking. In: **Journal of Financial Risk Management**, Basel (Switzerland), Ed. MDPI, v. 14, Issue 4, p. 1-43, 2021.

DELL'ERBA, Marco. Initial coin offerings: the response of regulatory authorities. In: **New York University Journal of Law and Business**, New York, Ed. New York University, v. 14, Issue 3, p. 1,107-1,136, 2018.

DENG, Hui; HUANG, Robin Hui; WU, Qingran. The regulation of initial coin offerings in China: problems, prognoses and prospects. In: **European Business Organization Law Review**, The Hague (Netherlands), Ed. Rainer Kulms, v. 19, Issue 3, p. 465-502, 2018.

DO you invest in ICOs?: 9 crypto experts share their opinions. Invest in Blockchain (Editorial Staff). 2018. Available at: <<https://www.investinblockchain.com/invest-in-icos/>>. Accessed: April 25, 2019.

DOBRAUZ-SALDAPENNA, Guenther; KLEBECK, Ulf. Initial coin offering: legal and regulatory challenges of crossing the borders. In: **The Journal of Alternative Investments**, Amherst (Massachusetts – USA), Ed. Portolio Management Research, v. 21, Issue 4, p. 81-94, 2019.

EXCELL, J.; WILLEY, Stuart; KITCHEN, L. Cryptic by nature. In: **International Financial Law Review**, London, Ed. Delinian, Issue 2, p. 84-88, 2019.

FAHLENBRACH, Rüdiger; FRATTAROLI, Marc. ICO investors. In: **Financial Markets and Portfolio Management**, Zurich (Switzerland), Ed. Springer / Swiss Society for Financial Market Research, v. 35, Issue 1, p. 1-59, 2021.

FENU, Gianni; MARCHESI, Lodovika; MARCHESI, Michele; TONELLI, Roberto. The ICO phenomenon and its relationships with ethereum smart contract environment. In: **2018 International Workshop on Blockchain Oriented Software Engineering (IWBOSE)**. Campobasso (Italy): IEEE, 2018. p. 26-32.

FISCH, Christian. Initial coin offerings (ICOs) to finance new ventures. In: **Journal of Business Venturing**, Amsterdam (Netherlands), Ed. Elsevier, p. v. 34, Issue 1, p. 1-22, 2019.

FISCH, Christian; MASIAK, Christian; VISMARA, Silvio; BLOCK, Joern. Motives and profiles of ICO investors. In: **Journal of Business Research**, Amsterdam (Netherlands), Ed. Elsevier, v. 125, p. 564-576, 2021.

FUTURE of Virtual Currencies in India. Available at: <<http://www.mondaq.com/india/x/608424/fin+tech/Future+Of+Virtual+Currencies+In+India>>.

GIUDICI, Giancarlo; ADHAM, Saman. The impact of governance signals on ICO fundraising success. In: **Journal of Industrial and Business Economics**, Zurich (Switzerland), Ed. Springer, v. 46, Issue 2, p. 283-312, June 2019.

GIUDICI, Giancarlo; MILNE, Alistair; VINOGRADOV, Dmitri. Cryptocurrencies:

market analysis and perspectives. In: **Journal of Industrial and Business Economics**, Zurich (Switzerland), Ed. Springer, v. 47, p. 1-18, 2020.

GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio; REMOLINA, Nydia. Corporate governance challenges in initial coin offerings. In: GODWIN, Andrew; LEE, Pey Woan; LANGFORD, Rosemary Teele (Ed.). **Technology and Corporate Law**. Cheltenham (UK) / Camberley (UK) / Northampton (Massachusetts – USA): Edward Elgar, 2021. p. 205-226.

HARISH, Archana Rachana; LIU, Xinlai L.; LI, Ming; ZHONG, Ray Y.; HUANG, George Q. Blockchain-enabled digital assets tokenization for cyber-physical traceability in e-commerce logistics financing. In: **Computers in Industry**, Amsterdam (Netherlands), Ed. Elsevier, v. 150, Issue 103956, 2023.

HARRYANDI, Alexander; NATASHA, Fira; AKBAR, Muhammad. Regulating initial coin offering amidst the development of crypto assets in Indonesia. In: **Journal of Central Banking Law and Institutions**, Bali (Indonesia), Ed. Bank of Indonesia, v. 1, Issue 3, p. 537-570, 2022.

HASEEB, Khalid; BAKAR, Kamalrulnizam Abu; QURESHI, Kashif Naseer. Comparison of public key authority and token based registration approach. In: **World Applied Sciences Journal**, Pakistan, Ed. Idosi, v. 23, Issue 6, p. 740-743, 2013.

HENDERSON, M. Todd; RASKIN, Max. Regulatory classification of digital assets: toward an operational howey test for cryptocurrencies, icos, and other digital assets. In: **Columbia Business Law Review**, New York, Ed. Columbia Universit and Columbia Universit Libraries, Issue 2, p. 443-493, 2019.

HENNING, Justin. The howey test: are crypto-assets investment contracts? In: **University of Miami Business Law Review**, Miami, Ed. University of Miami Law School, v. 27, Issue 1, p. 51-74, 2018.

HOW China's stifling bitcoin and cryptocurrencies: quicktake Q&A. In: Washington Post, January 16, 2018. Available at: <[https://www.washingtonpost.com/business/how-chinas-stifling-bitcoin-and-cryptocurrencies-quikktake/2018/02/27/5c861f14-1c16-11e8-98f5-ceecfa8741b6\\_story.html?noredirect=on](https://www.washingtonpost.com/business/how-chinas-stifling-bitcoin-and-cryptocurrencies-quikktake/2018/02/27/5c861f14-1c16-11e8-98f5-ceecfa8741b6_story.html?noredirect=on)>.

IRMA, Dasih; MAEMUNAH, Sari; ZUHRI, Saefudin; JUHANDI, Nendi. The future of cryptocurrency legality in Indonesia. In: **Journal of Economics and Business Letters**, Jakarta (Indonesia), Ed. Privietlab, v. 1, Issue 1, p. 20-23, 2021.

JACKSON, Michael. Tokenization: implications for the venture capital industry. In: **Mangrove Capital Partners**, 2017.

JIA, Kai; ZHANG, Falin. Between liberalization and prohibition. In: CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm (Ed.). **Bitcoin and beyond**: cryptocurrencies, blockchains, and global governance. London (UK): Routledge, 2017. p. 88-108.

JOO, Mohammad Hashemi; NISHIKAWA, Yuka; DANDAPANI, K. ICOs, the next generation of IPOs. In: **Managerial Finance**, Leeds (England – United Kingdom), Ed. Emerald, v. 46, Issue 6, p. 761-783, July 11, 2020.

KAAL, Wulf A.; DELL'ERBA, Marco. Initial coin offerings: emerging practices, risk factors, and red flags. In: **University of St. Thomas (Minnesota) Legal Studies Research Paper**, n. 17-18, 2017.

KAAL, Wulf A.; DELL'ERBA, Marco. Initial coin offerings: emerging practices, risk factors, and red flags. In: MÖSLEIN, Florian; OMLOR, Sebastian (Ed.). **Fintech handbook**. Munich: Beck, 2018.

KARPENKO, Oksana A.; BLOKHINA, Tatiana K.; CHEBUKHANOVA, Lali V. The initial coin offering (ICO) process: regulation and risks. In: **Journal of Financial Risk Management**, Basel (Switzerland), Ed. MDPI, v. 14, Issue 12, p. 599-605, 2021.

KIM, Cynthia. South Korea bans raising money through initial coin offerings. Reuters. September 29, 2017. Available at: <<https://www.reuters.com/article/us-southkorea-bitcoin-idUSKCN1C408N>>.

KRANZ, Johann; NAGEL, Esther; YOO, Youngjin. Blockchain token sale: economic and technological foundations. In: **Business & Information Systems Engineering**, Heidelberg (Germany), Ed. Gabler, v. 61, Issue 6, p. 745-753, 2019.

LEGAL Status of Virtual Currencies/ Cryptocurrencies in India. Available at: <<http://www.mondaq.com/india/x/583670/fin+tech/Legal+Status+Of+Virtual+CurrenciesCryptocurrencies+In+India>>.

MATHUR, Aneesha. Supreme Court quashes RBI ban on cryptocurrency trade. In: India Today. March 4, 2020. Available at: <<https://www.indiatoday.in/business/story/supreme-court-quashes-rbi-ban-on-cryptocurrency-1652254-2020-03-04>>.

MENDELSON, Michael. From initial coin offerings to security tokens: a US Federal Securities law analysis. In: **Stanford Technology Law Review**, Stanford (California), Ed. Stanford University, v. 22, Issue 1, p. 52-94, 2019.

MAMONOV, Stanislaw; MALAGA, Ross. Success factors in Title III equity crowdfunding in the United States. In: **Electronic Commerce Research and Applications**, Amsterdam (Netherlands), Ed. Elsevier, v. 17, pages 65-73, January–February 2018.

MORGAN, Johsua S. What learned trading cryptocurrencies while studying the law. In: **University of Miami Business Law Review**, Miami, Ed. University of Miami Law School, v. 25, Issue 1, p. 159-[vi], 2017.

MUKHERJEE, Sanmoy; LARKIN, Charles; CORBET, Shaen. Cryptocurrency ponzi schemes. In: CORBET, Shaen (Ed.). **Understanding cryptocurrency**

**fraud:** the challenges and headwinds to regulate digital currencies. vol. 2. Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2021. p. 111-119.

NAVED, Nabee. Virtual currencies in India: analyzing the Reserve Bank of India's big" ban" theory. In: **Banking & Finance Law Review**, Toronto (Canada), Ed. HAB, v. 36, Issue 1, p. 145-154, 2020.

PATI, U. Khaerah. The regulation of cryptocurrency investment in Indonesia. In: 3.rd International Conference on Globalization of Law and Local Wisdom (ICGLOW 2019). **Anais...** Dordrecht (Netherlands), Ed. Atlantis, p. 209-212, October, 2019.

PERIWAL, Rishabh; LATH, Yajur. Initial coin offerings: an analysis of the potential legal and regulatory challenges and framework. In: **Indian Journal of Integrated Research in Law**, Dwarka (New Delhi), Ed. IJIRL, v. 1, Issue 2, 2021.

PILAROWSKI, Greg; YUE, Lu. China bans initial coin offerings and cryptocurrency trading platforms. In: **China Regulation Watch**, Shanghai (China), Ed. Pilar Legal, v. 3, 2017.

QADIR, Aram Mohammed Amin; AHMAD, Rebwar Mohammed. One coin-Scam cryptocurrency impact on financial market. In: **Technium Social Science Journal**, Constanta (Romania) Ed. Ovidius University of Constanta, v. 16, Issue 1, p. 274-282, February 2021.

RAHARDJA, Untung. The economic impact of cryptocurrencies in Indonesia. In: **ADI Journal on Recent Innovation**, Jakarta (Indonesia), Ed. Asosiasi Dosen Indonesia, v. 4, Issue 2, p. 194-200, 2023.

REcoin. REcoin: The first ever cryptocurrency backed by real estate, confirms token pre-sale and ICO launch dates. Newswire. 2017. Retrieved from: <<https://www.prnewswire.com/news-releases/recoin-the-first-ever-cryptocurrency-backed-by-real-estate-confirms-token-pre-sale-and-ico-launch-dates-300487074.html>>. Accessed: November 6, 2017.

REDMAN, Jamie. Buyer beware! the definitive OneCoin ponzi exposé. In: Bitcoin.com. 2016. Retrieved from: <<https://news.bitcoin.com/beware-definitive-onecoin-ponzi/>>. Accessed: November 6, 2017.

RIZVI, Hasan Anwar. United Arab Emirates: initial coin offerings in the United Aram Emirates. Mondaq. July 11, 2019. Available at: <<https://www.mondaq.com/fin-tech/821846/initial-coin-offerings-in-the-united-arab-emirates>>.

SCHARFMAN, Jason. Cryptocurrency ponzi, pyramid, and MLM schemes: part 1. In: SCHARFMAN, Jason. **The cryptocurrency and digital asset fraud casebook**. Cham: Springer International, 2023. p. 35-53.

SCHÜCKES, Magnus; GUTMANN, Tobias. Why do startups pursue initial coin offerings (ICOs)? The role of economic drivers and social identity on funding choice. In: **Small Business Economics**, Zurich (Switzerland), Ed. Springer, v.

57, Issue 2, p. 1.027-1.052, 2021.

SEHRA, Avtar; SMITH, Philip; GOMES, Phil. Economics of initial coin offerings. Allen & Overy, v. 1, 2017.

SHRESTHA, Prabal; ARSLAN-AYAYDIN Özgür; THEWISSEN, James; TORSIN, Woulter. Institutions, regulations and initial coin offerings: an international perspective. In: **International Review of Economics & Finance**, Amsterdam (Netherlands), Ed. Elsevier, v. 72, p. 102-120, March 2021.

SIMBOLON, Alum; SINAGA, Desy Indriani Grace. The legality of cryptocurrency transactions in Indonesia. In: **Jurnal Daulat Hukum**, Semarang (Java - Indonesia), Ed. Faculty of Law, Sultan Agung Islamic University (Unissula), volume 5, Issue 3, p. 196-210, September 2022.

SINGH, Arvind Kumar; SINGH, Karan Veer. Cryptocurrency in India-its effect and future on economy with special reference to bitcoin. In: **International Journal of Research in Economics and Social Sciences (IJRESS)**, Karnataka, (India), Ed. Euro Asia Research and Development Association, 8, Issue 3, p. 115-126, March, 2018.

TIWARI, Milind; GEPP, Adrian; KUMAR, Kuldeep. The future of raising finance-a new opportunity to commit fraud: a review of initial coin offering (ICOs) scams. In: **Crime, Law and Social Change**, Dordrecht (Netherlands), Ed. Springer, v. 73, p. 417-441, 2020.

VIRTUAL Currencies - An Enigma For Indian Authorities. Available at: <<http://www.mondaq.com/india/x/660310/Financial+Services/VIRTUAL+CURRENCIES+AN+ENIGMA+FOR+INDIAN+AUTORITIES>>.

YADAV, Aman Kumar. Cryptocurrency in India: to ban or not to ban. In: The RMLNLU Law Review Blog, March 2, 2021. Available at: <<https://rmlnlulawreview.com/2021/03/02/cryptocurrency-in-india-to-ban-or-not-to-ban>>.

YADAVA, Anup Kumar. Prevalence of crypto-currencies: a critical review of their functioning and impact on indian economy. In: **International Journal of Research in Economics and Social Sciences (IJRESS)**, Karnataka, (India), Ed. Euro Asia Research and Development Association, v. 8, Issue 1, p. 560-567, 2018.

WIŚNIEWSKA, Anna. The initial coin offering-challenges and opportunities. In: **Copernican Journal of Finance & Accounting**, Toruń (Polska), Ed. Nicolaus Copernicus University, v. 7, Issue 2, p. 99-110, 2018.

WU, Jiajing; LIU, Jieli; ZHAO, Yijing; ZHENG, Zibin. Analysis of cryptocurrency transactions from a network perspective: an overview. In: **Journal of Network and Computer Applications**, Norman (Oklahoma - USA), v. 190, p. 103-139, 2021.

ZETZSCHE, Dirk Andreas; BUCKLEY, Ross P.; ARNER, Douglas W.;

FÖHR, Linus. The ICO gold rush: it's scam, it's bubble, it's super challenge for regulators. In: **Harvard International Law Journal**, Cambridge (Massachusetts), Ed. Harvard Law School, v. 60, Issue 2, p. 267-316, 2019.

ZHANG, Alfred Ruoxi; RAVEENTHIRAN, Anujan; MUKAI, Justin; NAEEM, Ramisha; DHUNA, Arvin; PARVEEN, Zoha; KIM, Henry. The regulation paradox of initial coin offerings: a case study approach. In: **Frontiers in Blockchain**, Toronto (Ontario – Canada), Ed. Shulich School of Business, York University, v. 2, Issue 2, 2019.

Submissão em: 18 de julho de 2023

Último Parecer favorável em: 27 de novembro de 2023

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

KASHYAP, Amit Kumar; PRAJAPATI, Milan. A comparative review on political economy & law on India's cryptocurrency landscape and Indian coin offerings. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 3, p. 38-57, set.-dez. 2023.

**DIRITTO E VULNERABILITÀ SOCIALI: RELATIVISMO CULTURALE  
DOGMATICO E IL POSITIVISMO STATALE DELLA DITTATURA MILITARE  
BRASILIANA: CONSIDERAZIONI SULLA LEGGE DI ESECUZIONE PENALE  
E LE MISURE DI POLITICA CRIMINALE NELLA SICUREZZA PUBBLICA  
E DIFESA SOCIALE: L'INTERNALIZZAZIONE DEI DIRITTI UMANI  
FONDAMENTALI NELLA DEMOCRATIZZAZIONE DELLA GIUSTIZIA  
PENALE E IL PRINCIPIO DELL'UMANITÀ**

**CAROLINA ANGELO MONTOLLI<sup>1</sup>**

**SINTESI**

L'intenzione di questo lavoro è di dare una risposta a un problema che è sorto odiernamente, quello di valutare il modo per il quale il diritto Penale e la Criminologia, come Scienze Autonome, vengono utilizzati in vista del Nuovo Costituzionalismo Statale. Abbiamo, pertanto, cercato di comprendere la Dittatura Militare Brasiliiana sotto l'ottica degli interessi militari e la portata della protezione normativa dei diritti umani in Brasile. Rapportare e comprendere in questo spazio d'informazioni e alla luce delle istanze internazionali e nazionali in che modo il diritto viene utilizzato come strumento di difesa degli interessi pubblici, e qual è l'impatto di tali informazioni sulla società umana di fronte alla storia che è sulle nostre teste, come qualcosa priva di senso e di qualunque utilità. Ci si tratterà, altresì, il costituzionalismo come fenomeno relativamente recente nella società moderna, rappresentando movimento ideologico di limitazione all'esercizio del potere statale. Perciò sarà oggetto della ricerca la nozione di democrazia costituzionale, come sviluppata da Luigi Ferrajoli. Tale ricerca si caratterizza come esplorativa. Quanto alla natura, si è presentata da un approccio qualitativo, nel quale si è cercato il sostentamento teorico, ossia, l'analisi del tema sopraccitato utilizzando imbasamenti teorici per spiegare la ricerca. Il presente studio si è basato ancora, fondamentalmente, su due procedure tecniche, cioè: documentale e bibliografica, per la costruzione

<sup>1</sup> Pesquisadora em Ciência e Tecnologia da Fundação João Pinheiro. Pós-Doutora em Direitos Sociais e Vulnerabilidades pela Università Degli Studi di Messina, Sicilia, Itália. Conselheira Titular do CAP/AGE/MG e CTPCC/CGE/MG. Professora de Direito e Advogada. e-mail: carolinamontolli@gmail.com

dell'oggetto di studio. Si è concluso che la realtà dell'esecuzione penale in Brasile è ben diversa dalla sua previsione legale, essendo necessarie misure urgenti di politiche criminali per alterare tale realtà.

**Parole-chiave:** Nuovo Costituzionalismo. Relativismo Culturale. Positivismo Statale. Dittatura Militare Brasiliana. Democrazia Costituzionale.

## ABSTRACT

The aim of this study is to provide an answer to a problem that arose in the contemporary world, which is to assess the way the Criminal Law and Criminology as Autonomous Sciences has been used against the New State Constitutionalism. So we try to seek understanding of the Brazilian Military Dictatorship from the perspective of military interests and scope of the rules protecting human rights in Brazil. Report and understand that bulge information and in the light of international and national bodies how the law has been used as an instrument of defense of public interests, and what has been the impact of such information on human society front of the story that hangs over our heads as meaningless and devoid of any utility. Yet, will be addressed-constitutionalism as relatively recent phenomenon in modern society representing ideological movement limitation on the exercise of state power. Because of that will be the object of research the idea of constitutional democracy, as developed by Luigi Ferrajoli. This research is characterized as exploratory. The nature, performed with a qualitative approach, in which it sought a theoretical support, ie analysis on the above subject using theoretical grounds to explain the research. Still, this study was based fundamentally on two technical procedures, namely desk and literature, to build the object of study. It was concluded that the reality of criminal enforcement in Brazil is quite different from its legal provision, requiring urgent measures of criminal policies to change this reality.

**Keywords:** New Constitutionalism. Cultural relativism. State positivism. Brazilian Military Dictatorship. Constitutional Democracy.

## 1 INTRODUZIONE

Migliaia di famiglie e madri di giovani che furono torturati e che caddero nelle guerreglie contro la dittatura militare instaurata in Brasile tra gli anni 1964 e 1979 non hanno dimenticato mai quei giorni. Sono stati necessari ancora trentuno anni perché queste vittime indirette potessero riprendere il senso della giustizia. Ciò è avvenuto quando la presidente Dilma Rousseff ha deciso di sanzionare la Legge n.º 12.528, del 18 novembre 2011, creando la Commissione Nazionale della Verità al fine di portare fuori dai sotterranei gli archivi segreti delle operazioni militari in Brasile.

È certo che l'imperialismo *yankee* si credeva di essere l'onnipotenza

mondiale e l'unica verità e, per questo, finiva per disprezzare l'autonomia dei paesi vicini nello scegliere il miglior modo di essere amministrati. Così, gli americani decisero di investire massicciamente nell'America Centrale e del Sud, rispettivamente, contro il comunismo, incitando i militari del continente ad assumere il potere per proteggere la nazione.

La rinuncia dell'ex-presidente Jânio Quadros fu, certamente, l'inizio della rivoluzione che temeva l'ascensione del socialista João Goulart alla presidenza, così come anche l'ascensione del governatore del Rio Grande do Sul, Leonel Brizola.

In questo modo, e davanti ai fatti che succedevano, i militari decisero, il 31 marzo del 1964, d'impadronirsi del potere e di contenere l'avanzamento del socialismo e del comunismo, infliggendo a tutta la società civile meccanismi di controllo allo scopo di trovare delle tracce di sovversione all'ordine imposto.

Quindici anni di torture, crimini senza traccia, scomparsa di migliaia di persone, tra queste, alcuni politici e giornalisti, come Vladmir Herzog, scomparvero o nei carceri del Dipartimento d'Ordine Politico e Sociale (DOPS), o nei cimiteri clandestini sparsi chissà dove.

Pertanto, nonostante il Brasile si mostrasse tanto fiero dei ricordi di uomini e di azioni come quella del Barone del Rio Branco, conosciuto come l'"Aquila di Haya" per aver difeso e collaborato nella risoluzione dei problemi esterni, i brasiliiani si risentivano del fatto che il paese manteneva la macula della dittatura e di un omicidio di massa nella sua storia col pretesto che i morti erano sovversivi all'ordine.

Non per caso, nel 1988, all'insegna dei cambiamenti e dei venti di un nuovo ordine di pensieri liberali, i congressisti brasiliiani impiantarono e sanzionarono la prima Costituzione veramente democratica (come diceva l'ex-deputato federale e congressista, Ulysses Guimarães), essendolo affermato dal suo preambolo.

Per non parlare dell'art. 5.<sup>º</sup> e le sue sottosezioni che stabiliscono, tra altri argomenti, l'uguaglianza degli uomini, donne, bambini e anziani dinanzi alla legge, uguagliandosi ancora i brasiliiani nati agli stranieri che qui vivono, garantendogli il diritto alla vita, alla libertà, alla parità, alla sicurezza e alla proprietà.

Tra le sottosezioni dell'art. 5.<sup>º</sup>, si evidenziano la III (nessuno sarà sottomesso alla tortura, né a trattamento inumano o degradante); IV (è libera la manifestazione del pensiero, essendo vietato l'anonimato); VI (è inviolabile alla libertà di coscienza e di credenza, essendo assicurato il libero esercizio dei culti

religiosi e garantita, ai sensi della legge, la protezione ai locali di culto e le sue liturgie); VIII (nessuno sarà privato dai diritti per motivo di credenza religiosa o di convinzione filosofica o politica, salvo se le invocherà per esimersi da obbligo legale a tutti imposto e rifiutarsi di compiere prestazione alternativa, fissata in legge); IX (è libera l'espressione dell'attività intellettuale, artistica, scientifica e di comunicazione, indipendentemente da censura o licenza); XLIII (la legge prenderà in considerazione reati non suscettibili a cauzione, a grazia o amnistia, la pratica della tortura, il traffico illecito di stupefacenti e di droghe simili, il terrorismo e quelli definiti come crimini atroci, rispondendo a essi i mandanti, gli esecutori e quelli che, potendo evitarli, si omettono).

Finalmente, ci sono ancora le sottosezioni che trattano la questione della giurisdizione internazionale, come, ad esempio, le sottosezioni LXXXVIII, § 2.º (i diritti e le garanzie espressi in questa Costituzione non escludono altri, decorrenti dal regime e dai principi adottati da essa, o dai trattati internazionali di cui la Repubblica Federativa del Brasile ne faccia parte); § 3.º (i trattati e convezioni internazionali sui diritti umani che verranno approvati, a ogni Casa del Congresso Nazionale, in due turni, da tre quinti dei voti dei rispettivi membri, saranno equivalenti agli emendamenti costituzionali); § 4.º (Il Brasile si sottomette alla giurisdizione del Tribunale Penale internazionale alla cui creazione abbia manifestato adesione).

Le sottosezioni menzionate costituiscono un marchio nella giurisdizione brasiliana e, addirittura, in quella internazionale, una volta che, dalla dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, diversi paesi del mondo stavano abbozzando nelle loro rispettive Costituzioni nazionali alcuni di questi precetti, e anche dal fatto che volessero mettere fine alla guerra e ai tanti reati commessi contro l'umanità.

Questo perché il nesso tra garantismo e costituzionalismo è l'unico ordine costituzionale possibile per la realizzazione del progetto garantista; la sua concretizzazione è dovere costituzionale e impone al proprio diritto positivo la sua effettuazione. Il proprio costituzionalismo si alimenta del progetto garantista per condizionare la legittimità dell'esercizio del potere di fronte all'adempimento di certe esigenze morali che si fondono ai diritti fondamentali. Da questo nesso sorge il cambiamento di fuoco del parametro di validità della legge penale, e questa trasformazione si è costituita nell'alterazione del paradigma che prima era soltanto la legge penale, per dipendere, in questo nuovo contesto, dalla coerenza costituzionale, giustificata, tale coerenza, dai diritti fondamentali.

Altra premessa del garantismo è la separazione tra diritto e morale. La distinzione risiede nell'autonomia delle sfere del diritto e della morale. Ossia, il diritto non dev'essere mai utilizzato come strumento di coazione morale. Né, pertanto, la morale dev'essere fondamentata dal diritto.

## 2 DEI REATI CONTRO L'UMANITÀ ALLA DITTATURA MILITARE IN BRASILE

González (2002) ricorda che il collasso della politica populista si è verificato il 31 marzo del 1964, con il colpo militare che rimosse il governo costituzionale di João Goulart, dando inizio a un periodo di 21 anni di autoritarismo. Arruda (1997, p. 421) commenta che il colpo militare stava già per essere eseguito, una volta che i militari e alcuni politici non approvavano Jango come presidente, per considerarlo legato alle sinistre.

Tanto è vero che, a São Paulo, gli effettivi del II Esercito furono persino spostati e ci furono tentativi di levante nell'Aeronautica (São Paulo-Brasilia). Dall'altro lato, in Rio Grande do Sul, ci fu una forte reazione in favore di João Goulart, e le forze dello Stato, intestate dal governatore Leonel Brizola, si mobilizzarono con l'obiettivo di marciare verso il nord, per assicurare l'assunzione di Goulart.

Anche se frenato dal Congresso, che il 2 settembre approvò un'alterazione nella Costituzione, istituendo il regime parlamentarista nel paese, Goulard assunse la presidenza della Repubblica il giorno 7 settembre. Sin dall'inizio, però, il suo governo dovette affrontare seri problemi economico-finanziari come l'inflazione, la svalutazione della moneta, l'alto costo della vita e il debito estero del paese. Il giorno 23 gennaio del 1963, dopo un plebiscito nel quale circa 10 milioni di brasiliani scelsero la fine del parlamentarismo (7 gennaio del 1963), l'atto addizionale n.º 4 fu revocato e il paese tornò al presidenzialismo.

Arruda (1997) racconta ancora che, addossato dai suoi correligionari del partito, il PTB, e da una parte dello PSD, oltre ad associazioni studentesche e sindacati, João Goulart prometteva grandi riforme sociali, la nazionalizzazione delle imprese straniere e la realizzazione della riforma agraria, soprattutto al Nord e Nord-est del paese. Tuttavia, le condizioni tra il suo governo e i settori oppositori si accentuavano sempre di più. I membri più importanti dell'opposizione erano i governatori degli Stati di São Paulo (Adhemar de Barros), Minas Gerais (José de Magalhães Pinto), Guanabara (Carlos Lacerda) e Rio Grande do Sul (Ildo Meneghetti).

Quando firmò pubblicamente due decreti, quello della nazionalizzazione di tutte le raffinerie di petrolio private e quello della creazione della SUPRA – Soprintendenza di Riforma Agraria, in un comizio realizzato davanti alla Central do Brasil, il giorno 13 marzo del 1964, alla presenza di più di 200 mila persone, Goulart, accese la miccia che avrebbe scatenato, giorni dopo, il colpo. Tutto perché l'opposizione aveva già preparato una risposta, tanto che il giorno 19

marzo, realizzò a São Paulo una marcia – la “Marcia della Famiglia con Dio per la Libertà” – organizzata dall’Unione Civica Femminile, della quale parteciparono circa 500 mila persone.

Il giorno 20 dello stesso mese, l’Associazione dei Marinai e Fanti della Marina postulava, violando la disciplina e la gerarchia, l’esonero del ministro della Marina, Silvio Mota, che aveva impedito un pronunciamento politico dell’ammiraglio Aragão, del Corpo dei Fanti della Marina. Alcuni marinai, teste del movimento, furono arrestati. Il giorno 25, l’Associazione tornò a riunirsi al Sindacato dei Metallurgici, insieme ai rappresentanti del Comando Generale dei Lavoratori per esigere la liberazione dei colleghi arrestati e la destituzione del ministro della Marina, alla cui carica dovrebbe essere nominato un “ammiraglio del popolo”.

Il 27 marzo, i marinai ammutinati (1.200 uomini) si arresero all’Esercito, rispondendo all’appello di João Goulart che, ore dopo, li liberava, esonerava Silvio Mota e rispondeva ad altre esigenze dei ribelli. Nel frattempo, in Minas Gerais, alla sede centrale dell’opposizione, il governatore Magalhães Pinto, i generali Olímpio Mourão Filho e Carlos Luís Guedes, il maresciallo Odílio Denys e altri preparavano la reazione.

Due giorni dopo (giorno 29 marzo), fu deciso che la rivolta militare che avrebbe levato Jango sarebbe iniziata il giorno 2 aprile. Il giorno 30 marzo, però, in una riunione che commemorava l’anniversario dell’Associazione dei Sottufficiali e Sergenti della Polizia Militare di Rio de Janeiro, João Goulart riaffermò, in discorso, il suo proposito di mantenere la politica che veniva già adottando. Il giorno 31, i generali Olímpio Mourão Filho (IV Regione Militare) e Carlos Luís Guedes (IV Fanteria Divisoria) deflagrarono il movimento. Allora il governo di Minas Gerais lanciò, attraverso una catena di emittenti radiofoniche, il manifesto-parola d’ordine della rivoluzione, la cui autorialità è attribuita al senatore Milton Campos.

Arruda (1997) adduce anche che, iniziata la ribellione in Minas Gerais, le attenzioni si sono volte a São Paulo, dove, dopo grande aspettativa, i rivoluzionari ottennero l’adesione del generale Kruel, comandante del II Esercito. Immediatamente, truppe di Minas marciarono verso Rio e Brasília. João Goulart si trovava in Guanabara e avendo ricevuto il manifesto nel quale il generale Mourão Filho esigeva la sua rinuncia, partì per Brasília, dove sperava di poter controllare la situazione. Quando ha visto però che non contava sul dispositivo militare né sull’appoggio armato dei gruppi che lo sostenevano, fuggì per Porto Alegre il giorno 1.<sup>o</sup> aprile. Il presidente del Senato, Auro de Moura Andrade, dichiarò vuota la presidenza della Repubblica, e ci mise in esercizio il presidente della Camera, Ranieri Mazzilli.

Nel Rio Grande do Sul, Goulart incontrò Brizola, il quale insisteva che il suo Stato avrebbe potuto resistere. Goulart recusò qualunque tentativo di resistenza e, il 4 aprile del 1964, chiese asilo politico in Uruguay. Il giorno 9, i ministri militari, brigadiere Correia de Melho, ammiraglio Augusto Rademaker e generale Arthur da Costa e Silva firmarono l'Atto Istituzionale n.º 1.

Arruda (1997) spiega che il movimento di marzo del 1964 cambiò la faccia politica del Paese. Si formò il Comando Supremo della Rivoluzione, con ufficiali delle tre armi e, di seguito, fu eletto (il giorno 11 aprile del 1964) per la presidenza il Maresciallo Humberto de Alencar Castello Branco, che assunse la carica il giorno 15 e iniziò un processo di espurgo politico degli uomini legati all'antico governo. Vari atti istituzionali si seguirono, dando al governo il diritto di annullare e sospendere diritti politici e di dissolvere il Congresso.

Cabrera (2010, p. 40) racconta che, a quel punto, le soppressioni dei mandati e la sospensione dei diritti politici, così come la rimozione d'impiegati e professori (solo all'Università Federale del Rio Grande do Sul furono espulsi 17 professori tra i mesi di maggio e settembre del 1964) era già pratica ampiamente perpetrata in tutto il Paese. Afferma ancora che, nei due anni che seguirono il suo mandato, il quale sarebbe stato prorogato fino a marzo del 1967, e che avrebbe coperto la maggior parte del periodo di consolidamento/stabilizzazione del colpo, Castello Branco sarebbe stato responsabile, ancora, dell'edizione dell'Atto Istituzionale n.º 2; dell'Atto Istituzionale n.º 3; dell'Atto Istituzionale n.º 4; della Legge di Stampa e della riformulazione della Legge di Sicurezza Nazionale. (CABRERA, 2010, p. 40).

Spiega, altresì, che coesistendo due partiti (l'Alleanza Rinnovatrice Nazionale – ARENA, partito del regime golpista, e il Movimento Democratico Brasiliano – MDB, dell'opposizione), si creava una forma caricaturale di opposizione, la dittatura faceva sembrare che, nonostante il presidente non fosse stato eletto direttamente dal popolo, la democrazia veniva preservata su alcuni aspetti.

Il fatto è che, dall'inizio del periodo dittoriale, l'azione repressiva (arresto, tortura ed eliminazione degli oppositori) stava essendo raffinata attraverso gli organi ufficiali come il DOPS e i commissariati regionali della polizia federale. (CABRERA, 2010, p. 40).

Il 15 marzo del 1967, quando entrò in vigore la nuova Costituzione, assunse la carica il nuovo dittatore-presidente, il Maresciallo Arthur da Costa e Silva. Cabrera (2010, p. 41) commenta che Costa e Silva fu il responsabile della preparazione per l'indurimento del regime, essendo eletto indirettamente dal Congresso. Arruda (1997) racconta anche che,

[...] l'anno 1968 fu agitato dalle proteste degli studenti, intellettuali, preti progressisti contro il governo. Movimenti guerriglieri accadevano in punti isolati del paese. Il terrorismo passò ad agire soprattutto nella zona urbana, attraverso assalti armati e rapimenti politici come quello dell'ambasciatore americano Charles Burke Elbrick (ARRUDA, 1997, p. 421).

Cabrera (2010) ricorda che, il 28 marzo del 1868, con la manifestazione degli studenti rivendicando migliori condizioni nell'infrastruttura del Calabouço, ristorante popolare situato vicino al centro di Rio de Janeiro, frequentato soprattutto da studenti delle superiori e pre-universitari, che serviva pasti economici e che, anche se nutritivi erano, erano insipidi, la guerra fu dichiarata (GASPARI, 2002b, p. 277, *apud* CABRERA, 2010, p. 41).

Cabrera (2010, p. 42) racconta ancora che, benché il 30 marzo, prevedendo l'effetto domino che l'avvenimento del giorno 28 avrebbe causato, gli integranti del regime abbiano fatto del Ministro della Giustizia il loro portavoce per determinare che le marcie studentesche fossero represse in tutto il paese, tanto grande quanto l'azione repressiva consumata dagli agenti statali fu, tuttavia, la folla di soversivi che, anche se proibiti, uscì per le strade in protesta contro l'assassinato dello studente.

In questo modo, in mezzo al conflitto esplicito tra i difensori della DSN e i difensori dell'erogazione del potere ai civili, nei mesi seguenti avvengono diverse manifestazioni civili e studentesche contrarie al mantenimento della dittatura, tra esse la celebre “Marcia dei Cento Mila”, che, a Rio de Janeiro, rivendica giustizia e libertà, e, inoltre, sono sempre più frequenti le azioni di guerriglia urbana.

Per Cabrera (2010) il contesto è drammatico e quindi vengono raffinati i meccanismi d'implementazione del Terrore di Stato (TDE) sulla popolazione. Così, quando diffuso e consolidato gradualmente, il TDE visibile nelle esperienze di una “cultura della paura” che, irradiata tanto dai funzionari-agenti civili, come dai militari, attraverso l'effettuazione del binomio trasgressione-punizione, diffonde l'idea che esiste un nemico interno (potenzialmente qualunque cittadino) che dev'essere combattuto (portando le persone a isolarsi le une dalle altre) da una vigilanza costante, essendo che, a servizio del terrore istituito, attuano nei mezzi di comunicazione manipolando o nascondendo informazioni.

L'autore afferma che il TDE ebbe la sua chance di effettiva concretizzazione dagli avvenimenti dell'agosto del 1968, quando, per un motivo turpe, si scatenò una grande polemica in virtù di un pronunciamento del Deputato Márcio Moreira Alves che, avendo negata la sua punizione dal Congresso Nazionale, originò l'edizione dell'Atto Istituzionale più duro del regime, l'AI-5, il 13 dicembre del

1968 (CABRERA, 2010, p. 42).

Attraverso l'AI-5, che concedeva l'esercizio di poteri quasi assoluti, potevano essere sospesi i diritti civili e politici di qualsiasi cittadino, il quale passava ad avere negato il diritto all'*habeas corpus* e, subordinati gli altrettanti poteri statali all'Esecutivo, sotto qualunque pretesto, dando al Presidente della Repubblica la possibilità di chiudere gli organi del Potere Legislativo.

Gasparini chiarisce che, dinanzi alla possibilità di promuovere la repressione illimitata, in luglio del 1969, a São Paulo, con l'aiuto finanziario d'imprenditori dello stesso Stato (GASPARI, 2002, p. 62, *apud* CABRERA, 2010, p. 43), è creata l'Operazione Bandeirante (OBAN), che diventò nota per la forma implacabile di attuazione nella caccia ai sovversivi e responsabile della tortura, morte e scomparsa di diversi militanti.

Arruda (1997) racconta che la dittatura militare subì ancora una sciagura, fu quando, il giorno 17 dicembre del 1969, morì il Maresciallo Costa e Silva, in questo modo i militari misero nella presidenza della Rivoluzione il Generale Emílio Garrastazu Médici, che iniziò il suo governo impegnato a solidificare le basi popolari e un programma di sviluppo alleato alla lotta contro l'inflazione.

Gaspari (2002, p. 15), a sua volta, dichiara che "gli ufficiali-generali che ordinaron, stimolarono e difesero la tortura, portarono le Forze Armate brasiliane al maggiore disastro della loro storia". La tortura è figlia del potere, non della perversità. Così argomentò Jean Paul Sartre (1958, *apud* GASPARI, 2002, p. 17): "La tortura non è disumana; è semplicemente un reato ignobile, lascivo, commesso da uomini [...]. Il disumano non esiste, eccetto che negli incubi che la paura genera".

Egli prosegue chiarendo che la natura immorale dei supplizi scompare agli occhi di quelli che li fanno funzionare, confondendosi, prima con le ragioni di Stato e, dopo, con la qualità della performance che dà alle indagini. Il fenomeno accade su due piani: su di uno, attraverso la narrativa della vittima e le sue sofferenze; sull'altro, quello del potere, attraverso la sua routine e la convinzione dell'infallibilità del metodo. Per presidenti, ministri, generali e torturatori, il crimine non riede nella tortura, ma nella condotta del prigioniero (GASPARINI, 2002).

Arendt (1989, p. 341-342), dal canto suo, precisa che

Il fanatismo dei movimenti totalitari, al contrario delle altrettante forme d'idealismo, sparisce nel momento in cui il movimento lascia nei guai i loro seguaci fanatici, uccidendo in loro ogni avanzo di convinzione che possa essere sopravvissuto al collasso del proprio movimento. Tuttavia, dentro la struttura organizzativa del movimento, mentre lo stesso rimane intero,

i membri fanatici sono intangibili dall'esperienza e dall'argomento; l'identificazione con il movimento e il conformismo totale sembrano aver distrutto la propria capacità di sentire, anche se qualcosa tanto estrema quanto la tortura o la paura della morte (ARENDE, 1989, p. 341-342).

Sulle torture, Gaspari (2002) rivela ancora che il Centro d'Informazioni dell'Esercito produsse una dispensa intitolata Interrogatorio. Le sue 49 pagine permettono l'esame di quest'ambiguità nel suo livello più basso, quello operazionale. Essa informava che "la libertà di attuazione degli interrogatori dovrebbe essere stata subordinata alle leggi e regolamenti e delimitata da direttive emanate dalle autorità responsabili della Sicurezza Interna". Se gli interrogatori dovevano rispettare le leggi, poca importanza avevano le direttive. Rileva che "l'ambiguità obbliga il governo a mantenere allo stesso tempo una situazione di menzogna e un mondo clandestino". È comune che presidenti o ministri neghino l'esistenza di delitti abitualmente praticati nelle loro amministrazioni. Corroborando con l'assertiva, l'autore mostra un esempio della dissimulazione dei gerarchi, in una spiegazione dell'ex-presidente João Baptista Figueiredo, nel 1996:

Se c'è stata la tortura nel regime militare, essa è stata eseguita dal personale di basso, perché non credo che un generale fosse stato capace di una cosa tanto sporca, non lo accetto". O ancora nelle memorie del ministro Jarbas Passarinho: "L'hanno praticata clandestinamente (GASPERI, 2002, p. 21).

Egli completa l'argomento con lo sfogo dell'ex-tenente dell'Esercito Marcelo Paixão de Araújo, che torturò prigionieri dal 1968 al 1971 negli scantinati del 12.<sup>º</sup> RI, a Belo Horizonte:

Le alte autorità del paese furono le prime a pararsi il culo. [...] Tutti gli agenti del governo che scrissero sull'epoca del regime militare furono molto contenuti. Ipocriti, addirittura. Non ne sapevano nulla, erano dei santi, consideravano la tortura un assurdo. Chi firmò l'AI-5? Non io. Quando sospesero le garanzie costituzionali, tutto quello che avvenne negli scantinati fu permesso (GASPERI, 2002, p. 21).

Tra il 1972 e il 1975, la zona dell'Araguaia, al Bico-do-Papagaio, sito fra gli stati del Tocantins, Pará e Maranhão, servì da scenario per il più grande conflitto armato che si è mai visto: la Guerriglia dell'Araguaia. Questo movimento fu orientato e diretto dal Partito Comunista del Brasile (PC do B), inspirato sul modello di guerra popolare prolungata cinese. Una cinquantina di guerriglieri comunisti da diverse parti del paese e alcuni abitanti della zona resisterono durante quasi tre anni a un contingente ineguale di militari brasiliani allenati per annichilire ed estinguere tutte le forme di resistenza e sopravvivenza praticate dai

guerriglieri, soprattutto nel periodo finale della lotta. L'episodio fu responsabile per quasi la metà degli scomparsi politici brasiliani (SOUZA, 2006, p. 7).

Souza (2006, p. 33) adduce che la guerriglia non scoppia per iniziativa dei guerriglieri, come avviene nella maggior parte dei movimenti armati che si conosce in Brasile e nell'America Latina in quel periodo. Questo movimento ebbe il suo inizio marcato da un intenso attacco delle Forze ufficiali che, sin dal principio, avevano la determinazione di distruggerli, eliminarli e di cancellare dalla memoria locale e dalla storia nazionale l'esistenza, le lotte combattute e gli eccessi ai quali furono sottomessi i guerriglieri, contadini e abitanti della zona del conflitto.

Due dei principali documenti emessi dal Comitato Centrale del PC do B – Il Colpo Militare e i suoi Insegnamenti, del 1964, e Guerra popolare: cammino per la Lotta Armata, del 1969 – con lo scoppio del colpo militare del 1964, asseriva che l'unica alternativa per raggiungersi la Rivoluzione sarebbe attraverso la lotta armata. Per il Partito, soltanto attraverso le armi si potrebbe riconquistare la libertà e la democrazia tolte dal regime dittoriale allora vigente.

Sousa (2006) spiega anche che, nel documento “Il Colpo Militare e i suoi Insegnamenti” il Partito lasciò trasparire la propria posizione e determinazione nella necessità dell’agglutinazione di un insieme di forze politiche, al quale chiamò di avanguardia rivoluzionaria: “il movimento democratico e anti-imperialista avrà esito solo se dinanzi a esso ci sarà un'avanguardia rivoluzionaria che sia l'espressione politica della classe più avanzata della società, il proletariato. Otterrà la vittoria solo se adotterà un orientamento rivoluzionario e non riformista”. Il testo del documento risalta inoltre la questione contadina come problema chiave della rivoluzione in Brasile.

Studart (2006), a sua volta, sostiene che sia i militari, sia il PC do B dividono la guerriglia in tre campagne distinte.

La prima, iniziata in aprile del 1972, occorse quando le forze ufficiali – Esercito, Marina e Aeronautica – promossero manovra di riconoscimento integrata basicamente da coscritti, recluti di 18 e 19 anni. Ci furono varie missioni di riconoscimento battezzate con i nomi Operazione Peixe, Ouricó e Olho Vivo. Per i militari, quasi tutto è andato male. Mobilizzarono 170 uomini e andarono via dopo 40 giorni. I guerriglieri commemorarono la vittoria (STUDART, 2006, p. 40).

Inoltre, egli rivela che,

La seconda campagna, l'Operazione Papagaio, accadde tra settembre e ottobre del 1972, quando l'esercito ci tornò per realizzare manovra di allenamento in campo di battaglia reale, questa volta con truppe

professioniste – una Brigata Paracadutista, un Contingente di Marines e un’Ala Numerata dell’Aeronautica. Niente meno che 3.260 uomini combattero per 12 giorni, tutti regolarmente in divisa, nella maggior mobilitazione militare del Paese dalla II Grande Guerra (STUDART, 2006, p. 41).

Studart (2006) racconta che in queste due campagne, 17 guerriglieri morirono e undici furono arrestati. Morirono anche due militari e tre abitanti della zona, nessuno di questi in lotta. Due contadini avrebbero commesso suicidio in prigione; uno terzo sarebbe stato eseguito dai guerriglieri, accusato di collaborare con il governo. L’autore, nella sua opera “La legge della Giungla: immaginario e discorso dei militari sulla guerriglia dell’Araguaia”, fa un breve rapporto di un’esecuzione avvenuta fra i guerriglieri e del fatto che molti di essi utilizzavano soprannomi per non essere riconosciuti. Certamente si trova qui la chiave del problema e del perché molti scomparsi e morti all’Araguaia non ebbero i loro corpi rivelati o identificati.

Secondo il proprio autore, dopo di tutto, quasi niente rimase registrato. Si sa che ci fu un periodo di 11 mesi senza morti tra i guerriglieri, fra il novembre del 1972 e l’ottobre del 1973. I guerriglieri chiamano questo periodo di “tregua”. Le Forze Armate, tuttavia, usarono il termine per promuovere operazioni di riconoscimento e di assistenza alla popolazione. Riuscirono a infiltrare nella convivenza dei guerriglieri 35 agenti segreti – soldati, caporali e sergenti di carriere, quasi tutti cabocli, cafusi e meticci di bianchi con gialli, gente venuta dagli strati popolari della società, molti di loro conoscitori delle maniere dei contadini e abitanti della foresta. Questa grande azione di spionaggio e infiltrazione fu battezzata come Operazione Sucuri. Inoltre, egli racconta che la terza campagna, l’Operazione Marajoara, decise l’episodio:

Il 7 ottobre del 1973, 750 membri delle truppe speciali dell’Esercito, scaglionati in tre gruppi da 250 uomini, operando a turni, entrarono nella giungla in abiti civili avendo l’unica missione di estirpare i guerriglieri con massimo rigore e precisione chirurgica. Ne uscirono negli ultimi di settembre del 1974 con la guerriglia del tutto decimata. Fu in quel periodo di un anno che sarebbero state capitata violazioni sistematiche dei Diritti Umani e delle Convenzioni di Ginevra, per mezzo di tortura, decapitazioni ed esecuzione di prigionieri (STUDART, 2006, p. 42).

Gaspari (2002, p. 196), invece, rivela che le organizzazioni coinvolte nella lotta armata, con le loro teorie di fuochi, guerriglie urbane e avanguardie combattenti, entrarono in collasso perché avevano dietro la repressione e niente davanti. Fino all’inizio del secondo semestre del 1970, assaltarono circa trecento banche, furgoni blindati e imprese. Ottennero gradi variabili di prosperità. Le

“espropriazioni” gli fecero guadagnare circa 1,7 milione di dollari, e la VAR-Palmares diventò miliardaria con i 2,6 milioni della cassaforte di Adhemar de Barros. Si valeva da connessioni esterne, a volte in Cuba, a volte in Algeria e anche in Cina. L’ALN inviò ad Avana l’equivalente a un terzo dei suoi quadri. Ebbero il denaro, il sostegno e il sogno comune del fuoco rurale. Informa inoltre che, mentre cinesi e cubani stabilirono le loro basi rurali prendendo le terre nei combatti,

le sigle brasiliane si stabilirono in campagna attraverso la via legittima della proprietà fondiaria, acquistando fattorie con il denaro raccolto negli assalti. Al di fuori da questo schema, rimasero soltanto il brizolismo, a Caparaó, e il PC do B, all’Araguaia. Ci rimasero il MR-8 in Paraná, la VAR nella valle del Ribeira, e l’ALN al sud del Pará, Goiás e Maranhão. Ci fu persino un ingorgo di progetti guerriglieri nella zona del Bico do Papagaio, per dove confluiro il PC do B, l’ALN e la VAR Palmares. Tale coincidenza, con tutti i tumulti e difficoltà che produsse, portò il PC do B ad attraversare il fiume Araguaia, allontanandosi dalla riva di Goiás e dallo svincolo stradale d’Imperatriz, in Maranhão. Per questa città passarono almeno quattro organizzazioni e i loro progetti di fuoco rurale. Salvo qualcosa come settanta quadri che il PC do B mantenne sparsi nella zona, tutte le altre basi furono interrotte o neutralizzate dal semplice arrivo delle truppe. Tra maggio del 1970 e agosto del 1971, senza nemmeno un colpo, tre spedizioni sciolsero almeno tre basi dell’ALN e della VAR, arrestando almeno 39 persone (GASPARI, 2002, p. 197).

Sousa (2006, p. 36), dal canto suo, rivela che al momento del post-colpo, molti militanti politici si sforzarono, ognuno a suo modo, anche prima dell’instaurazione dell’Atto Istituzionale n.º 5, nel 1968, di inseguire i gruppi che miravano alla resistenza attraverso la lotta armata.

Tuttavia, Gaspari (2002, p. 197) racconta che “sarebbe esagerato attribuire esclusivamente ai torturatori la chiusura del cammino rurale. Per la paura che sparse, la tortura tagliò la solidarietà che il radicalismo chic di Rio de Janeiro e São Paulo aveva offerto al movimento studentesco nel 1968 e ai primi attivisti armati, ma questo è insufficiente per spiegare perché tutto il movimento armato cadde prigioniere della routine del gatto e del topo”.

Di seguito, egli rivela che,

L’ostacolo che impedì il progresso delle organizzazioni armate fu politico. La violenza dell’apparecchio dello Stato può distruggere i suoi avversari, ma non distrugge necessariamente i suoi obiettivi. [...]. La “tigrada” brasiliana vinse sia le battaglie di Rio e São Paulo, sia la guerra. Prima perché i lavoratori non si arruolarono nella rivoluzione popolare. Marcelo Ridenti mostrò che più della metà delle 2.592 persone dall’occupazione conosciuta processate giudizialmente per un qualsiasi legame con organizzazioni armate provenivano dagli strati medi intellettualizzati della

società. All'ALN, per 237 studenti, professori e cittadini laureati, c'erano soltanto 68 manovali urbani. Alla VPR c'erano quattordici professori per tredici manovali urbani (GASPARI, 2002, p. 197-198).

Gaspari (2002) conclude affermando che,

La lotta armata fallì perché l'obiettivo finale delle organizzazioni che la promuovevano era trasformare il Brasile in una dittatura, forse socialista, certamente rivoluzionaria. Questo progetto non passava per il ristabilimento delle libertà democratiche. Come informò il PCBR: "Lottando contro la dittatura dobbiamo mettere come obiettivo la conquista di un Governo Popolare Rivoluzionario e non la chiamata 'nuova democratizzazione'". Documenti di dieci organizzazioni armate, raccolti da Daniel Aarão Reis Filho e Jair Ferreira de Sá, mostrano che quattro di esse proponevano la sostituzione della dittatura militare per un "governo popolare rivoluzionario" (PC do B, Colina, PCBR e ALN). Altre quattro (Ala Vermelha, PCR, VAR e Polop) usavano sinonimi o demarcavano delle tappe per arrivare a quello che, come ultima risorsa, sarebbe una dittatura dell'avanguardia rivoluzionaria. Variavano nelle proposizioni intermedie, ma, alla fine, dal loro progetto sarebbe risultata una "Cubona" (GASPARI, 2002, p. 198).

### **3 GARANTISMO PENALE E NUOVO COSTITUZIONALISMO**

Il Garantismo ha le sue basi concettuali descritte nell'opera "Diritto e Ragione – Teoria del Garantismo Penale", del giurista italiano Luigi Ferrajoli. Il capitolo 13 della riferita opera è, appunto, completamente destinato alla proposizione delle definizioni di quello che sarebbe il Garantismo.

Inizialmente, per Ferrajoli (2002, p. 684), il Garantismo è "un modello normativo di diritto: precisamente, per quanto riguarda il diritto penale, il modello di "stretta legalità". In questo contesto, il Princípio di Legalità è la base dello Stato di diritto, caratterizzandosi, sul piano giuridico, dall'insieme di norme imposte dallo Stato, al fine della garanzia dei cittadini. In un secondo significato (FERRAJOLI, 2002, p. 684-685), il Garantismo è ritenuto come "una teoria giuridica della "validità" e della "effettività" come categorie distinte non solo tra sé, anche dall'"esistenza" o "vigore" delle norme." La validità e l'effettività sono, pertanto, categorie differenti, che separano di conseguenza, l'"essere" e il 'dover-essere' nel diritto, spuntando, da ciò, divergenze esistenti tra i modelli normativi e le pratiche operazionali.

Si tratta, dunque, di una 'teoria di divergenza'. In questa prospettiva, il Garantismo richiede un comportamento costantemente critico e appoggiato nel dubbio quanto alla validità delle leggi e la loro efficacia. Infine, nel suo terzo

significato (2002, p.685), il Garantismo è una “filosofia politica che richiede dal diritto e dallo Stato l’onere della giustificazione esterna in base ai beni e agli interessi dei quali la tutela o la garanzia costituiscono il fine.”.

Tale concetto è caratterizzato dalla separazione che fa tra diritto e morale, tra validità e giustizia, tra punto di vista esterno e interno, staccandosi anche l’importanza del punto di vista esterno, rappresentato da valori extra-giuridici che fanno spuntare la necessità di risposta agli interessi e bisogni naturali dell’individuo, da essere soddisfatte dalle istituzioni ‘artificiali’, giuridiche e politiche. Tali concetti di Garantismo presentati da Luigi Ferrajoli, non si escludono, ma si completano, ciascuno imponendo questioni rilevanti per la definizione più precisa della Teoria Garantista.

La conferma politica di affrontamento delle barbarie commesse dai regimi autoritari, alleata all’adozione della democrazia, rappresentò un forte movimento di consolidazione dei testi costituzionali dal carattere di rigidità più accentuato, in nome dell’effettuazione dell’ideologia politica. A questo punto è che Ferrajoli afferma che le Costituzioni, attraverso la costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali, non possono subire alterazioni in questi diritti anche in una convenzione maggioritaria. La naturale rigidità dei diritti fondamentali e, pertanto, delle norme costituzionali corrispondenti precisamente perché sono diritti di tutti e di ciascuno, non possono essere soppressi né ridotti dalla maggioranza.

Per Ferrajoli, che propone una definizione strutturale, i diritti fondamentali, essendo stipolati positivamente, sanzionati dalla legge e costituzioni nelle attuali democrazie, prescindono dalla circostanza di fatto che tali diritti si trovino formulati su carte costituzionali o leggi fondamentali. Essendo così, i diritti fondamentali devono essere messi su testi costituzionali, dottati di supremazia, per l’imposizione di fronte al potere statale.

L’espressione “diritti umani” è concepita nella forma più ampia possibile di significato: un ideale (o dev’essere) che ci guida nella ricerca della vita, della pace, della giustizia e la realizzazione dell’essere umano. Si dice di “una via, un metodo da essere sviluppato da tutta l’umanità verso la realizzazione della dignità umana, fine di tutti i governi e popoli” (JAYME, 2005, p. 1).

L’espressione “diritti umani” è una maniera abbreviata di menzionare i diritti fondamentali della persona umana. Tali diritti sono considerati fondamentali perché senza di essi la persona umana non riesce a esistere o non è capace di svilupparsi e di partecipare pienamente della vita. Tutti gli esseri umani devono aver assicurate, dalla nascita, le condizioni minime necessarie perché diventino utili all’umanità, come anche devono avere la possibilità di ricevere i benefici che la vita in società può proporzioneare. Per capire facilmente

cosa significano “diritti umani”, basta dire che tali diritti corrispondono alle necessità essenziali della persona umana. Sono quelle necessità che sono uguali per tutti gli esseri umani e che devono essere soddisfatte perché la persona possa vivere con dignità, la quale dev'essere assicurata a tutte le persone. Essendo così, ad esempio, la vita è un diritto umano fondamentale, perché senza di essa la persona non esiste. Allora la preservazione della vita è una necessità di tutte le persone umane. Altre necessità che sono anche fondamentali, come la nutrizione, la salute, l'abitazione, l'istruzione, e tante altre cose (DALLARI, 1998, p. 7).

In questo modo, i diritti umani possono essere definiti come un insieme di diritti basici e necessari allo sviluppo dell'essere umano, cioè, di una vita degna in base alla libertà. S'identificano, dunque, i diritti umani in: la pienezza del diritto alla vita, sotto l'aspetto fisico e morale; da ciò la consacrazione della dignità della persona umana come il suo fine. L'idea dei diritti umani, come realizzazione della dignità umana, dev'essere compresa in modo dinamico, rappresentando, i diritti umani, livelli minimi per un'esistenza degna. Tuttavia, i valori in essi consacrati, quali la libertà, parità, democrazia, benessere, felicità, sono clausole aperte e, quindi, inesauribili. Pertanto, rispettare i diritti umani significa conferire le condizioni minime necessarie perché l'individuo sviluppi i suoi potenziali con il massimo di libertà possibile (JAYME, 2005, p. 2).

Il Diritto Internazionale dei Diritti Umani, presenta un carattere specifico e speciale, che li distingue dal Diritto Internazionale pubblico in generale. Mentre questo cerca tradizionalmente di disciplinare i rapporti di reciprocità ed equilibrio tra gli Stati, per mezzo di trattative e concessioni reciproche che mirano agli interessi dei propri Stati pattuenti, il Diritto Internazionale dei Diritti Umani ha lo scopo di garantire l'esercizio dei diritti della persona umana. Si favorisce, però, un'analisi interdisciplinare, giacché si trova appunto nell'interazione tra il Diritto Costituzionale e il Diritto Internazionale dei Diritti Umani. L'interdisciplinarità indica una risultante: il chiamato Diritto Costituzionale Internazionale, integrazione che assume un carattere speciale quando questi due campi cercano di salvaguardare uno stesso valore, il valore della primazia della persona umana (PIOVESAN, 2010, p. 15-17).

Le prime manifestazioni dei diritti umani risalgono all'ideale di uomo astratto del giusnaturalismo antico. Si sa che solo dal XIII secolo sono considerate formulate le basi per una dottrina ulteriore sui diritti naturali. Ora, come ben insegnava Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 36), la considerazione che la denominazione “diritti umani” può essere equiparata ai diritti naturali” non ci sembra corretta, una volta che la propria attuazione in norme del diritto internazionale rivela già, in maniera incontestabile, la dimensione storica e relativa dei diritti umani, che così si staccarono, almeno in parte, dall'idea di

un diritto naturale. Tuttavia, non dobbiamo dimenticare che, nella sua vertente storica, i diritti umani (internazionali) e fondamentali (costituzionali) radicano sul riconoscimento, dal diritto positivo, di una serie di diritti naturali dell'uomo, che, in questo senso, assumono una dimensione pre-statale e, per alcuni, persino supra-statale. Si cura, dunque, dei diritti umani, considerati come tali quelli concessi a tutti gli uomini per la loro semplice condizione umana, ma, in questo caso, di diritti non attuati. Si deve, quindi, tracciare una distinzione, anche se dal carattere didattico, tra le espressioni: "diritti dell'uomo" (nel senso di diritti naturali non ancora attuati), "diritti umani" (attuati nella sfera del diritto internazionale) e "diritti fondamentali" (riconosciuti o concessi e protetti dal diritto costituzionale interno di ogni Stato).

Fu, però, per mezzo del passaggio dal feudalesimo al capitalismo che diventò possibile la difesa di un ideale di uomo fraterno e libero che accelerò un ideale di uomo fraterno e libero e che accelerò l'aspirazione di una società giusta. Tuttavia, attraverso i noti principi: "libertà", "uguaglianza" e "fraternità" si creò la base per una trasformazione economica e sociale democratica.

Le lotte di classe accelerarono i cambiamenti nel campo del diritto Internazionale, sorgendo, dunque, la "Dichiarazione di Virginia", del 12 giugno del 1776, la "Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino" dell'Assemblea Nazionale francese, del 1789. In questo modo, si crearono le condizioni per le dichiarazioni del XVIII secolo, le quali accentuarono il confronto sociopolitico. La riaffermazione internazionale dei diritti umani si verificò attraverso la trasformazione e riformulazione dei diritti fondamentali. Da ciò la nota "generazione di diritti" trattata dopo dalla dottrina nazionale e straniera.

Così, ad esempio, si è parlato di una prima generazione dei diritti umani, che copre i diritti alla libertà e all'autonomia dell'individuo, diritti che avrebbero come genesi le rivoluzioni liberali del XVIII secolo (in Europa e Stati Uniti). I diritti della Dichiarazione della Virginia e della Dichiarazione francese del 1789 sono, in questo senso, diritti di prima generazione, fondamentati sul contrattualismo d'ispirazione individualista. Sono visti come diritti inerenti all'individuo, una volta che precedono il contratto sociale.

Una seconda generazione avrebbe richiesto dallo Stato un ruolo attivo per la realizzazione dei diritti di prima generazione. Tali diritti, elencati anche sulla Costituzione messicana del 1917, sulla Costituzione tedesca di Weimar del 1919 e, nel Diritto Internazionale, sul Trattato di Versailles, resero possibile l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, per mezzo della quale si riconobbero importanti diritti dei lavoratori. Si dice che i diritti di seconda generazione si configurano dalla complementazione storica dei diritti individuali, dalle rivendicazioni dei poveri, le esigenze per partecipare del benessere sociale,

essendo il fondamento dei diritti dell'individuo rispetto al collettivo (diritto al lavoro, alla salute, all'istruzione, ecc.). Com'è chiaro, il riconoscimento di questi diritti dipende dalla posizione che lo Stato adotta, soprattutto rispetto ai servizi pubblici.

I diritti di terza generazione, invece, avrebbero poi incluso il diritto allo sviluppo, il diritto alla pace, il diritto all'autodeterminazione e, in particolare, il diritto a un ambiente equilibrato. Sono i diritti di titolarità collettiva, come: il diritto all'autodeterminazione dei popoli e altri diritti, derivati dai rapporti internazionali, sono conseguenze di conflitti nati dai rapporti tra le comunità e anche il risultato di tutta generazione che qui si spiega. Oggi, ad esempio, su un livello più generale, si pensa ai diritti più universali dell'umanità, considerandoli anche diritti umani:

- a) il diritto a un ambiente, per il quale tutti hanno bisogno di vivere in un mezzo sano e a contare sui servizi pubblici basici;
- b) il diritto all'istruzione, come diritto alla qualificazione di tutti, per partecipare effettivamente di una società democratica, favorendo la tolleranza, l'amicizia tra tutte le nazioni e tutti i gruppi sociali, etnici o religiosi e promuovere le attività in favore del mantenimento della pace;
- c) il diritto alla salute, come godimento del più alto livello di benessere fisico, mentale e sociale;
- d) il diritto ai benefici della cultura, del progresso scientifico e tecnologico, della protezione degli interessi morali e materiali che gli corrispondano, in virtù di produzioni scientifiche, letterarie e artistiche;
- e) il diritto alla costituzione e protezione della famiglia, come elemento fondamentale della società;
- f) il diritto alla protezione dei bambini, per il quale ogni bambino ha il diritto di crescere nella protezione della famiglia, della società e dello Stato;
- g) il diritto alla protezione degli anziani e dei "disabili";
- h) il diritto all'integrazione economica degli Stati, secondo le aree e zone geografiche e simili.

Tuttavia, altri nuovi diritti sono elencati nell'insieme dei diritti umani, ossia, il diritto allo sviluppo, rivendicato dai paesi sottosviluppati nelle trattative, il diritto alla pace, supplicato nelle discussioni sul disarmo; il diritto all'ambiente richiesto nel dibattito ecologico; e il riconoscimento dei fondi oceanici come patrimonio comune dell'umanità in generale (LAFER, 1991, p. 131).

Il passaggio dallo Stato Liberale allo Stato di Benessere sociale stimola la sorta di un pensiero, cioè, di una nuova interpretazione dei diritti sociali, ora espresso nella forma dei diritti fondamentali o dei diritti umani. A causa di tal equiparazione i costrutti “diritti fondamentali” e “diritti umani” furono considerati e usati, indistintamente, come costruzioni linguistiche identiche o simili nei differenti discorsi politici e opere scientifiche e dottrinarie.

È importante distinguere, però, ambedue le denominazioni e, in questo senso, Ingo Wolfgang Sarlet, (2007, p. 33-34), evidenzia che vale la scelta per la denominazione “diritti fondamentali”, il che, tuttavia, non rende dispensabile una giustificazione, ancora che sommaria, di questo punto di vista, almeno per la circostanza che, sia nella dottrina, sia nel diritto positivo (costituzionale o Internazionale), sono largamente utilizzate (e addirittura con maggiore intensità), altre espressioni, quali “diritto dell’uomo”, “diritti soggettivi pubblici”, “libertà pubbliche” “diritti individuali”, “libertà fondamentali”, “diritti umani fondamentali”, solo per riferire alcune delle più importanti. Ad esempio di quello che avviene in altri testi costituzionali, continua il citato autore, è necessario riconoscere che anche la Costituzione del 1988, nonostante gli avanzamenti raggiunti, continua a caratterizzarsi da una diversità semantica nel riferirsi ai diritti fondamentali. Così, ad esempio, si usano nella Costituzione espressioni come: a) diritti umani (art. 4.<sup>o</sup>, com. 11); b) diritti e garanzie fondamentali (epigrafe del Titolo II, e art. 5.<sup>o</sup>); c) diritti e libertà costituzionali (art. 5.<sup>o</sup>, com. LXX) e d) diritti e garanzie individuali (art. 60).

Certamente la constatazione che i diritti fondamentali rivelano una doppia prospettiva, nella misura in cui possono, in principio, essere considerati sia come diritti soggettivi individuali, sia come elementi obiettivi fondamentali della comunità, costituisce, senz’altro, una delle più rilevanti formulazioni del diritto costituzionale contemporaneo, in modo speciale nell’ambito della dogmatica dei diritti fondamentali. Si tratta di un’importante funzione attribuita ai diritti fondamentali e sviluppata in base all’esistenza di un dovere generale di effettuazione attribuito allo Stato, a sua volta aggregato alla prospettiva obiettiva dei diritti fondamentali, dice con il riconoscimento dei doveri di protezione dello Stato, nel senso che a questo spetta prendere cura, anche preventivamente, della protezione dei diritti fondamentali degli individui non solo contro i poteri pubblici, ma anche contro aggressioni provenienti da privati e persino da altri Stati.

Quest’incombenza, dal canto suo, sbocca nell’obbligo dello Stato di adottare misure positive di più diversa natura (ad esempio, per mezzo di proibizioni, autorizzazioni, misure legislative di natura penale ecc.), allo scopo di proteggere in modo effettivo l’esercizio dei diritti fondamentali (SARLET, 2007, p. 174-175).

In questa maniera, malgrado ambedue le denominazioni “diritti umani” e “diritti fondamentali” siano solitamente utilizzate come sinonime, la spiegazione ordinaria è, sia detto per inciso, procedente per la distinzione è che la denominazione “diritti fondamentali” si applica per quei diritti dell’essere umano riconosciuti ed effettuati nella sfera del diritto costituzionale positivo di determinato Stato (SARLET, 2007, p. 35-36).

La necessità dell’esigenza dei diritti fondamentali e umani si riafferma, poiché essi non dipendono dall’effettuazione normativa, essi esistono indipendentemente dalla sua effettuazione su leggi e trattati e ospita il diritto alla vita; alla sopravvivenza. Ci si vede anche il concetto di cittadinanza e di democrazia formando le fondamenta di tali diritti.

## **4 L’ESECUZIONE PENALE E MISURE DI POLITICA CRIMINALE**

### **4.1 L’Esecuzione Penale come dovrebbe essere**

La Legge di Esecuzione Penale prevede nel suo art. 1.<sup>o</sup>. Che l’esecuzione “ha l’obiettivo di eseguire le disposizioni di sentenza o decisione criminale e proporzionare condizioni per l’armonica integrazione sociale del condannato e dell’internato” (BRASIL, 1984). Il legislatore colloca, così, la risocializzazione del condannato come qualcosa da essere cercata dall’esecuzione e, pertanto, vari sono i dispositivi previsti che cercano di modellare l’esecuzione al fine di rendere tale obiettivo possibile o, almeno, diminuire le chance di desocializzazione dell’imputato. Tali prescrizioni rappresentano l’effettuazione, nel nostro ordinamento giuridico, delle Regole Minime per Trattamento dei Detenuti dell’Organizzazione delle Nazioni Unite del 1955, già trattate nel capitolo due del presente lavoro.

Tali dispositivi, rendendo l’esecuzione più “umana”, finiscono per densificare il principio dell’umanità delle pene, portando una concretizzazione di questo principio nell’esecuzione penale. È altresì importante indicare che l’umanizzazione del condannato ha come fine immediato la ricerca della riduzione della criminalità. La ricerca per la non desocializzazione è legata al principio del *nihil nocere*, secondo il quale “gli effetti deleteri della carcerazione forzata devono essere evitati attraverso una procedura prigionale che riduca significativamente il pericolo della desocializzazione” (FRANCO, 2007, p. 60).

Una delle previsioni legislative più importanti, in questo senso, riguarda la conservazione, dal detenuto, dei diritti non toccati dalla perdita della libertà,

il che è previsto dall'art. 38 del Codice Penale e anche sul caput dell'art. 3.<sup>o</sup> della LEP. Questa disposizione, in tesi, avrebbe il dono d'impedire che il condannato fosse trattato come "cosa"; essa risolleva, quindi, l'idea che lui è un soggetto di diritti, i quali, nello stesso modo che i diritti dei cittadini liberi, devono essere rispettati, il che rappresenta vera *contidio sine qua non* per la non desocializzazione del condannato.

Di questo passo, l'Esposizione dei Motivi della LEP (nel 1983), sulla nota 65: "diventerà inutile, però, la lotta contro gli effetti dannosi della *prigionializzazione*, senza che si stabilisca la garanzia giuridica dei diritti del condannato".

D'altra parte, l'eccesso o devio di esecuzione che succederà "sempre che qualche atto sarà praticato oltre ai limiti fissati dalla sentenza, in norme legali o regolamentari" (art. 185 della LEP) (BRASIL, 1984). Tuttavia, come ben evidenziato nell'Esposizione dei Motivi della LEP (nel 1983), nella sua nota 171, "l'impotenza della persona incarcerata o internata costituisce potente ostacolo all'autoprotezione di diritti o all'adempimento dei principi della legalità e giustizia che devono guidare il processo di esecuzione".

Nel suo art. 41 la LEP elenca i diritti del detenuto che sono: "alimentazione sufficiente e abbigliamento"; "assegnazione di lavoro e sua retribuzione"; "previdenza sociale"; "costituzione di gruzzolo"; "proporzionalità nella distribuzione del tempo per il lavoro, il riposo e la ricreazione"; "esercizio delle attività professionali, intellettuali, artistiche e sportive precedenti, a patto che compatibili con l'esecuzione della pena"; "assistenza materiale, alla salute, giuridica, educazionale, sociale e religiosa"; "protezione contro qualunque forma di sensazionalismo", "intervista personale e riservata con l'avvocato", "visita del coniuge, compagna, di parenti e amici nei giorni determinati"; "richiamo nominale"; "parità di trattamento salvo rispetto alle esigenze dell'individualizzazione della pena"; "udienza speciale con il direttore dello stabilimento"; "rappresentazione e petizione a qualunque autorità, in difesa del diritto"; "contatto con il mondo esterno per mezzo di corrispondenza scritta, della lettura e di altri mezzi d'informazione che non compromettano la morale e i buoni costumi";

Il grande penalista Alberto Silva Franco brillantemente indica la relazione tra l'osservanza del principio della legalità e un'esecuzione penale umana. Secondo il giurista:

Durante largo spazio di tempo, il principio della legalità accompagnò la fase dell'esecuzione della pena. Confermata la realizzazione del fatto criminoso e imposta la sanzione punitiva, con pieno rispetto al dovuto processo legale, il cittadino privo del suo diritto di libertà era lasciato

alla mercé di un sistema prigionale organizzato dallo Stato repressore, nel quale era ritenuto una persona di seconda classe, senza diritti o garanzie giuridiche (2007, p. 207).

Il rispetto a questi diritti si mostra fondamentale per l'effettuazione del principio dell'umanità delle pene nell'esecuzione penale. Ora, niente valerà la previsione legislativa di pene umane se nel suo adempimento avviene un'ipertrofia della punizione, eccedendosi i limiti previsti dalla legge.

La Legge di Esecuzione Penale prevede altresì come dovere dello Stato l'assistenza al detenuto, che sarà, come dispone il suo art. 11, materiale, alla salute, giuridica, all'istruzione, sociale e religiosa (BRASIL, 1984). La prima forma di assistenza elencata, quella materiale, “consisterà nel fornimento di alimentazione, abbigliamento e impianti igienici” (art. 12 della LEP) (BRASIL, 1984) al detenuto e all'internato. La seconda forma, a sua volta, “includerà l'assistenza medica, farmaceutica e odontologica” (art. 14 della LEP) (BRASIL, 1984) che dovrà essere prestata in altro posto, quando lo stabilimento penale non avrà condizioni di promuoverla.

L'assistenza giuridica è “destinata ai detenuti e agli internati senza mezzi finanziari per costituire avvocato” (art. 15 della LEP) (BRASIL, 1984), si è prevista, per la sua esecuzione, l'esistenza di un luogo appropriato destinato all'assistenza del Pubblico Difensore negli stabilimenti penali. L'assistenza all'istruzione, invece, “includerà l'istruzione scolastica e la formazione professionale del detenuto e dell'internato” (art. 17 della LEP) (BRASIL, 1984). E quella sociale ha lo scopo di proteggerli e di prepararli per il ritorno alla libertà, tra le sue funzioni c'è quella di “promuovere, nello stabilimento, attraverso i mezzi disponibili, la ricreazione” (comma IV dell'art. 23 della LEP) (BRASIL, 1984). Infine, l'assistenza religiosa ha l'obiettivo di permettere ai detenuti e internati “la partecipazione nei servizi organizzati nello stabilimento penale, così come la posse di libri d'istruzione religiosa” (art. 24 della LEP) (BRASIL, 1984).

È internato il condannato soggetto alle sanzioni penali consustanziate nelle misure di sicurezza. Non tratteremo, però, queste sanzioni, poiché è la pena il tema del presente lavoro. Delas, todavia, não trataremos tendo em vista ser a pena nosso foco no presente trabalho. Tanto foi prevista a reserva de um local, nesses estabelecimentos, apropriado para os cultos religiosos. Foi estabelecido também, que as mulheres e os maiores de sessenta anos serão recolhidos em estabelecimentos próprios e adequados às suas condições pessoais. As penitenciárias femininas, por exemplo, deverão ser dotadas “de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa” (art. 89 da LEP) (BRASIL, 1984).

Si è stabilito, ugualmente, che i detenuti provvisori restino separati dai condannati per sentenza passata in giudicato (art. 84 da LEP (BRASIL, 1984), così come i primari dovranno scontare pena in sezione distinta da quella dei reincendi (paragrafo primo dell'art. 84 della LEP) (BRASIL, 1984). Tutti i detenuti dovranno essere, ancora, alloggiati, prevede l'art. 88, in "cella singola che avrà dormitorio, apparecchio sanitario e lavabo", oltre ad avere "salubrità dell'ambiente per la concorrenza dei fattori di aerazione, insolazione e termica adeguata all'esistenza umana" e area minima di sei metri quadri (BRASIL, 1984). La LEP prevede anche, nel suo art. 85, che "lo stabilimento penale dovrà avere capacità compatibile con la propria struttura e fine" (BRASIL, 1984).

La Legge di Esecuzione Penale tratta anche degli stabilimenti penali per il funzionamento del sistema progressivo di esecuzione della pena privativa di libertà. Sistema questo che, come abbiamo già visto, consiste in vero imperativo costituzionale. Le colonie agricole, industriali o simili, prescrive la legge, potranno alloggiare il condannato in compartimento collettivo, che dovrà essere adeguato all'esistenza umana. E, alla ricerca di garantire l'eseguibilità del regime consistente nella limitazione di fine settimana, la LEP ha previsto, nel suo art. 95 che "in ogni zona ci sarà almeno una casa da ospite" (BRASIL, 1984).

Come conseguenza dell'inosservanza dei suoi dispositivi, la LEP ha previsto l'interdizione, dal giudice dell'esecuzione, dello stabilimento penale, in tutto o in parte (art. 66, comma VIII della LEP) (BRASIL, 1984), così come la sospensione dell'aiuto finanziario destinato alle Unità Federative, dall'Unione, "per rispondere alle spese di esecuzione delle pene e misure di sicurezza" (art. 203, paragrafo quarto, della LEP) (BRASIL, 1984).

La Legge di Esecuzione Penale prescrive, quindi, un'esecuzione penale umana, in osservanza della quale il condannato sarebbe trattato con rispetto alla sua dignità, inherente a ogni persona, ma la realtà è ben diversa.

#### **4.2 L'esecuzione penale così com'è**

"Immondizia umana"! Questa è stata l'espressione usata dalla Commissione Parlamentare d'Inchiesta (CPI) del sistema carcerario del 2008 per definire come molti detenuti vengono trattati in Brasile. La realtà dell'esecuzione penale brasiliana si mostra in vera dissonanza con lo stato Democratico di Diritto instaurato dalla Costituzione Federale del 1988, in cui la dignità della persona umana fu innalzata al valore massimo del nostro ordinamento giuridico. La nostra esecuzione penale viola la costituzione, la legislazione infra-costituzionale e molti documenti internazionali.

Le forme di assistenza al detenuto elencate dall'art. 11 della Legge di Esecuzione Penale, considerate dalla legge doveri dello Stato, si mostrano, nella grande maggioranza dei casi, come semplici promesse vuote del legislatore e, di conseguenza, anche illusoria risocializzazione, considerata dalla legge obiettivo dell'esecuzione penale. In pratica, quello che avviene è una desocializzazione del condannato, la quale invariabilmente contribuisce all'aumento della criminalità.

#### **4.3 L'IDEA DI UNO STATO FORTE E IL RAPPORTO DELL'INDIVIDUO CON IL POTERE PUBBLICO ODIERNO**

Nella storia dell'umanità, riferendoci specificamente all'Età Moderna, abbiamo un'analisi fantastica del rapporto tra gli individui, registrata su una delle opere più importanti dell'epoca (Leviatano), scritta dal matematico, filosofo e teorico politico, che visse nel XVII secolo, tra gli anni 1588 e 1679, Thomas Hobbes. Egli che fu il responsabile della celebre frase che resisté al tempo: "l'uomo è il lupo del proprio uomo", in ragione che, nonostante difendesse la parità tra gli uomini, questi ultimi sono gli unici animali capaci di fare quello che vogliono, gli uni degli altri, per sopravvivere. Spiega che gli uomini hanno in sé la natura cattiva e crudele, sono capaci di commettere atti irragionevoli perché la parità, in questo caso, è fondata sulla paura e da ciò la sua giustificativa per dimostrare che le passioni umane sono nell'origine della guerra di tutti contro di tutti, della violenza in generale, tipico comportamento dei gruppi umani che precedettero la creazione di una società civile (HOBSES, 2015, p. 128).

Segue la sua teoria antropologica affermando che l'uomo avrebbe avuto bisogno di rinunciare a parte della sua libertà originale, poiché nello stato di natura in cui si trovava, faceva quello che gli pareva, addirittura si autogovernava. Venne fuori allora l'idea di un Patto Sociale, o semplicemente, Il Contratto Sociale in cui ci sarebbe stato del mutuo rispetto se tutti avrebbero ceduto alle regole del contratto per, in società, poter vivere e sopravvivere in pace e armonia, senza che si restasse in agguato, temendo di essere invaso, ucciso, aver la donna stuprata e le terre e averi saccheggiati con la forza.

La sorta del patto sociale, proposto nello Stato Hobbesiano, marca il passaggio dello stato di natura allo stato civile e, con questo, nasce anche l'attribuzione dello Stato di garantire sicurezza e libertà, senza che gli individui agiscano per conto proprio oppure secondo le proprie convinzioni e necessità naturali istintive (una guerra di tutti contro di tutti).

In questa teoria dello Stato che si crea, sorge allora il potere assoluto concentrato nella figura del RE, il cui assolutismo fu deprecato Montesquieu,

visto che considerava che tutto sarebbe perduto se un uomo o un consiglio esercitasse allo stesso tempo le tre funzioni dei poteri, ossia: quella di fare le leggi, di esecutarle, e anche di giudicare i crimini e le controversie degli individui.

Ma non era così che Hobbes la pensava e, con il trasferimento della capacità di autogoverno individuale a una persona, che sarebbe il Monarca, o a un'assemblea (parlamentarismo), ci sarebbero sicurezza e pace, a condizione che non fosse contestato il potere assoluto del Leviatano. Esiste certo legame tra il passato e il presente di questo rapporto individuo-Stato. Da quel primo momento in cui lo stato si formò, partendo dalla visione antropologica per mezzo dell'uomo nella sua forma più primitiva e rudimentale, poiché priva di organizzazione sistematizzata di propositi, alleata alla volontà di separazione totale dalla chiesa cattolica e l'influenza del suo potere, fino ad arrivare a quello che viviamo oggi, che è lo Stato Democratico di Diritto.

La questione è: sta o no svolgendo il suo ruolo funzionale e costituzionale presso i membri della società? Se in quell'epoca ce n'era la necessità, per evitare, addirittura, che le persone si sterminassero e la costante minaccia di essere attaccato per la mancanza di regole o di un capo al quale dover obbedienza e rispetto, oggi, invece, abbiamo un sistema normativo complesso, anche se con gli avanzamenti dell'era digitale, dei controlli e la sensibilizzazione ai diritti che si ha, particolarmente la popolazione più bisognosa è ancora lontano dall'avere rispettati i diritti fondamentali dell'individuo consacrati nella costituzione federale del 1988.

## **5 IL RIFLESSO SUI DIRITTI FONDAMENTALI: DIRITTO E VULNERABILITÀ SOCIALE: IL DIRITTO PENALE COSTITUZIONALE E LO STATO DEMOCRATICO DI DIRITTO**

Con la fine del Medioevo, sorse lo Stato Assoluto o la Monarchia Assoluta, rappresentata dalla figura del principe che era l'origine di tutte le cose, anche di dare origine alle norme giuridiche. Volendo allontanarsi dal potere della chiesa e dell'Impero Romano, assunse la produzione del Diritto per creare un ordinamento giuridico statale che, in altre parole, non era altro che la volontà del principe riguardo ai suoi sudditi.

Vale ricordare che questo modello di Stato, diciamo, che difende l'esistenza di un Potere Assoluto concentrato nelle mani di una sola persona e per mezzo di essa il più alto potere di conduzione mai conferito dagli uomini è la caratteristica di qualsiasi città perfetta.

Questo quadro riporta alla concezione hobbesiana dell'origine dello Stato, nel senso che la volontà individuale dell'uomo è parte della sua libertà devono essere sottomesse alla volontà di un uomo, di un consiglio, affinché misure possano essere prese alla ricerca della pace comune e questa è la volontà di tutti.

In questa concentrazione di potere è che si manifestavano le attività statali delle quali, dopo, Monstesquieu se è occupato di ripartire le funzioni. È, però, all'inizio dell'Età Moderna che possiamo sedimentare la base della riflessione che è stata proposta in questo lavoro, ma più assertive sono le parole proferite da Francisco Cesar Asfor Rocha. L'inizio dell'era moderna, con lo Stato Assoluto, donò alla cultura giuridica occidentale la produzione statale del Diritto come unica fonte di regolazione delle condotte umane, ma l'assenza di limiti nelle azioni dello Stato permise che, nella fase seguente del corso storico, la classe borghese cercasse, con il rafforzamento del Potere Legislativo, composto quasi esclusivamente d'individui provenienti dalla borghesia, imprimere frontiere allo Stato (Potere Esecutivo), così come ai Magistrati (Potere Giudiziario), rafforzando, così, la legge, una volta che questa era prodotto delle loro volontà politiche e lì stavano custoditi tutti gli interessi di quella nuova classe che cresceva progressivamente nel continente europeo (ROCHA, 2007, p. 58).

Quest'eredità è sentita fino a oggi, essendo il Potere Legislativo responsabile dell'edizione delle norme giuridiche, e che sembra non poter armonizzarsi al sistema di leggi in vigore, per la diversità dei propositi e dei fini ai quali i mandatari eletti per l'incarico, in particolare, giungono. È con il liberalismo in Europa, inspirato dalle idee illuministe che rafforzarono le rivoluzioni borghesi che si può constatare il punto più rilevante di questo movimento e che consiste nell'ostinata formulazione dei suoi teorici mezzi per impedire l'abuso di potere che, nella tradizione inglese, ricevette il nome "costituzionalismo" (ROCHA, 2007, p. 59).

Fu, pertanto, in quell'epoca che lo Stato di Diritto si perfezionò e, con esso, i diritti fondamentali conosciuti come "di prima generazione", essendo poi consacrati nei più diversi testi costituzionali come garanzia della difesa individuale contro lo stato e la sua potenziale tirannia. È in questo contesto che s'inserisce l'analisi dei più diversi modi di violazione aventi da protagonista lo Stato – anche se senza l'impiego della violenza fisica (visto che qui non è stato stabilito questo proposito per la presente riflessione), ma, quella che si realizza dall'ente statale in modo velato o dissimulato, che l'autorità autoritaria investe contro l'individuo, soggetto di diritti e che non è più un semplice oggetto d'inchiesta, come prima erano interpretate le norme processuali penali precedenti alla Costituzione Federale del 1988, ossia, come strumento a servizio dello Stato.

Concesse più sicurezza all'individuo contro l'arbitrio statale di passato assolutista tirannico, incorporando i diritti fondamentali al punto più alto dell'ordinamento giuridico dei paesi retti dal diritto e dalla democrazia. Tuttavia, si deve fare una riflessione per esigere l'effettiva applicazione di questi sublimi diritti già attuati nella nostra Costituzione Federale, riceve il dovuto e meritato rispetto alle regole d'interpretazione nella categoria normativa corrispondente ai principi d'ordine costituzionale in essa inseriti.

In questo caso, prendendo in prestito le lezioni ermeneutiche di Paulo Bonavides su come devono essere interpretati i diritti individuali: l'ermeneutica dei diritti fondamentali richiede vie d'indagine che trascendono i cammini aperti dall'impiego dei metodi interpretativi della scuola classica di Savigny. Ciò deriva dalla stessa peculiarità immanente alla struttura normativa di questi diritti fondamentali, che esigono, secondo Koch, decisioni di priorità o primazia, come tra la sua pretensione di tutela (*Schutzanspruch*) e le interferenze legislative o tra diritti fondamentali contrastanti, cioè, posizioni costituzionali, cui armonia dev'essere eseguita per via del legiferato (BONAVIDES, 1999, p. 545).

Collocando su questo piano di necessità discorsiva è che abbiamo le condizioni di stabilire i criteri per affermare che, sia le procedure d'indagine di un reato, sia la sua citazione in giudizio, si danno con violazione ai diritti fondamentali di prima generazione e che, a causa del tempo e della distanza in cui già furono riconosciti e consacrati nella dinamica di giro del mondo, sembra che il ritorno alla discussione non avrebbe molto senso, ma l'ha.

È noto che i sistemi costituzionali contemporanei, che includono il modello brasiliano, devono essere interpretati da un'idea di sistema gerarchicamente organizzato, deduttivamente, da su a giù, avendo la Costituzione come il suo organo direttore, essendo la visione sistemica una costruzione scientifica responsabile per la buona e corretta interpretazione delle norme infra-costituzionali, perché crea un tipo ideale, dalla concezione di senso, come essendo quello che ha senso, un vero modello d'interpretazione, secondo Luiz Antônio Rizzato Nunes (2002, p. 30).

L'unità, infine, unisce il sistema in un insieme unico, questo perché dentro la moderna ermeneutica sistematico-costituzionale, che va oltre ai metodi tradizionali conosciuti nell'arte dell'interpretazione, prendere in considerazione, in virtù del riconoscimento dell'influenza del Testo Costituzionale, che non si concepisce, ora, un'interpretazione che non sia culminata "secondo la Costituzione" (NUNES, p. 32).

Il menzionato autore, per spiegare il sistema come modello ideale d'interpretazione, utilizza l'esempio di uno studente di Geografia che, con una mappa, vuole conoscere di persona il fiume delle Amazzoni; lui si stupirà di vedere che in realtà tutto è ben diverso; la mappa è, però, la base che serve da

riduttore rispetto alla realtà e, trasportando ciò al sistema giuridico, composto da un insieme di elementi che s'inter-relazionano mediante regole, la sua struttura è formata dalla gerarchia, coesione e unità.

Gerarchia perché la Costituzione è al posto più alto di comando, emanando i suoi effetti a tutto l'ordinamento giuridico nella dimostrazione di unione tra le norme e principi in perfetta armonia e coerenza.

## **6 LA FONDAMENTAZIONE DELLE DECISIONI GIUDIZIALI COME ESIGENZA DELLO STATO DEMOCRATICO DI DIRITTO**

I principi costituzionali svolgono un ruolo fondamentale dentro lo Stato Democratico di Diritto, con particolare enfasi sull'interpretazione e la corretta applicazione degli altrettanti diplomi legali che integrano l'ordinamento giuridico normativo e della propria Legge Maggiore per se stessa, una volta che, secondo Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 241), per definizione, i principi costituzionali sono quelli che custodiscono i valori fondamentali dell'ordine giuridico e, per tale ragione, non si limitano all'insieme di regole specifico e limitato di una norma, anzi, lanciano la loro forza su tutto l'ordinamento giuridico, perdendo in carica normativa, ma conquistando più valore per raggiungere tutte le norme in generale e dare un carattere sistematico alla Costituzione.

La loro funzione, pertanto, è quella di servire da criterio d'interpretazione delle norme costituzionali (BASTOS, 2002, p. 242), sia nella fase della creazione, esercitata dal legislatore, sia nel momento in cui dev'essere applicata dall'organo giudicatore, facendo attenzione all'effettiva consegna della tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini che siano stati contemplati per la prova debitamente analizzata.

Insomma, i principi sistematizzano la Costituzione, attuano come base d'interpretazione ed emanano i loro effetti su tutto l'ordinamento giuridico. La Costituzione della Repubblica, promulgata nel 1988, ha accolto i due principi (Stato Democratico e lo Stato di Diritto) in funzione dell'inefficienza del principio repubblicano che avrebbe dovuto garantire la sovranità popolare, però, anche se consacrato lo "stato" di regime e diritti come forma e sistema giuridico per il funzionamento dei rapporti di ogni ordine e natura, ancora oggi la risposta specifica a questa categoria tanto importante e tanto cara e che ci ha messo tanto per essere conquistata in Brasile, non specchia la grandezza del titolo che sfoggia oppure del senso che rappresenta, considerando le manifestazioni e attuazioni statali, riguardo a questi diritti fondamentali non effettuati dal giudiziario nelle sue attività regolari.

Ecco perché Democrazia è qualcosa di dinamico, in costante perfezionamento, dovendo essere considerato il perseguitamento di determinati fini, la guida di certi valori, anziché un concetto formale, tecnico e con previsione legale di scelta dei suoi rappresentanti per la sua definizione.

Nell'Età Moderna, si può considerare democratico appena il regime politico fondato sulla sovranità popolare, il cui obiettivo ultimo è il rispetto integrale ai diritti fondamentali della persona umana. La sovranità del popolo, non diretta alla realizzazione dei diritti umani, conduce necessariamente all'arbitrio della maggioranza. Il rispetto integrale ai diritti dell'omo, a sua volta, è irraggiungibile quando il potere politico supremo non appartiene al popolo (COMPARATO, 2004, p. 151).

Considerando la differenza tra come si compongono altri poteri pubblici che sono eletti dal voto popolare, va più avanti per affermare categoricamente che il “Potere Giudiziario, come organo di uno Stato democratico, dev'essere strutturato in funzione di ambedue le esigenze. [...] nonostante esso sia, per definizione, la principale garanzia del rispetto integrale ai diritti umani; nella generalità dei paesi, i magistrati, salvo rare eccezioni, non sono scelti dal voto popolare.” (COMPARATO, 2004, p. 151).

Questa grande differenza rappresenta un fattore che è fondamentale per la comprensione dell'importante ruolo che svolge il giudice dinanzi al popolo che non l'ha eletto per l'esercizio di tale incarico pubblico. In qualche modo, i giudici godono di un prestigio pubblico fondamentato sul rispetto morale e la fiducia che ispirano al popolo, da ciò la legittimità totale per l'esercizio delle sue funzioni con l'indipendenza che gli è inherente e anche sperata dal popolo che, di fronte a una democrazia, è il sovrano.

Non senza motivo o giustificativa costituzionale l'attuale Presidente della Corte Suprema Federale, Ministra Carmem Lúcia, nel suo discorso d'insediamento, invece di seguire il protocollo ceremoniale, ha ceduto il posto al popolo brasiliense al quale ha salutato prima di tutto, compromettendosi a rispettare la legge e la Costituzione del Brasile.

## 7 CONSIDERAZIONI FINALI

In risposta alla democrazia della maggioranza dominante e ancora presente nei giorni di oggi come modo di legittimazione degli Stati Costituzionali, in possesso della caratteristica di sovranità popolare, rappresentata dagli interessi della maggioranza, non si mostrò sufficientemente capace di risolvere

i problemi da loro stessi creati. Questo problema spinse la riflessione di altra fonte di legittimazione.

Quest'altra forma di legittimazione per la presa di decisioni, fondamentata su un insieme di limiti imposti dalla costituzione a tutti i poteri, è che Ferrajoli chiamò di democrazia costituzionale. Il sistema di garanzie concepisce la democrazia come sistema fragile e complesso, tracciato sulla separazione ed equilibrio tra i poteri, così come di garanzie dei diritti fondamentali, attraverso tecniche di controllo e di riparazione contro le loro violazioni. Il cambiamento del paradigma della democrazia della maggioranza in democrazia costituzionale avvenne appunto dal fatto che il diritto fu utilizzato durante la dittatura militare brasiliana, essendo spinta dalla forza della maggioranza, unica fonte di legittimazione del potere, per questo il punto di partenza della democrazia costituzionale consiste nel fattore di legittimazione del potere e non potrà risiedere solo nel carattere popolare, a pena di violazione dei diritti fondamentali.

Lo stabilimento del legame tra la regola della maggioranza e lo Stato come forma di verificazione della legittimità nella presa di decisioni. Per questo la democrazia costituzionale oltre alla dimensione sostanziale della democrazia costituzionale rappresenta il contenuto delle decisioni, fondamentata sulla garanzia e sui metodi di protezione dei diritti fondamentali.

La preoccupazione risiede non solo nello stabilire in precedenza le regole del gioco, ossia, non basta capire la democrazia come essendo il rispetto alle regole del gioco, bensì discutere anche il carattere sostanziale di queste regole nella formazione delle decisioni. L'obiettivo precipuo della democrazia costituzionale è trovare sostentacolo su un modello di garanzie, limiti e vincoli ai poteri della maggioranza per opera delle Costituzioni Nazionali, sempre con la funzione di proteggere i diritti fondamentali.

Così l'obiettivo della democrazia costituzionale o funzionale è quello di imporre, attraverso le costituzioni, un sistema di garanzie dei diritti fondamentali contro qualunque atto di potere che possa limitare o sopprimere tali diritti, anche sotto la legittimazione degli interessi della maggioranza. Per questo motivo è indispensabile situare i contorni dei diritti fondamentali.

La forza contro-maggioritaria dei diritti fondamentali, rappresentata dall'insieme di garanzie assicurate universalmente e ugualmente agli individui, costituisce la dichiarazione dell'esclusiva tutela dei fragili. La nozione di protezione integrale mediante i diritti fondamentali si compie sempre che esiste una relazione di squilibrio tra titolare del potere e l'individuo. La consacrazione dei diritti fondamentali fu un'importante conquista delle società del dopo guerra, poiché s'iniziò un processo graduale di consolidazione della democrazia. L'assenza di legittimità democratica nell'esercizio del potere rappresentò un

marchio degli Stati autoritari, nonostante riposassero su grande appello popolare. La democrazia costituzionale, via del nuovo costituzionalismo, cerca di massimizzare le garanzie costituzionali sempre che necessario alla protezione dei diritti fondamentali della propria democrazia.

Il principio dell'umanità delle pene prescrive che le pene devono essere umane il massimo possibile. Si tratta, come abbiamo visto, di un concetto vago, che varia socio-culturalmente. Esso ha come marchio storico, così come i principi della legalità, della proporzionalità, della necessità, il movimento illuminista, e Beccaria è uno dei suoi principali esponenti.

Questo principio è presente nella Costituzione Federale del 1988, su alcune sottosezioni del suo art. 5.<sup>o</sup>, esprimendosi sia per mezzo di divieti, ad esempio, proibendo le pene corporali, crudeli, di morte, sia per mezzo di obblighi imposti allo Stato che richiedono delle prestazioni positive, come il dovere di assicurare alle detenute condizioni perché possano restare con i figli durante il periodo di allattamento. Come tutti i principi, quello dell'umanità delle pene trova anche delle difficoltà, rispetto alle regole, di aver riconosciuta la sua vincolatività giuridica, caratteristiche il cui riconoscimento dipende dall'accettazione della sua natura normativa.

Diventa, però, imprescindibile in uno Stato Democratico di Diritto, modalità più evoluta dello Stato di Diritto, nella quale il valore della persona umana diventa il centro assiologico di ogni ordinamento giuridico, il riconoscimento del carattere vincolante dei principi costituzionali e la ricerca incessante della sua effettuazione, nel senso si rendere reale il "dover essere" che portano.

La massima valorizzazione della persona umana accade anche sul piano internazionale dalla Seconda Guerra. È in questo contesto che è creato il Diritto Internazionale dei diritti umani. Il Brasile, per mezzo della ratificazione di vari Trattati di questa natura, si sta impegnando internazionalmente di rispettare i diritti fondamentali dell'uomo e di assicurarne il pieno esercizio.

La Convenzione Americana sui Diritti Umani, ratificata dal Brasile nel 1992, crea due organi di somma importanza, la Convenzione e la Corte Interamericana di diritti Umani che meritano particolare allusione in queste considerazioni finali nella misura in cui potranno essere attivate se le gravi violazioni dei diritti fondamentali dei detenuti perdureranno dopo che esaurite le vie interne (condizione perché s'inneschino gli organi internazionali).

Ancora sul piano internazionale, è importante indicare che le Regole di Tokyo, adottate dall'Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1990, quando trattano delle pene e delle misure alternative, rappresentano lo scredito che ha, oggi, la pena privativa di libertà.

Ma come abbiamo visto, in un primo momento, la pena privativa di libertà provocò un’umanizzazione nell’attività statale punitiva nella misura in cui ha sostituito gradualmente le pene corporali. Questa ricerca della sostituzione della pena privativa di libertà rappresenta un nuovo capitolo nella storia delle pene, la quale è marcata da una progressiva limitazione del potere punitivo, il che si è verificato prima con lo Stato che assunse lo *ius puniendi* e, dopo, con il proprio Stato limitandosi e rendendo più umane le pene.

Volendo minimizzare la sofferenza dei condannati e rendere possibile l’ideale della risocializzazione, la Legge di Esecuzione Penale riporta vari dispositivi che, se rispettati, renderebbero l’esecuzione penale più umana. Tra essi, si evidenzia la previsione che il condannato conserverà tutti i diritti non raggiunti dalla sentenza o dalla legge.

La realtà della nostra esecuzione penale è, tuttavia, fragorosamente diversa dalla sua previsione legale. La maggioranza dei detenuti è trattata come “immondizia umana”, essendogli ostacolati più diritti di quelli previsti dalla sentenza e dalla legge. Non solo la Legge di Esecuzione Penale si mostra, così, violata, come la propria Costituzione Federale e anche alcuni Trattati internazionali.

Il nostro sistema penitenziario è precario e profondamente marcato dalla mancanza d’infrastruttura. E, appunto, da questa situazione decorrono le gravi violazioni di diritti fondamentali dei detenuti, le quali richiedono dalla Pubblica Amministrazione che, in maniera urgente, prenda provvedimenti nel senso di costruire nuovi stabilimenti penali, renda migliori quelli già esistenti, aumenti il numero d’impiegati dedicati ad assistere i detenuti, investa nel rinvigorimento delle pene restrittive di diritti.

Como si è evidenziato, la distribuzione di giustizia va molto oltre al semplice adempimento formale delle procedure e regole stabilite dall’ordinamento giuridico in vigore, come se fosse l’unica via di accesso al giudiziario, soprattutto, quando le decisioni giudiziali non esprimono che ci sia stata valutazione corretta ed esenta da prova che si possa fare e portare all’universo del processo, lasciando, sempre più, i giudicatori distanti dalla causa e dal possibile causatore dei danni ai diritti altrui.

Da un lato, non sono lontani dal raggiungere la redenzione quelli che esercitano attività giurisdizionale, ma, con gli avanzamenti della tecnologia, nulla impedisce che essa possa essere usata in favore della garanzia dei diritti fondamentali qui analizzati, e in totale violazione, dalla forma come sono maneggiati nel momento cruciale della vita di chi sono i loro titolari, i cittadini processati dallo Stato.

Di regola, il tenore delle versioni presentate alle quali è dato rapporto in suolo poliziesco, a volte non riflette la realtà dell'avvenimento in sé, il che interferisce negativamente nell'analisi del titolare dell'azione penale rispetto all'ammissibilità e pertinenza della denuncia o no, in ogni caso. Quando la relazione processuale è instaurata in queste condizioni, è possibile constatare il distanziamento dalla realtà avvenuta con quello che il processo penale ha potuto o è stato possibile rivelare al magistrato che, di conseguenza, percepisce il risultato dannoso inherente alla prestazione giurisdizionale quanto alla negazione della tutela a diritti fondamentali decorrenti da questo rapporto dell'individuo con lo stato, il quale dovrebbe esserne il protagonista e l'assicuratore di questi consacrati principi fondamentali.

La proposta riportata si concentra nel verificare il problema delle procedure poliziesche nella verificazione dei fatti che scatenereanno il futuro processo penale, che non è altro che un'opera di finzione giuridica, dove la verità sostanziale è qualcosa irraggiungibile per l'eccessiva carica soggettiva impiegata dal giudicatore nelle sue decisioni che poco analizza la prova e gli argomenti in dibattito, preferendo manifestarsi per mezzo di decisioni pre-modellate e svincolate con la causa, invece di una partecipazione autorale nel processo.

Tuttavia, sarebbe già un grande passo per la miglioria della qualità ed efficienza nella prestazione giurisdizionale, se fossero le decisioni giudiziali fondamentate sulla consonanza dell'ordine costituzionale, il che eviterebbe ogni tipo d'investita contro diritti e garanzie fondamentali in gioco nella dialettica processuale.

In questo modo, niente più compatibile con il modello democratico di partecipazione autorale del giudice nelle proprie decisioni, che affrontino la realtà dei fatti e delle prove, riattivino la fiducia e la speranza del popolo oppresso, delle minoranze e degli svantaggiati economicamente che sono quelli che più sentono nella propria storia la demenza dei precetti più basilari dell'individuo nella citazione di una richiesta criminale.

È del tutto necessario che l'indipendenza funzionale del magistrato sia separata dai nodi della burocrazia e delle pressioni dei rapporti dimostrativi di statistiche inoperanti, che indicano la sospensione di processi come sinonimo di efficienza nella prestazione della tutela giurisdizionale, per voltarsi ancora al garantismo dei diritti fondamentali della persona umana. Un giudizio esento, alla luce del sole e senza la preponderanza della parte più strutturata, che è lo stato, contro lo svantaggiato, è quello che si spera di un giudiziario moderno e democratico.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo.** São Paulo: Cia. das Letras, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Ente o passado e o futuro.** Tradução de Mauro W. Barbosa. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- ARNT, Ricardo. **Jânio Quadros:** o prometeu de Vila Maria. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- \_\_\_\_\_. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** Brasília: Ed. UnB, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: Ed. UnB, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Do estado liberal do estado social.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- \_\_\_\_\_. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- CABRERA, Carlos Artur Gallo. A política na balança e o caso das mãos amarradas – um estudo de caso sobre política e justiça no Brasil pós-ditadura civil-militar (1964-85). 76 f. Monografia (Graduação)–Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Ciências Humanas da UFRGS, Porto Alegre, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Safe, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. In: **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, 1999.

CAULA, Nelson; SILVA, Alberto. **Alto el fuego 2**: la logia de los tenientes de Hitler. Montevideo: Rosebud, 1997.

CAZENAVE, Michel. **Mythes et histoire**. Paris: Albin Michel, 1984.

CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO EREMÍAS DELIZOCOIV. Desaparecidos políticos. Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária e perda de mandato no Brasil**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CERTEAU, Michel de. **A escrita da história**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

CERVEIRA, Neusah. Rumo à operação condor: ditadura, tortura e outros crimes. In: **Revista do Programa de Estudos de Pós-Graduados de História**, São Paulo, Ed. Projeto História, v. 38, jun. 2009.

CHALHOUB, Sidney; PEREIRA, Leonardo Affonso de M. (Org.). **A história contada**: capítulos de história social da literatura no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

COIMBRA, Cecilia Maria Bouças; PASSOS, Eduardo; BARROS, Regina Benevides de. **Direitos humanos no Brasil e o Grupo Tortura Nunca Mais/RJ**. Rio de Janeiro: UFF – Universidade Federal Fluminense, 2002.

COSTA JÚNIOR, Ernane Salles. A força normativa da memória constitucional: uma análise da trivialização das reformas na Constituição de 1988 a partir da obra Revolução dos Bichos, de George Orwell. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XVIII. 2009. Maringá. **Anais...** [recurso eletrônico] Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Centro Universitário de Maringá (Org). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. 1 CD-ROM.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 36, n. 143, Brasília, jul.-set, 1999.

\_\_\_\_\_; COSTA JÚNIOR, Ernane Salles da. Filosofia da Libertação latino-americana, pluralismo e a questão das ações afirmativas étnico raciais. In: **Revista Cadernos Camilliani**, Cachoeiro de Itapemirim-ES, v. 9, n. 3, set.-dez. 2008, p. 35-46.

GARZÓN, Baltasar. **Exposição sobre “direito à memória e à verdade”**: sobre a ditadura militar. São Paulo, 18 out. 2008.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. 8. reimpr. São Paulo: Cia. das Letras. 2002.

GAY, Peter. **O estilo da história**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Cia. das Letras, 1990.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Direitos humanos na América Latina hoje**: heranças de transições inconclusas. Porto Alegre: Unisinos, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: a teoria do garantismo penal. Tradução de Luiz Flávio GOMES et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Derechos humanos y constitucionalismo**. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

\_\_\_\_\_. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

\_\_\_\_\_. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

\_\_\_\_\_. **Garantismo**: uma discussão sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Trotta, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Deusa Maria de. **Caminhos cruzados**: trajetória e desaparecimento de quatro guerrilheiros gaúchos no Araguaia. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SOUZA, Fabiano Farias de. Operação condor: terrorismo de estado no cone sul das Américas. In: **Revista Aedos**, Porto Alegre, n. 8, v. 3, jan.-jun., 2011.

STUDART, Hugo. **A lei da selva**: imaginário e discurso dos militares sobre a guerrilha do Araguaia. São Paulo: Geração, 2006.

Submissão em: 12 de setembro de 2023

Último Parecer favorável em: 4 de novembro de 2023

### Como citar este artigo científico

MONTOLLI, Carolina Angelo. Diritto e vulnerabilità sociali: relativismo culturale dogmatico e il positivismo statale della dittatura militare brasiliiana: considerazioni sulla legge di esecuzione penale e le misure di politica criminale nella sicurezza pubblica e difesa sociale: L'internalizzazione dei Diritti Umani Fondamentali nella democratizzazione della giustizia penale e il principio dell'umanità. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 3, p. 58-94, set.-dez. 2023.

## **O SISTEMA MOÇAMBICANO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE**

**EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

O presente trabalho tem como objecto de estudo o sistema de fiscalização da constitucionalidade em Moçambique. Como ponto de partida, insere-se o instituto de fiscalização da constitucionalidade no contexto do Estado de Direito Democrático. O trabalho discute o modelo de fiscalização da constitucionalidade que é judicial, concentrado e de reenvio prejudicial. São elencadas as diferentes modalidades de fiscalização da constitucionalidade em Moçambique e, por fim, faz-se uma análise crítica ao sistema moçambicano de fiscalização da constitucionalidade na perspectiva da sua efectividade na protecção da dignidade da pessoa humana ou da tutela efectiva dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Conselho Constitucional, Direitos Fundamentais, Estado de Direito e Fiscalização da Constitucionalidade.

### **ABSTRACT**

The purpose of this study is to look at Mozambique's constitutionality oversight system. As a starting point, we shall consider the constitutionality oversight in the context of Democratic Rule of Law. The study discusses a constitutionality oversight model that is judicious, focused and with reference for preliminary ruling. The different constitutionality modalities in Mozambique shall be considered and, lastly, a critical review of Mozambique's constitutionality oversight system shall be undertaken with respect to its effectiveness in protecting human dignity or the actual oversight of fundamental rights.

<sup>1</sup> Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa, Consultor, Advogado e Docente Universitário. Doutorado em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano. Mestre em Direito. Mestre em Administração Pública. Mestre em Direito dos Petróleos e do Gás. Docente Universitário. e-mail: macuacua.edson@gmail.com

**Keywords:** Rule of Law, Constitutionality Oversight, Fundamental Rights, Constitutional Council.

## 1 MODELO MOÇAMBICANO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

Nadefinição do modelo moçambicano de fiscalização da constitucionalidade, há três aspectos fundamentais a aclarar: primeiro, se a fiscalização é política ou judicial; segundo, se os interesses visados pela fiscalização são públicos ou privados ou ainda mistos; e terceiro, se o modelo de fiscalização é concentrado ou difuso, ou ainda se é misto.

Há que aclarar, primeiro, qual é a natureza da fiscalização da constitucionalidade que é feita em Moçambique, se é política ou jurisdicional. A fiscalização é política quando é feita por órgãos políticos, guiando-se por critérios de oportunidade e é jurisdicional se é feita por órgãos jurisdicionais, guiados pelo princípio da legalidade.

Em Moçambique, a fiscalização da constitucionalidade é jurisdicional, pois está acometida a órgãos jurisdicionais que na sua actuação são independentes e guiam-se pelo princípio da legalidade. Com efeito, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 240 da Constituição da República de Moçambique (CRM), o Conselho Constitucional é o “órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar a justiça, em matérias de natureza jurídico-constitucional”. O Conselho Constitucional não é um órgão político, é um órgão de natureza jurisdicional, embora não seja formalmente denominado Tribunal, pois é um órgão de administração da justiça, composto por juízes que nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 241 da CRM, gozam de garantia de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade.

O segundo aspecto a aclarar são os interesses visados pela fiscalização da constitucionalidade.

Segundo Jorge Bacelar Gouveia, os interesses visados pelos processos jurídicos, em geral, assim como pelos processos constitucionais, em especial, podem ser de duas índoles contrapostas (2015, p. 548):

- interesses públicos, ligados à defesa da constitucionalidade objectiva, na medida em que por seu intermédio se preserva um modo geral de ver a organização política do Estado e da Sociedade, plasmado na Ordem Constitucional, que é de todos;

- interesses privados, relacionados com a protecção de posições individuais ainda que mediatisadas pela protecção constitucional geral, na certeza de que também ao nível do Direito Constitucional se protegem direitos individuais.

De acordo com Jorge Bacelar Gouveia (2015, p. 548), os elementos de possível colheita dos diversos processos de fiscalização da constitucionalidade apontam para as duas perspectivas, que assim tornam o sistema moçambicano um sistema misto, público e privado de fiscalização:

- prevalece um interesse público no acesso essencialmente público, considerando-se também o papel que cabe ao Ministério Público nos recursos de constitucionalidade;
- prevalece um interesse privado quando a legitimidade processual se restringe as partes e quando os efeitos se limitam ao caso julgado produzido.

O terceiro aspecto a aclarar é se o modelo de fiscalização da constitucionalidade adoptado é concentrado, difuso ou misto. A fiscalização é concentrada quando a Constituição reserva o exercício desta função a um órgão especializado. É difusa quando todos os Tribunais podem fazer a fiscalização da constitucionalidade.

O poder de intervenção que todos os Tribunais têm em matéria de fiscalização da Constitucionalidade, consagrado no artigo 213 da CRM, pode suscitar dúvidas quanto ao modelo de fiscalização de constitucionalidade moçambicano, se é difuso e concentrado.

Com efeito, o artigo 213 da CRM impõe que nos feitos submetidos a julgamento os Tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição.

Portanto, do disposto no artigo 213 resulta que a Constituição reconhece que os Tribunais comuns são competentes para formular um juízo sobre a constitucionalidade de uma lei, fazendo-o sempre que exercem as suas competências decisórias nos termos dos números 1 e 2 do artigo 211 (Função Jurisdicional) da Constituição da República (Acórdão n.º 9/CC/2017, de 27 de dezembro).

Baseado no disposto no supra aludido artigo 213 da CRM, Jorge Bacelar Gouveia (2015, p. 541-542), considera que o sistema de fiscalização da constitucionalidade moçambicano é misto porque a intervenção de fiscalização

é atribuída tanto aos Tribunais em geral como especificamente ao Conselho Constitucional, este tendo a última palavra.

Será que o sistema de fiscalização da constitucionalidade em Moçambique é misto? Um sistema de fiscalização da constitucionalização misto significa, que a função de Juiz constitucional é feita por um órgão especializado e por todos os Tribunais, isto é, difuso e concentrado. Será que a intervenção dos Tribunais na fiscalização da constitucionalidade nos termos previstos no artigo 213 da CRM, permite que possamos qualificar o sistema de misto? Um sistema misto pressupõe que os Tribunais comuns tenham competência para decidir em matéria de inconstitucionalidade, isto é, competência para decidirem. Significa que têm poderes não só de recusar a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, mas também poder de declarar a sua inconstitucionalidade sem obrigatoriedade do envio ao Tribunal Constitucional, sendo que a intervenção do Tribunal Constitucional, realiza-se em sede do recurso, como são os casos de Portugal (artigos 204 e 280, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa - CRP), e de Angola (alínea d) do n.º 2 do artigo 180 da Constituição da República de Angola - CRA). Não parece ser este o modelo moçambicano.

Qual é o modelo moçambicano de fiscalização da Constitucionalidade?

Qual é a rácio do artigo 213 da CRM?

A rácio do artigo 213 da Constituição é a garantia da maior efectividade das normas, um dos alicerces do Estado de Direito, e incidental da constitucionalidade. Daí que a interpretação da expressão “feitos submetidos a julgamento”, usada naquela disposição, tenha de ser realizada de acordo com o princípio da máxima efectividade da Constituição (Acórdão n.º 9/CC/2017 de 27 de dezembro). Isto implica que a interpretação do artigo 213 da Constituição atribui à expressão “feitos submetidos a julgamento” um sentido que torne mais operante o poder dos juízes dos tribunais em geral para fiscalizar a constitucionalidade das leis na sua aplicação e casos concretos (Acórdão n.º 9/CC/2017 de 27 de dezembro).

Portanto, a capacidade de cognição dos juízes não deve assim, entender-se que inclua ou implique um poder de decisão sobre a matéria de inconstitucionalidade, pois este poder, reserva-se exclusivamente ao Conselho Constitucional, como o mesmo esclarece:

Ora, nos termos do artigo 213 da CRM, os juízes não podem aplicar normas e princípios que ofendam a Constituição. Assim, no caso de ocorrência de semelhante situação, o juiz deve remeter os autos ao Conselho Constitucional nos termos do artigo 246, n.º 1, alínea a) da CRM, para este tomar a decisão sobre a questão da constitucionalidade. Em simultâneo, o tribunal da causa ao decidir pela remessa do processo

ao Conselho Constitucional, nos termos do artigo 68 da lei Orgânica do Conselho Constitucional, deve suspender os autos em curso até decisão final deste órgão (Acórdão n.º 3/CC/2020 de 26 de março).

Portanto, os Juízes dos Tribunais não decidem sobre a questão da constitucionalidade, pois nestes casos suspendem o julgamento e remetem os autos ao Conselho Constitucional e aguardam pela decisão deste.

Já em 2014, o Conselho Constitucional posicionou-se em termos didácticos, clarificando o sentido e o alcance da intervenção dos tribunais judiciais no processo da fiscalização concentrada da constitucionalidade

Prende-se a primeira questão com a fixação do exacto significado da locução gramatical “feitos submetidos a julgamento”, incrustada no enunciado do artigo 213 da Constituição, devendo esclarecer-se a ambiguidade que suscita o termo julgamento, tendo em conta o seu uso corrente na terminologia técnico-jurídica do processo judicial ou jurisdicional: “fase destinada à decisão final da causa, não excluindo a expressão final a possibilidade de impugnação da decisão, mediante recurso” (VARELA, Antunes, apud FRANCO, João Melo; MARTINS, Hélder Antunes. **Dicionário de conceitos e princípios jurídicos**. 3.ª ed. rev. e actual. 2.ª reimpr. Coimbra: Almedina, 1995, p. 520).

A segunda questão postula a delimitação do sentido e alcance da expressão “os tribunais não devem aplicar leis ou princípios”, usada igualmente no texto do artigo 213 da Constituição. Pretendemos, pois, clarificar o conteúdo deste poder/dever de abstenção constitucionalmente reconhecido/imposto aos tribunais em geral no exercício da função jurisdicional.

Passemos a examinar as questões principais acima formuladas, sem deixar de considerar outras, que embora não explicitadas ab initio, surgirão a título complementar.

No que respeita à primeira questão, cumpre assinalar que a Constituição de 1990 introduziu, na ordem jus constitucional moçambicana, o instituto da fiscalização concreta, difusa e incidental da constitucionalidade de normas jurídicas, ao determinar no artigo 162 que “em nenhum caso os tribunais podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição”, em conjugação com o artigo 206, o 7 Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de setembro qual estatua que “as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico”, consagrando desse modo o princípio da constitucionalidade de que é tributário o Estado de Direito.

Tanto o instituto como o princípio acima referido têm o devido acolhimento na Constituição vigente, que prescreve no artigo 214 que “nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam à Constituição”, e no n.º 4 do artigo 2 reproduz ipsius verbis o texto do supracitado artigo 206 da Constituição de 1990.

Porém, em relação ao dispositivo que institui a fiscalização concreta da constitucionalidade, substituiu a expressão **em nenhum caso**, adoptada no artigo 162 da Constituição de 1990, pela locução **nos feitos submetidos a julgamento**, importando perguntar se esta mudança de terminologia deve entender-se com o sentido de uma alteração substancial do âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade para se cingir às questões

de inconstitucionalidade suscitadas não em qualquer caso mas apenas durante o julgamento, enquanto fase específica do iter processual distinta das demais fases.

Nesta matéria, ao contrário da Constituição de 1990, que se limitou a consagrar o dever dos tribunais de não aplicar leis ou princípios inconstitucionais, a Constituição de 2004 evoluiu, ao introduzir, em consonância com o mesmo dever de abstenção, a figura de remessa obrigatória para o Conselho Constitucional dos “acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade”, *inter alia*, “quando se recuse a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade”.

O legislador constitucional de 2004 estabeleceu, mediante esta solução, o necessário elo de ligação entre os tribunais em geral e o Conselho Constitucional, quando se trata da fiscalização concreta da constitucionalidade.

É sintomático que ao se referir a “acórdãos e outras decisões”, no n.º 1 do artigo 247 da Constituição, o mesmo legislador constitucional quis conferir maior amplitude à acção fiscalizadora dos tribunais em matéria da conformidade constitucional das normas do Direito ordinário, não se tratando apenas de acórdãos ou sentenças que se produzam na fase processual do julgamento propriamente dito, mas de todas e quaisquer decisões com fundamento na inconstitucionalidade, sem distinção da fase do processo judicial em que tenham sido proferidos.

Por conseguinte, mostra-se curial, para o efeito do disposto no artigo 213 da Constituição, o entendimento do termo julgamento no seu sentido lato, ou seja, como “acto ou efeito de julgar; audiência em tribunal; sentença; decisão; exame; apreciação”, tendo igualmente em conta que o verbo julgar significa “decidir como juiz; sentenciar...” (COSTA, J. Almeida; SAMPAIO E MELO, A. **Dicionário da língua portuguesa**. 8.ª ed., rev. e actual. Porto: Porto Ed., 1999, p. 970).

Este entendimento compagina-se com os princípios hermenêutico constitucional da unidade e da máxima efectividade da Constituição: o primeiro “obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”, devendo “sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno” (Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de Setembro unitário de normas e princípios), e o segundo significa que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dé” (CANOTILHO, Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.223 e 1.224).

Na verdade, à luz do princípio da constitucionalidade, que dita a prevalência das normas constitucionais sobre as restantes normas do ordenamento jurídico (artigo 2, n.º 4, da CRM), não seria plausível entender-se que o dever dos tribunais de não aplicar leis ou princípios contrários à Constituição se circunscrevesse à fase do julgamento propriamente dito, ficando desse modo os mesmos tribunais obrigados, nas restantes fases processuais, a tomar decisões com base em normas manifestamente inconstitucionais, sem apelo nem agravo.

No campo do Direito ordinário, a Lei n.º 2/93, de 24 de Junho, estatui que as funções jurisdicionais que devam ter lugar no decurso da instrução preparatória dos processos-crime (fase processual cuja direcção compete ao Ministério Público – artigo 236 da CRM) são exercidas por magistrados judiciais, designados por juízes da instrução criminal (artigo 1, n.º 1), constituindo funções jurisdicionais, para os efeitos referidos neste preceito legal, entre outras constantes da lei, designadamente, quaisquer medidas limitativas dos direitos dos cidadãos, como sejam *inter alia* a validação

e manutenção das capturas e as decisões sobre a liberdade provisória [artigo 1, n.º 2, alíneas a) e b)].

A mesma Lei prevê que sejam criadas, nos tribunais judiciais de província e de distrito em que o movimento dos processos-crime o justificar, secções especializadas em que funcionam os juízes da instrução criminal, porém admite que as competências dos mesmos juízes sejam assumidas pelo juiz da causa ou do lugar da prisão, onde não for ainda possível criar as aludidas secções.

No seu conjunto, as disposições legais acima citadas elucidam que, nos autos ora em apreciação, o Meritíssimo Juiz de Direito do Tribunal Judicial do Distrito de Magude actuou na veste de juiz da instrução criminal, ao tomar decisões sobre a validação e manutenção das capturas e sobre a liberdade provisória.

Por isso, a norma contida no n.º 1 do artigo 14 da Lei n.º 8/82, de 23 de Junho, que nos mesmos autos o Juiz a quo se recusou a aplicar, com fundamento na sua inconstitucionalidade, ao abrigo do disposto no artigo 213 da Constituição, tem relevância imediata para a decisão da questão principal suscitada na fase instrutória do processo-crime, visto que se trata de uma questão de liberdade provisória mediante caução.

No caso *sub judice*, a decisão judicial sobre a liberdade provisória dependia, inelutavelmente, de um juízo prévio sobre a aplicabilidade ou não aos casos concretos da norma do n.º 1 do artigo 14 da Lei n.º 8/82, de 23 de Junho, que impõe a prisão preventiva quando se trate dos tipos legais de crime previstos e punidos no mesmo diploma legal, nomeadamente o crime de transporte ilegal de rezes de que são indiciados nos autos em apreço os arguidos Abdul Manuel Aly e Narciso Moisés.

Na medida em que se reveste de natureza especial, a norma do n.º 1 do artigo 14 da Lei n.º 8/82, de 23 de Junho, derroga, em relação aos referidos tipos legais de crime a lei geral, isto é, o Código de Processo Penal, na parte em que este regulamenta os pressupostos da liberdade provisória mediante caução ou termo 11 Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de Setembro de identidade, razão pela qual as correlatas disposições do mencionado Código não podem ser chamadas à colação no presente processo.

[...].

Porém, a solução consagrada no artigo 68 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, tem um efeito negativo que consiste no impedimento do Juiz da causa de proferir decisão sobre a questão principal, até que os autos, entretanto remetidos ao Conselho Constitucional, baixem juntamente com a notificação do Acórdão que decida a questão incidental de inconstitucionalidade suscitada no processo.

Concretamente, no caso *sub judice*, impunha-se ao Juiz a quo o dever de se abster de tomar qualquer decisão sobre a liberdade provisória dos arguidos Abdul Manuel Aly e Narciso Moisés, abstenção que, na prática, significa que os mesmos deviam manter-se sob prisão preventiva, não por decisão do juiz a quo mas como efeito ex vi legis do disposto no n.º 1 do artigo 14 da Lei n.º 8/82, de 23 de Junho, norma que se presume conforme à Constituição, até eventual decisão em sentido contrário, proferida pelo Conselho Constitucional em sede de processo de fiscalização de constitucionalidade.

As disposições conjugadas dos artigos 214 e 247, n.º 1, alínea a), da CRM não habilitam os tribunais em geral a decidir sobre o mérito das questões de inconstitucionalidade emergentes nos processos em juízo. Por força do disposto no artigo 68 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, tais questões têm um efeito prejudicial sobre o andamento do processo, relativamente

à questão principal cuja decisão depende directa e imediatamente da aplicação da norma tida por inconstitucional pelo Juiz a quo.

Na medida em que se trata de questões prejudiciais de natureza jurídico constitucional, a decisão sobre o respectivo mérito cabe, exclusivamente, ao Conselho Constitucional, enquanto órgão de soberania ao qual compete especialmente administrar a justiça em matérias daquela natureza, conforme o Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de Setembro dispõe o n.º 1 do artigo 241, conjugado com a alínea a) do n.º 1 do artigo 244, ambos da CRM, preceito que reserva ao Conselho Constitucional a competência de declarar a inconstitucionalidade das leis.

É neste sentido, pois, que este Conselho Constitucional entende a vinculação dos tribunais ao dever de não aplicar, nos feitos submetidos a julgamento, de normas ou princípios que ofendam a Constituição, prevista no artigo 213, conjugado com a alínea a) do n.º 1 do artigo 247, ambos da CRM, tendo igualmente em conta o disposto no artigo 68 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto. (Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de setembro atinente ao Processo n.º 03/CC/2014).

Relativamente ao Tribunal Supremo. Será que, também se coloca ao Tribunal Supremo, a obrigatoriedade de suspender o julgamento e remessa dos autos ao Conselho Constitucional? A resposta a esta questão permite uma melhor resposta à problemática da natureza jurídica do Conselho Constitucional, à questão da posição do Conselho Constitucional na arquitectura dos órgãos de administração da justiça e, finalmente, à questão do modelo de fiscalização da constitucionalidade, se é concentrado ou difuso ou misto?

Sobre a questão supra, pode-se considerar já existir uma jurisprudência consolidada e uma clarificação, pois o Tribunal Supremo remeteu ao Conselho Constitucional o processo de *Habeas Corpus* n.º 95/2017 para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade.

O Conselho Constitucional em sede da apreciação do processo a ele submetido, para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade, tece as seguintes considerações elucidativas sobre o modelo de fiscalização da constitucionalidade:

Importa afirmar que, nos termos da fiscalização concreta da constitucionalidade prevista nos artigos 213 e 247, ambos da Constituição e cujos trâmites processuais se encontram regulados nos artigos 67 e 75 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional, o Tribunal Supremo, ao suspender o processo de habeas corpus e de seguida remetê-lo ao Conselho Constitucional nos termos do artigo 247, da referida Constituição, e ainda do artigo 68 da LOCC, decidiu, de forma implícita, recusar a aplicação da norma posta em crise, por considerá-la inconstitucional, como é sua obrigação de corrente das disposições constitucionais e legais acabadas de citar.

Acresce que, o facto constituído pela suspensão do processo e a sua consequente remessa a este órgão, acompanhada de devida fundamentação e da indicação das pertinentes disposições legais, é manifestação inequívoca de que o requerente recusou aplicar a norma que considera inconstitucional.

Agiu bem o Tribunal Supremo ao suspender o processo ora em análise e remetê-lo de imediato ao Conselho Constitucional para a sua apreciação e decisão, pois se tivesse afastado e, consequentemente, desaplicado a norma cuja inconstitucionalidade se suscita, o facto equivaleria a auto investir-se em juiz constitucional, violando o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 244 da CRM, pois o Conselho Constitucional é o único órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucionais, nos termos do n.º 1 do artigo 241 da CRM.

É que o nosso sistema de controlo de constitucionalidade não é difuso, em que é permitido ao juiz ou tribunal, no julgamento de um caso concreto, decidir se uma norma é ou não inconstitucional. Essa competência pertence exclusivamente ao Conselho Constitucional, tanto em sede de fiscalização concreta, bem como sucessiva abstracta da constitucionalidade (Acórdão n.º 8/CC/2017, de 6 de novembro atinente ao Processo n.º 10/CC/2017).

Portanto, o sistema de fiscalização da constitucionalidade moçambicano é:

- jurisdicional, pois o órgão encarregado da fiscalização da constitucionalidade é o Conselho Constitucional, um órgão de natureza jurisdicional;
- concentrado com reenvio prejudicial, pois o único órgão competente para decidir em matéria de declaração da inconstitucionalidade é o Conselho Constitucional, tendo os Tribunais, incluindo o Tribunal Supremo, a obrigação de, em caso de fiscalização concreta, suspender o julgamento, enviando os autos ao Conselho Constitucional que delibera sobre a questão da inconstitucionalidade;
- um sistema de fiscalização preventivo e sucessivo, pois pode ocorrer entre a aprovação e a promulgação da lei, por iniciativa do Presidente da República, assim como pode ocorrer a qualquer momento da vigência da lei;
- uma fiscalização da inconstitucionalidade por acção, pois não inclui a fiscalização por omissão, mas apenas por violação da Constituição por acção;
- uma fiscalização da inconstitucionalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado, pois não abrange a inconstitucionalidade por violação aos direitos fundamentais ou por actos não normativos.

## **2 ESPÉCIES DE PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE**

De acordo com o disposto no artigo 45 da Lei n.º 2/2022, Lei Orgânica do Conselho Constitucional, para efeitos de distribuição existem as seguintes espécies de processos:

- processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade;
- processo de fiscalização sucessiva da constitucionalidade e da legalidade;
- acções e recursos;
- recursos e reclamações eleitorais;
- outros processos.

### **3 FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA**

#### **3.1 Noção de Fiscalização Preventiva**

A fiscalização preventiva só pode ser desencadeada pelo Presidente da República e acontece entre a aprovação da lei e a sua promulgação.

A fiscalização preventiva consiste em um processo de controlo de constitucionalidade e, subsidiariamente, da legalidade, que incide sobre certas normas jurídicas antes de se encontrar concluída a sua formação, podendo de um seu eventual juízo de inconstitucionalidade, proferido pelo Tribunal Constitucional, resultar a preclusão da respectiva existência jurídica (MORAIS, 2011, p. 21).

A fiscalização preventiva constitui um controlo abstracto de normas, pelo facto de não poder incidir sobre normas apreciadas no âmbito de um caso concreto (RIBEIRO, 2021, p. 115). Este processo de fiscalização não incide sobre uma norma legislativa em vigor, mas sim, sobre uma norma que pode, no futuro, ter força normativa, caso o diploma em que ela está integrada seja promulgado e publicado no Boletim da República (RIBEIRO, 2021, p. 115).

A fiscalização preventiva da constitucionalidade destina-se a antecipar (prevenir) um juízo sobre a constitucionalidade de normas manifestamente inconstitucionais numa fase anterior à da sua publicação e entrada em vigor, garantindo-se desta forma, também o respeito e a observância da Constituição. São, afinal, “normas imperfeitas”, estas normas ainda não concluíram todo o trâmite normativo necessário para alcançar a existência e validade jurídica e, consequentemente, produzir os seus efeitos (RIBEIRO, 2021, p. 116).

A fim de garantir a coerência do ordenamento jurídico, o processo de fiscalização abstracta preventiva representa um mecanismo de carácter diagnóstico, que alerta para a possibilidade de haver normas inconstitucionais antes de estas entrarem em vigor (RIBEIRO, 2021, p. 116). E assim que a existência de um controlo preventivo da constitucionalidade das normas afigura-se inteiramente razoável, na medida em que pretende evitar a consumação de situações de inconstitucionalidade e, mais especificamente, de violação dos

direitos fundamentais (RIBEIRO, 2021, p. 116).

Portanto, o processo de fiscalização abstracta preventiva tem por objectivo evitar que diplomas legislativos que contenham normas contrárias à Constituição entrem em vigor na ordem jurídica (RIBEIRO, 2021, p. 116). Para a mesma autora, “o processo de controlo preventivo da constitucionalidade dos diplomas enviados a promulgação é o mecanismo próprio e adequado para garantir que as leis que venham a ser publicadas estejam de acordo com a Constituição e os valores nela consagrados.” (RIBEIRO, 2021, p. 116).

Neste tipo de processo, parece indiscutível que os interesses que se visam proteger têm carácter objectivo e geral (RIBEIRO, 2021, p. 116). Nenhum interesse específico de qualquer entidade pública adquire relevância, muito menos adquirem também relevância interesses de natureza particular. A lei visa apenas acautelar que as normas de maior dignidade formal que entrem em vigor na ordem jurídica moçambicana se harmonizem com a Lei Fundamental (RIBEIRO, 2021, p. 116).

Não se exclui, todavia, que possa haver interesses particulares, ou de grupo que concorram, no mesmo ou em sentido diverso, com o interesse público, tal como veremos, todavia, tais interesses não adquirem qualquer relevância processual negativa ou positiva (RIBEIRO, 2021, p. 116).

#### **4 EFEITOS DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DA FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA**

De acordo com o disposto no artigo 58 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro:

- requerida a apreciação da constitucionalidade, interrompe-se o prazo da promulgação;
- caso o Conselho Constitucional se pronuncie pela inexistência da inconstitucionalidade, o novo prazo de promulgação começa a correr a partir do conhecimento pelo Presidente da República do Acórdão do Conselho Constitucional;
- se o Conselho Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade, o Presidente da República veta e devolve o diploma à Assembleia da República.

Segundo diz Jorge Bacelar Gouveia (2015, p. 550-551), podem se identificar dois efeitos da declaração da inconstitucionalidade:

- os efeitos imediatos, da autoria do Presidente da República, que, na qualidade de veículo de articulação entre o Conselho Constitucional e o órgão parlamentar, vai ter de agir vinculativamente, nos seguintes termos: “Se o Conselho Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade, o Presidente da República veta e devolve o diploma à Assembleia da República”;
- os efeitos mediados da decisão do Conselho Constitucional pela inconstitucionalidade de normas incluídas nos diplomas, ao invés dos efeitos imediatos, relacionam-se com o destino que se lhes dá já dentro da actividade sobre os mesmos órgãos promanantes entendam por desenvolver.
- a ideia fundamental é a de que não se admitiria nunca que a decisão do Conselho Constitucional pudesse ser desconsiderada ao ponto de tudo ficar na mesma e o diploma se transformar, efectivamente em acto legislativo.

Pelo contrário: o conjunto dos efeitos mediados gizados pelo CRM leva em mente a importância da decisão jurisdicional quanto à inconstitucionalidade, mas vendo-a no especial contexto, de tipo político, do procedimento legislativo, em que ocorre a elaboração de um acto jurídico-político (GOUVEIA, 2015, p. 551).

Daí que seja possível esboçar, na sequência da decisão de inconstitucionalidade, duas respostas possíveis, pensando no órgão Assembleia da República, quanto a um Decreto Legislativo considerado inconstitucional em sede de fiscalização preventiva (GOUVEIA, 2015, p. 551):

- I. o expurgo das normas consideradas inconstitucionais, isso equivalendo à reformulação do diploma, embora nem toda a reformulação seja um expurgo; ou
- II. a omissão de qualquer conduta da Assembleia da República, com isso se colocando um ponto funil no respectivo procedimento legislativo.

## **1.1 Fiscalização Sucessiva**

### **4.1.1 Noção de fiscalização sucessiva**

O objecto principal do processo de fiscalização sucessiva consiste na eliminação da norma directamente impugnada, bem como a destruição

retroactiva de efeitos decorrentes da sua aplicação, desde o momento em que o desvalor se constituiu (MORAIS, 2011, p. 147).

A fiscalização abstracta da constitucionalidade significa que, no leque das opções possíveis a tomar em um momento em que a fonte normativa sob apreciação é reconhecida, e por maioria de órgãos se encontra produzida, o juízo de constitucionalidade se exerce com total independência da sua aplicação a situações ou litígios concretos, ainda que isso concomitantemente possa suceder, embora tal se apresente irrelevante para a evolução do respectivo processo judicial (MORAIS, 2011, p. 556).

O processo de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade ou de legalidade, consiste num controlo abstracto de validade de normas exercido por via principal ou directa, com a finalidade de eliminação definitiva da ordem jurídica das normas jurídicas já publicadas que sejam feridas de inconstitucionalidade ou ilegalidade, bem como reparar os efeitos causados, procurando restabelecer o tecido do ordenamento jurídico afectado pelas consequências que hajam sido produzidas no passado, pelas normas julgadas inconstitucionais ou ilegais (RIBEIRO, 2021, p. 146).

Ensina Jorge Miranda (2022, p. 295) que a fiscalização abstrata vincula-se a um poder funcional de iniciativa — ao poder de requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade ou da legalidade de normas jurídicas.

Dizemos poder funcional, e não direito de iniciativa, porque impende sobre certos órgãos ou fracções de titulares de órgãos do poder político no âmbito do sistema político global da Constituição; porque se reconduz a uma competência; e porque é dominado exclusivamente por uma perspetiva de interesse público e objetivo (MIRANDA, 2022, p. 295). Por isso, só se justifica falar aqui em ação de inconstitucionalidade como ação pública e não, de modo algum, como ação *stricto sensu*. Não há partes na fiscalização abstracta.

Este controlo por via principal é realizado por meio de uma ação autónoma cujo objecto, a questão central e única, é a constitucionalidade ou não de uma lei ou a ilegalidade de um acto normativo (MIRANDA, 2022, p. 151). Neste sentido, a questão principal é a que envolve a constitucionalidade ou não de uma norma (MIRANDA, 2022, p. 151). Nesta espécie de controlo haverá um processo objectivo, no qual se discute tão-somente a validade em si de uma lei, visando, portanto, a preservação da harmonia do sistema jurídico com a eliminação de normas que sejam desconformes em relação à Constituição (MIRANDA, 2022, p. 151).

#### **4.1.2 Fiscalização sucessiva abstracta**

Nas palavras de Lúcia Ribeiro (2021, p. 146)

O processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou da legalidade, consiste, num controlo abstracto de validade de normas exercido por via principal ou directa, com a finalidade de eliminação definitiva da ordem jurídica das normas jurídicas já publicadas que sejam feridas de inconstitucionalidade ou ilegalidade, bem como reparar os efeitos causados, procurando restabelecer o tecido do ordenamento jurídico afectado pelas consequências que hajam sido produzidas no processo pelas normas julgadas inconstitucionais ou ilegais.

#### **4.1.3 Fiscalização sucessiva concreta**

A fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade de normas e da legalidade de leis consiste num instituto de controlo da validade de actos normativos, susceptível de ser exercido por qualquer tribunal sempre que os mesmos sejam aplicáveis a um caso singular julgado num processo jurisdicional comum (MORAIS, 2011, p. 601).

A fiscalização concreta da constitucionalidade relaciona-se com a aplicação jurisdicional do Direito, sendo a mesma realizada no quotidiano da actividade desenvolvida pelos tribunais (GOUVEIA, 2015, p. 552).

A fiscalização da constitucionalidade é concreta porque, incidindo sobre fontes normativos já formadas, surge a propósito da sua aplicação a uma situação da vida que o tribunal é chamado a resolver, estando impedido de aplicar fontes consideradas inconstitucionais (GOUVEIA, 2015, p. 552).

Os elementos da fiscalização concreta da constitucionalidade a assinalar, na parte em que ocorre os seus trâmites no Conselho Constitucional, são os seguintes (GOUVEIA, 2015, p. 552-553):

- os sujeitos julgadores: quem está incumbido de proceder ao juízo verificativo da constitucionalidade;
- o objecto processual: a norma e a interpretação da norma que se pretende submeter ao juízo de constitucionalidade;
- a marcha processual: a tramitação processual que a fiscalização concreta exige;

- os efeitos das decisões: as consequências que se abatem sobre a decisão que determinou um juízo positivo ou negativo de constitucionalidade a respeito de uma norma.

A fiscalização sucessiva da inconstitucionalidade decorre em qualquer momento da vigência da lei e é realização por todos os tribunais em sede do julgamento. Com efeito, nos termos do disposto no artigo 213 da CRM, nos efeitos submetidos a julgamento, os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição.

#### **4.1.3.1 Efeitos da declaração da inconstitucionalidade em sede da fiscalização sucessiva concreta**

O artigo 77 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, estabelece que a decisão tomada pelo Conselho Constitucional sobre o processo de fiscalização concreta tem os seguintes efeitos:

- o Acórdão, independentemente da decisão, baixa ao Tribunal de onde os autos provieram para a sua tramitação de acordo com a decisão tomada pelo Conselho Constitucional;
- se o Conselho Constitucional declarar a norma inconstitucional ou ilegal, o Tribunal da causa não pode aplicar a norma em causa, resolvendo o caso segundo os princípios gerais de direito;
- faz caso julgado no processo quanto a questão da inconstitucionalidade suscitada.

O artigo 78, atinente à Convolação da norma em processo de fiscalização sucessiva abstracta, preceitua que:

- tendo o Conselho Constitucional declarado inconstitucional ou ilegal a mesma norma três vezes, o processo de fiscalização concreta é convolado para o processo de fiscalização sucessiva abstracta.
- tem legitimidade para solicitar a convolação da norma qualquer um dos Juízes Conselheiros, promovendo a organização de um processo com as cópias dos correspondentes Acórdãos, o qual é concluso ao Presidente seguindo-se os termos do processo de fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade ou da ilegalidade previstas na lei.

Segundo Jorge Bacelar Gouveia (2015, p. 554), são duas as consequências possíveis da intervenção de mérito de qualquer tribunal no exercício de poder de fiscalização concreta da constitucionalidade:

- a recusa da aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, ou
- a aplicação de normas cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo.

Leciona Jorge Bacelar Gouveia o efeito da decisão de fiscalização concreta da constitucionalidade tomada pelo Conselho Constitucional, no caso de inconstitucionalidade, determina a desaplicação da Ordem Jurídica, num efeito equivalente àquilo que sucede na fiscalização abstracta da Constitucionalidade (GOUVEIA, 2015, p. 555).

O entendimento supra do Professor Jorge Bacelar Gouveia sobre os efeitos da declaração da inconstitucionalidade em sede da fiscalização concreta da inconstitucionalidade não procede, pois a declaração da inconstitucionalidade em sede da fiscalização concreta não tem força obrigatória geral, como sucede na fiscalização sucessiva abstracta. Como preceitua o artigo 78 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, só em caso de convolação, quando a mesma norma é declarada três vezes inconstitucional ou ilegal pelo Conselho Constitucional em sede da fiscalização sucessiva concreta, passando-se para uma fiscalização sucessiva abstracta, por iniciativa de um dos juízes Conselheiros. Portanto, uma norma declarada inconstitucional em sede da fiscalização concreta, continua em vigor na ordem jurídica, até a convolação da norma em processo de fiscalização abstracta sucessiva, só depois de ser declarada inconstitucional três vezes, em sede da fiscalização sucessiva concreta pelo Conselho Constitucional.

## **5 QUE MODELO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE PARA MOÇAMBIQUE? QUE REFORMA PARA UMA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL DO CIDADÃO?**

O modelo de fiscalização da constitucionalidade é jurisdicional, concentrado, com reenvio pré-judicial.

De acordo com o disposto no artigo 213 da CRM, nos feitos submetidos a julgamento os Tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição, o que significa que os Tribunais comuns têm competência

para apreciar as matérias de inconstitucionalidade, mas não têm competência para decidir, sendo que podem apenas recusar a aplicação da lei julgada inconstitucional, suspender o julgamento enviar os autos ao Conselho Constitucional e aguardar pela decisão deste, e só retoma o julgamento após a decisão do Conselho Constitucional, o que significa um tempo de espera, que afecta a celeridade processual e a tutela dos direitos dos cidadãos.

O cidadão, individualmente, não pode suscitar a fiscalização da constitucionalidade, devendo só fazer quando a solicitação seja subscrita por cinco mil cidadãos, o que requer um aparato de organização e de logística que não está ao alcance de um cidadão comum, o que configura um obstáculo no acesso dos cidadãos à justiça constitucional.

O Conselho Constitucional só fiscaliza e decreta inconstitucionalidade de actos normativos, ficando de fora todos os actos dos órgãos do Estado de carácter não normativos e todos os actos das entidades privadas, ainda que violem os direitos fundamentais dos cidadãos, quando de acordo com o disposto no artigo 56 da CRM, “os direitos, liberdades e garantias individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas e são garantidos pelo Estado”.

Aliás, conforme o disposto no artigo 62 da CRM, o Estado garante o acesso dos cidadãos aos Tribunais, um direito que é reforçado, por um lado, pelo reconhecimento do direito à impugnação, no artigo 69 da CRM que estabelece que “o cidadão pode impugnar os actos que violam os seus direitos estabelecidos na Constituição e nas demais leis” e, por outro, pelo direito de recorrer aos Tribunais, consagrado no artigo 70 da CRM, que dispõe que o “cidadão tem o direito de recorrer aos tribunais contra os actos que violem os seus direitos e interesses reconhecidos pela Constituição e pela lei”. Neste prisma, a limitação da capacidade de cognição do Conselho Constitucional, apenas aos actos normativos põe em causa o acesso ao direito e à justiça, um direito fundamental que a Constituição da República confere aos cidadãos, o que minimiza a função da fiscalização da constitucionalidade na tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O Conselho Constitucional não fiscaliza a inconstitucionalidade por omissão. Esta situação cria um vazio e um défice no exercício dos direitos de cidadania dos direitos fundamentais, havendo direitos fundamentais que embora consagrados na Constituição da República carecem da intermediação dos poderes públicos, particularmente do poder legislativo na sua normação legislativa e do poder executivo na criação de condições materiais para a sua efectivação, particularmente os direitos económicos, sociais e culturais. São exemplos de omissões legislativas inconstitucionais que limitam o exercício da

cidadania e o gozo dos direitos fundamentais, a falta de legislação que regule sobre: o direito à indemnização e responsabilidade do Estado (artigo 58 da CRM), direito de resistência (artigo 80 da CRM), direito de acção popular (artigo 81 da CRM), liberdade de consciência, de religião e de culto (artigo 54 da CRM), direitos de antena, de resposta e de réplica política (artigo 49 da CRM), a lei sobre o Estado de sítio ou de emergência (artigo 290 da CRM, a lei do referendo artigo 300, n.º 2).

Portanto, há uma necessidade de uma reforma da constitucionalidade, com vista a assegurar o acesso dos cidadãos à justiça Constitucional, a tutela dos direitos fundamentais, maior abertura e democratização da justiça constitucional, e a protecção da dignidade da pessoa humana que é o fim último do Estado de Direito Democrático proclamado na Constituição da República.

Nestes termos, com vista a lograr que o sistema de fiscalização da constitucionalidade, tutela os direitos fundamentais dos cidadãos, construindo uma jurisdição constitucional dom cidadão afigura-se necessário:

- transformar o Conselho Constitucional em Tribunal Constitucional;
- a mudança do sistema de fiscalização da constitucionalidade concentrado para um sistema difuso, em que todos os tribunais possam participar na fiscalização da constitucionalidade com poder decisório, mantendo a última palavra com o Conselho Constitucional como instância de recurso;
- incluir a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, para obrigar que os poderes públicos possam criar as condições necessárias para uma efectiva aplicação da Constituição da República e assegurar o gozo dos direitos fundamentais pelos cidadãos;
- remover a barreira das cinco mil assinaturas e permitir o acesso individual dos particulares à jurisdição constitucional, para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos;
- introduzir o recurso de amparo, ou queixa constitucional, para permitir que os cidadãos possam recorrer à jurisdição constitucional em caso de violação dos seus direitos consagrados e reconhecidos na Constituição e na lei;
- alargar o âmbito dos poderes do Conselho Constitucional, para além dos actos normativos, incluindo actos de natureza não normativa, desde que não violem os direitos fundamentais dos cidadãos;
- tendo em conta que os direitos fundamentais são directamente aplicáveis e vinculam não só entidades públicas, mas também privadas,

é recomendável o alargamento do poder de cognição da jurisdição constitucional também para os actos praticados por entidades privadas, quando esteja em causa a tutela dos direitos fundamentais.

## 6 CONCLUSÃO

O sistema de fiscalização da constitucionalidade adoptado em Moçambique é jurisdicional, concentrado com reenvio prejudicial. Embora o artigo 213 da Constituição da República estabeleça que os Tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição, nos feitos submetidos a julgamento, eles não exercem a função de juiz constitucional, pois o poder de declaração da inconstitucionalidade é reservado exclusivamente ao Conselho Constitucional.

O actual sistema de fiscalização da constitucionalidade não é eficaz na tutela dos direitos fundamentais devido a inexistência da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, a falta do recurso de amparo ou queixa constitucional, a exigência de cinco mil assinaturas para apresentação de um pedido de declaração da inconstitucionalidade ao Conselho Constitucional, a limitação da capacidade de cognição e declaração da inconstitucionalidade apenas aos actos normativos, ficando de fora os actos não normativos dos órgãos do Estado e os actos que violem os direitos fundamentais praticados por entidades privadas, por fim, pelo facto de os tribunais comuns não estarem investidos de poder para a declaração da inconstitucionalidade.

A evolução de um sistema concentrado com reenvio prejudicial para um sistema misto pode reforçar o papel da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais, assim como a democratização da jurisdição constitucional, com a consagração do acesso dos particulares à jurisdição constitucional pode contribuir para tutela jurisdicional efectiva dos direitos fundamentais, através da fiscalização da constitucionalidade.

## BIBLIOGRAFIA

CAMPOS, Alexandra Valpaços Gomes de. Vantagens e desvantagens da alteração do sistema de fiscalização da constitucionalidade vigente em Portugal. In: **O Direito**, Coimbra, Ed. Almedina, ano 143.º, v. IV, p. 875-885, 2011.

CANAS, Vitalino. **Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional:** natureza e princípios

estruturantes. Coimbra: Coimbra Ed., 1986.

CANAS, Vitalino. **Princípios estruturantes dos processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade**. Lisboa: Almedina, 1986.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**: artigos 108 a 296. v. II. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

DINIZ, Antero Alves Monteiro. A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional (o sistema vigente e o ir e vir dialéctico entre o tribunal constitucional e os outros tribunais). In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed. / Colóquio do 10.º Aniversario do Tribunal Constitucional, Lisboa, de 28 a 29 de maio de 1993, 1995.

ESPADA, Gildo, O conceito de norma jurídica para efeitos de controlo da constitucionalidade no Conselho Constitucional moçambicano. In: CHUVA, António et al. **Estudos de direito constitucional moçambicano**: contributos para reflexão. Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária / Instituto Superior de Ciências e Tecnologias de Moçambique / Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 2012.

FRANCO, João Melo; MARTINS, Hélder Antunes. **Dicionário de conceitos e princípios jurídicos**. 3.ª ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1995 (2.ª reimpr.).

GOUVEIA, Jorge Bacelar. A fiscalização concreta da constitucionalidade no direito moçambicano. SEMINÁRIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL: Curso de Doutoramento em Direito, Faculdade de Direito da UEM, Maputo, Junho, 2009.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito constitucional de Moçambique**. Lisboa: Instituto do Direito de Língua Portuguesa, 2017.

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

LEITÃO, Cristina Maria Machado de Queiroz. **Os actos políticos no estado de direito**: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

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

MIRANDA, Jorge. **Fiscalização da constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Fiscalização da constitucionalidade.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2022.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional:** inconstitucionalidade e garantia da constituição. tomo VI. 2. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria da constitucionalização.** Coimbra: Almedina, 2020.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Acórdão n.º 3/CC/2020, de 26 de março.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Acórdão n.º 8/CC/2017, de 6 de novembro.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Acórdão n.º 9/CC/2017, de 27 de dezembro.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de setembro.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Balanço de Actividades Desenvolvidas pelo Conselho Constitucional (2003-2008), Maputo, 30 de setembro de 2008.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Relatório do Conselho Constitucional à I Assembleia Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa realizado em Lisboa, a maio de 2010, subordinado ao tema Fiscalização da Constitucionalidade e Estatuto das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Relatório do Conselho Constitucional à II Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais de Língua Portuguesa, Maputo, 14 e 15 de maio de 2012.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique de 1990. Maputo, BR n.º 44, I Série, Suplemento, de 2 de novembro de 1990.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique de 2004. Maputo, BR n.º 51, I Série, de 22 de dezembro de 2004.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República Popular de Moçambique de 1975. Maputo, BR n.º 1, I Série, de 25 de junho de 1975.

MOÇAMBIQUE. Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro. Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

MOÇAMBIQUE. Lei n.º 2/93, de 24 de junho. Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

MOÇAMBIQUE. Lei n.º 5/2006, de 9 de julho. Lei de revisão da lei Orgânica

do Conselho Constitucional.

MOÇAMBIQUE. Lei n.º 6/2006, de 2 de agosto, de revisão da Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. tomo I. Coimbra: Coimbra Ed, 2002.

MOREIRA, Vital. O Tribunal Constitucional português: fiscalização concreta no quadro de um sistema misto de justiça constitucional. In: **Revista Sub Júdice**, Coimbra, n.º 20\21, 2001.

MÜLLER, Elonisa Maria. É possível constituir uma queixa constitucional em Portugal?: a Verfassungsbeschwerde na Alemanha. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, junho de 2020. Disponível em: <<https://researchgate.net>>.

NHATITIMA, Pedro. A jurisdição constitucional moçambicana. In: CHUVA, António et al. **Estudos de direito constitucional moçambicano**: contributos para reflexão. Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária / Instituto Superior de Ciências e Tecnologias de Moçambique / Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Sistema português de fiscalização de constitucionalidade**: avaliação crítica. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2021.

RAMIÃO, Ruben. O que é norma jurídica. In: MIRANDA, Jorge (Dir.). **O Direito**, Coimbra, Ed. Almedina, ano 150.º, 2018.

RAMOS, Dirceo Torrecilles. **Constitucionalidade por via de acção**. São Paulo: Angelitti, 1994.

REGO, Carlos Lopes. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade em Moçambique**. Maputo: Escolar, 2021.

REGO, Carlos Lopes. **Os recursos da fiscalização concreta na lei e na jurisprudência do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010.

RIBEIRO, Lúcia da Luz. **Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade no direito moçambicano**. Maputo: Escolar, 2021.

RODRIGUES, Filomeno. **A justiça constitucional moçambicana**: um breve olhar sobre a jurisprudência do Conselho Constitucional. Maputo: Alcance, 2017.

RODRIGUES, Filomeno. **Sistema português de fiscalização de constitucionalidade**: avaliação critica. Lisboa: AAFDL, 2017.

RODRIGUEZ, António Narvaez. A justiça constitucional enquanto necessidade do estado democrático. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Ed. Associação Sindical dos Juízes Portugueses, janeiro-abril 2018.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

VALLE, Jaime. **A fiscalização preventiva no sistema português de controlo da constitucionalidade**. Lisboa: Almedina, 2021.

VICTOR, Sérgio António. Possibilidades e funções da reclamação constitucional. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Estudos sobre a jurisdição constitucional**. v. II. São Paulo: Almedina, 2018.

VIEIRA, Tacyr de Aguilar. O controlo da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p. 39-62, jan.-mar. 1999.

Submissão em: 28 de agosto de 2023

Modificação em: 30 de setembro de 2023

Último Parecer favorável em: 12 de novembro de 2023

### Como citar este artigo científico

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco. O sistema moçambicano de fiscalização da constitucionalidade. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 3, p. 95-117, set.-dez. 2023.

## **RETHINKING THE PITFALLS OF INTERNATIONAL LAW: TOWARDS A NEW THEORETICAL FRAMEWORK?**

**GEORGE MOUSOURAKIS<sup>1</sup>**

### **ABSTRACT**

This paper will discuss the extension of Ronald Dworkin's philosophy of value and his theory of political morality from the domestic to the international domain. Dworkin's analysis on this issue, expounded in his posthumous work "A New Philosophy of International Law", is an invaluable tool for expanding his thinking on political morality to the global level. In this work, international law theory is understood to revolve around the key concept of legitimacy. The author argues that the principles governing the international legal system are not fundamentally different from those underpinning domestic legal systems. He even goes so far as to assert that the moral title to govern a particular territory is based on the principles that permeate the international system and that, therefore, the legitimacy of domestic legal systems is inextricably linked with the legitimacy of the international system. This is a significant claim that is not elaborated in the above-mentioned work in great depth. Through further conceptual analysis of Dworkin's theory of justice, as expressed in his work on equality, freedom, democracy and law, along with his understanding of responsibility, harm and obligation, this essay will attempt to provide a basis for a more comprehensive account of Dworkin's theory of International Law. It is submitted that the weakness of the international legal system, as manifested by the wars in Ukraine, the Middle East and other parts of the world, invites a rethinking of the theoretical foundations of the current system and, in this respect, Dworkin's approach may provide a useful starting point.

---

<sup>1</sup> Professor, Hiroshima University, School of Law and Graduate School of Humanities and Social Sciences; Fellow, Max Planck Institute, Germany. The first draft of this article was completed at the University of Verona and Charles University, Prague. I am indebted to Professor Donata Gottardi, Dean of the Faculty of Law at the University of Verona, and Dr. David Kohout, Head of the International Office in the Faculty of Law at Charles University, for their hospitality and support during my stay at their Institutions. e-mail: gmousourakis@hotmail.com

## 1 INTRODUCTION

In the final years of his long and distinguished academic career, Professor Ronald Dworkin turned his attention to what he regarded as the important yet tenuous and complex field of public international law theory. In an article published posthumously in the journal *Philosophy & Public Affairs* he offered an account of international law grounded in the concept of political morality (DWORKIN, 2013). In seeking to construct a theory of international law as a form of international political morality, Dworkin was building on the argument contained in his ground-breaking work *Justice for Hedgehogs* (DWORKIN, 2011), in which he pulled together the principal strands of his thinking from the previous five decades to present the most comprehensive articulation of his philosophy.

Even though the final destination may be the international domain, Dworkin commences his account of justice at the level of the individual. What is a good life, a life that is well lived, is a question that goes to the very heart of what it means to be a human being. The title *Justice for Hedgehogs* references the philosopher Isaiah Berlin, who was himself quoting the ancient Greek poet Archilochus' statement that "the fox knows many things, but the hedgehog knows one big thing." (DWORKIN, 2011, p. 1). According to Dworkin, "value is one big thing" and "the truth about living well and being good and what is wonderful is not only coherent but mutually supporting." (DWORKIN, 2011, p. 1). Dworkin maintains "that value has truth and that value is indivisible." (DWORKIN, 2013, p. 15). According to him, the idea "that ethical and moral values depend on one another is a creed; it proposes a way to live." (DWORKIN, 2013, p. 1).

Dworkin views justice as part of a broader political morality, which together with personal ethics and individual morality are branches of the 'tree of value' (DWORKIN, 2013, p. 5). The two fundamental questions situated at the top of that tree are, firstly, how to live? And, secondly, how to treat other people? According to Dworkin ethics is concerned with the question of how to live well; morality is concerned with the question of how to treat other people.<sup>2</sup> Dworkin addresses these questions firstly at the level of the individual. He then proceeds to answer the same questions at a political level and, on this basis, he constructs his theory of justice.

Dworkin's point is that addressing deeper philosophical issues at the level of individual personal ethics is necessary for understanding the theory of justice he is proposing (DWORKIN, 2011, p. 2). For legal theorists primarily

---

<sup>2</sup> Dworkin uses the terminology of Williams (1985, p. 174-196).

interested in the general themes covered in a standard jurisprudential text only the final fifth of his book is relevant. In this, Dworkin is staking his claim for a much grander philosophical vision – his *philosophy of value*. The idea that law is itself a subset of morality is not simply bold but, as Dworkin puts it: ‘a liberation’ (DWORKIN, 2011, p. 418). If this is true at the level of domestic or municipal law, then it should be equally true for law as it operates on the international level. Dworkin asserts that the sources of international law flow from the fundamental moral precepts on which the legitimacy of the entire international legal system ultimately depends (DWORKIN, 2013, p. 22). He then goes on to propose that the legitimacy of the sovereign nation state, the ‘moral title to govern’, is in a crucial way linked to the legitimacy of the international legal system as a whole. This represents a major departure from traditional accounts of the relationship between the domestic and international legal orders (DWORKIN, 2013, p. 19).

## **2 DWORKIN’S THESIS OF THE UNITY OF VALUE**

According to Dworkin, law is situated within an interconnected and mutually sustaining web of norms that gives meaning to and reinforces political rights and duties. It is only through comprehension of the entirety of this complex structure that one can understand Dworkin’s thesis and evaluate its usefulness in constructing a meaningful account of international law. There are three key aspects to Dworkin’s theory of value: firstly, that moral judgments are independent; secondly, that moral values are interpretive in nature; and thirdly, that moral values are integrated and mutually supporting (the ‘unity of value’ thesis).

The age-old debates in jurisprudence revolve around the questions of what laws are and how they come about, what justifies the duty to obey the law, and most importantly, what makes a law a *good* law, where does morality intersect with law? At one extreme we find the classical doctrine of natural law, which holds that there is a moral order that is intrinsic to the nature of the world, out of which spring certain eternal, universal principles of duty and right. According to natural lawyers, citizens are expected to obey the law not because of the might of the political power that creates it, but because it is founded in a moral principle. This approach to natural law is grounded in metaphysics: natural law is seen as a universal, unchangeable law from which all human positive laws ultimately draw their force. It is significant that the notion of God as the supreme lawgiver is intimately connected with this conception of natural law.

The natural law approach is contrasted with the positivist theory of law according to which the law, as it is laid down by the lawmakers, is logically and conceptually distinct from the law as it ought to be (HARRIS, 1980, p. 16). Another way to express this is to say that a clear distinction must be drawn between ‘ought’, in the sense of what is morally desirable, and ‘is’, in the sense of that which actually exists as a matter of fact. In the British philosophical and legal tradition, the distinction between *is* and *ought* is associated with the famous passage of the eighteenth-century philosopher David Hume wherein he denies the prospect of deriving moral premises from statements of fact. In his *Treatise of Human Nature* (1739), Hume stated that “the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects nor is perceiv’d by reason.” (HUME, 1969, p. 521). This is traditionally encapsulated in the phrase: an ‘ought’ cannot be derived from an ‘is’. Law cannot be conflated with morality. If morality exists, it is a totally distinct domain. According to Jeremy Bentham, one could divide jurisprudence into two distinct areas, an area where one stated the law as it is and an area where one looked at the law as it ought to be. For Bentham the distinction between law as it is and law as it ought to be is a necessary condition for the sound appraisal and intelligent reform of positive law. This approach to the matter is essentially an assertion of the difference between law and morality, and that while morality can provide the basis for the critical evaluation of the law there is no necessary connection between the two.

The Continental European understanding of the distinction between *is* and *ought* derives from the Kantian distinction between the phenomenal world, the province of the *is*, and the world of the *right* wherein the categorical imperative reigns – the province of the *ought*. According to Kelsen, we can perceive the world around us in two distinct ways: we can explain it in scientific terms and through scientific laws, which invokes the domain of the *is* where the mode of explanation is causal; or we can look at the world in normative terms and this introduces the domain of the *ought* wherein the mode of explanation is no longer causal but imputational. There is no logical connection between these two ways of perceiving the world and so we cannot employ methods appropriate to one domain to interpret the other. Kelsen regards legal science as a *normative science*: a science that constitutes knowledge of a normative order.

According to Kelsen and others in the Continental tradition, an adherence to legal positivism implies a non-cognitivist theory of ethics, which postulates that ethics is not a matter of knowledge but of attitude. From this viewpoint it is said that in moral reasoning there can be no rational solutions as we cannot ‘objectively’ know what is right or wrong. Some scholars argue that the British tradition, if it is to be regarded as positivist, must also imply the same. However, neither Bentham nor his successors seem to accept that moral judgements are

inherently arbitrary. Although they are regarded as committed positivists and upholders of the distinction between positivist and critical jurisprudence, they proceed from a cognitivist theory of ethics, namely utilitarianism.

In *Justice for Hedgehogs*, Dworkin adopts Hume's thesis that the empirical world should be seen as separate from the realm of value. This is reflected in Dworkin's belief that we do in fact derive 'oughts' from other 'oughts'. His entire thesis rests on the assumption that there is an independent domain of value and that arguments about truth or falsity in that domain are arguments of value leading to value judgments. According to him, "value judgments are true, when they are true [...] in view of the substantive case that can be made for them. The moral realm is the realm of argument, not brute, raw fact." (DWORKIN, 2011, p. 11). Dworkin seeks to redeem values from the negative connotations attached to the term 'value judgment' as a merely personal opinion. He gives morality a place to stand in public debate and, at the same time, he provides us with new insights into fundamental questions of legal theory.

In his highly influential work *Taking Rights Seriously*, Dworkin draws attention to the important distinction between a concept and a conception: "when I appeal to [the concept] of fairness I pose a moral issue; when I lay down my conception of fairness I try to answer it." (DWORKIN, 1978, p. 168). In his more recent work *Justice in Robes* he describes the concept of justice as 'interpretive' and requiring a shared understanding: "people will share the concept of justice in spite of sharp disagreements both about the criteria for identifying injustice and about which institutions are unjust." (DWORKIN, 2006, p. 11). As these statements suggest, a concept of justice can be shared even if people have very different conceptions of how to attain justice. Dworkin then proceeds further to argue that not only is the concept of justice interpretive, but the conceptions or theories that we construct about it are also interpretive:

So a useful theory or conception of an interpretive concept, such as a theory of justice, cannot simply report the criteria people use to identify instances or simply excavate the deep structure of what people mainly agree are instances. A useful theory of an interpretive concept must itself be an interpretation, which is very likely to be controversial, of the practice in which the concept figures (DWORKIN, 2006, p. 11).<sup>3</sup>

If justice is an interpretive concept and a theory of justice is an interpretive conception, then a theory of interpretation is needed. Dworkin proposes a 'value-based general theory' of interpretation: "Interpreters have critical responsibilities and the best interpretation of a law [...] is the interpretation

---

<sup>3</sup> On the role of history in interpretation Dworkin states that "interpretation engages history, but history does not fix interpretation."

that best realizes those responsibilities on that occasion.” (DWORKIN, 2011, p. 7). The ‘value-based’ component of this definition is the requirement of moral responsibility. As there is no neutral scientific or metaphysical plane (DWORKIN, 2011, p. 12) on which to finally adjudicate, Dworkin constructs his theory of responsibility in terms of the idea of an interpretive form of moral reasoning:

We cannot be, in any causal way, ‘in touch’ with moral truth. But we can nevertheless think well or badly about moral issues. What is good and bad thinking is itself a moral question, of course: a moral epistemology is part of substantive moral theory. We use part of our overall theory of value to check our reasoning in other parts (DWORKIN, 2011, p. 12).<sup>4</sup>

According to Dworkin, justice is a facet of political morality. His theory of justice consists of integrated conceptions of four key political concepts: *equality*, *liberty*, *democracy* and *law*. He declares that in political morality, as in the realm of value in general, integration is a necessary condition of truth. This means that conceptions of justice will have persuasive force only if they ultimately ‘mesh.’ (DWORKIN, 2011, p. 5-6). As Dworkin points out:

it would be flaccidly circular to appeal to liberty to defend a conception of liberty. So political concepts must be integrated with one another. We cannot defend a conception of any of them without showing how our conception fits with and into appealing conceptions of the others (DWORKIN, 2011, p. 7).

### **3 FROM THE PERSONAL TO THE POLITICAL DOMAIN AND THE ROLE OF DIGNITY**

Dworkin holds that moral responsibility, both personal and political, is intimately linked to ethical responsibility. External responsibility – concerned with how to treat other people – stems from personal responsibility – concerned with how to live – and vice versa. The lens through which all questions of value should be viewed is that of *dignity*, which again is an interpretive concept.

In responding to the question “How to live?”, Dworkin holds that our ethical responsibility includes “trying to find appropriate conceptions of the two interpretive concepts: living well and having a good life.” (DWORKIN, 2011, p. 195). Living well involves striving to attain a good life, even though having a bad life does

---

<sup>4</sup> According to Stephen Guest (2013, p. 104), “In *Justice for Hedgehogs* Dworkin makes it clear how far he intends interpretation to extend – to nothing less than over all matters of evaluative judgment and constituting that part of knowledge that is not science.”.

not necessarily entail that one has not lived well. It is possible to have lived well and had a bad life due to unfortunate life circumstances, such as poverty, severe disability or some other form of hardship. Conversely, an objectively good life marked by professional accomplishments, prosperity and joy can have been lived badly if made possible by murder, fraud, betrayal and other forms of wrongdoing. According to Dworkin, these two ideas are interconnected, although living well is the more basic ethical responsibility (DWORKIN, 2011, p. 201).<sup>5</sup>

The essential requirements of living well are embodied in two ethical principles that together form Dworkin's conception of human dignity, namely the principle of *self-respect* and the principle of *authenticity*. According to the first principle, each person must take his own life seriously – it is objectively important how a person lives. The second principle pertains to the personal responsibility to make our lives our own, endorsed by us and us alone, which implies a right to ethical independence (DWORKIN, 2011, p. 211-212).<sup>6</sup> These two principles of dignity are taken to operate simultaneously and reinforce rather than conflict with each other (DWORKIN, 2011, p. 263).

Personal ethics and morality are integrated through the operation of the first principle of dignity, since “the self-respect demanded by that first principle of dignity entails a parallel respect for the lives of all human beings.” (DWORKIN, 2011, p. 255).<sup>7</sup> In other words, the principle of self-respect as applied to morality entails that the lives of others are objectively just as important as one's own life. The second principle of dignity – the principle of authenticity – as applied to morality, requires that respect must be shown for the ethical responsibilities of other people. Some room is allowed for partiality in matters of personal morality, for it is “not unreasonable to favour yourself [...] when that means only that you have weighed the impact of some decision on your own life more heavily than its impact on someone else's life.” (DWORKIN, 2011, p. 270). This does not mean that one has failed to accept that the life of others is objectively just as valuable as one's own. Dworkin relies on the concept of reasonableness as an important ethical criterion to help bridge the gap between ethics and morality. He declares that “it is unreasonable of you to favour your own interests in circumstances when the benefit to you is relatively trivial and the cost to others very large.” (DWORKIN, 2011, p. 270). This is because such a stance is inconsistent with recognizing the “objective as well as subjective importance of your own life.” (DWORKIN, 2011, p. 270).<sup>8</sup>

<sup>5</sup> See also p. 195 where Dworkin applies a distinction between the ‘right’ and the ‘good’, giving the ‘right’ priority.

<sup>6</sup> Note here that authenticity is not compromised by limitations of nature or circumstance. A person may not have many colours on his palette, but the life he designs with the colours he has may be just as fully authentic, just as firmly the life that he rather than anyone else has designed.

<sup>7</sup> Note that Dworkin terms this ‘Kant's principle’: “you see the objective importance of your life mirrored in the objective importance of everyone else's.”

<sup>8</sup> As Stephen Guest (2013, p. 24) observes, “our ethics – our ‘living well’ – allows competition with others where such competition falls short of harming them.”

Individual citizens discharge their political obligations in part through participation in an collective body or political community (DWORKIN, 2011, p. 327). Dworkin holds that political morality pertains to what “we all together owe others as individuals when we act in and on behalf of that artificial collective person.” (DWORKIN, 2011, p. 328). He declares that in the domain of political morality a focus on ‘rights’ is more useful than a focus on duty or obligation because the ‘precise location’ of political rights is with the individual. At this point, finally, the above-mentioned principles of dignity are applied to the political realm. The principle of self-respect requires that government treat all those in its charge with equal concern – it should respect the individual’s right to equal concern. The principle of authenticity requires that government show respect for its subjects’ independent ethical responsibilities – the individual’s right to full respect.

Throughout his analysis, Dworkin emphasises his belief in the possibility for attaining objective truth in matters of value: “I believe that some institutions really are unjust and some acts really are wrong no matter how many people believe that they are not.” (DWORKIN, 2011, p. 7-8). At the personal level, “our dignity requires us to recognize that whether we live well is not just a matter of whether we think we do.” (DWORKIN, 2011, p. 8). At a political level, there will be disagreement about correct conceptions of justice, but those in power must believe that their actions are just (DWORKIN, 2011, p. 8). According to Dworkin, moral truth is even more needed in the political domain because politics involve the exercise of coercive power: “we cannot stand up to our responsibility as governors or citizens unless we suppose that the moral and other principles on which we act or vote are objectively true. It is not good enough for an official or voter to declare that the theory of justice on which he acts pleases him.” (DWORKIN, 2011, p. 8).<sup>9</sup>

#### **4 LEGITIMACY, JUSTICE AND HUMAN RIGHTS**

According to Dworkin, the two central aspects of political morality are people’s convictions about the legitimacy of government and human rights. Both have their origin in human dignity.<sup>10</sup>

Dworkin holds that democracy is constrained by the requirement of legitimacy. Political obligation is a kind of associative obligation where “coercive

---

<sup>9</sup> See also Chapter 8 where Dworkin argues that truth is itself an interpretive concept in moral reasoning.

<sup>10</sup> Dworkin believes that a theory of political rights or political morality can only be distinguished from personal moral rights in a community that has a version of Hart’s secondary rules which create separate legislative, executive and adjudicative authority and jurisdiction.

political organisations undermine the dignity of their members unless each accepts a reciprocal responsibility to the others to respect collective decisions.” (DWORKIN, 2011, p. 320). This is the case as long as such decisions have met certain appropriate conditions that are normally determined by constitutional structure and history. Dworkin utilizes the concept of legitimacy to address what he refers to as the ‘paradox of civil society.’ (DWORKIN, 2011, p. 320). Collective government capable of enforcing its mandates is essential to our dignity as “anarchy would mean the end of dignity altogether” (DWORKIN, 2011, p. 320) and yet coercive government also threatens to make dignity impossible as one’s special responsibility for one’s own life is subject to the dominion of others (consider SREEDHAR; DELMAS, 2010, p. 750).

Dworkin draws a distinction between legitimacy and justice and declares that both are a matter of degree as a state will never be entirely legitimate or fully just:

Governments have a sovereign responsibility to treat each person in their power with equal concern and respect. They achieve justice to the extent they succeed. But it is controversial what success means: nations, political parties and political philosophers disagree about justice (DWORKIN, 2011, p. 321).

How then can a government meet the requirements of dignity? How can it strike the requisite balance between equal concern and full respect? The coercive authority of government is predicated on taking cognizance of and observing the twin principles of dignity. Even where the government’s coercive action would enhance or promote the welfare of the community as a whole, such action would lack legitimacy unless it respects the two requirements of equal concern and full respect ‘person by person’ (DWORKIN, 2011, p. 330). Dworkin declares that the principles of dignity are the ultimate source of all political rights, and as such they have the capacity to function as ‘trumps’ over otherwise adequate justifications for a government’s collective policies. He remarks that a government can still be regarded as legitimate in circumstances where it is striving for its citizens’ full dignity even though it may be following a flawed conception of what dignity requires. A government policy may ‘stain’ a state’s legitimacy without destroying it altogether; but where the stain is “dark and very widespread” and if it is “protected from cleansing through politics” then it is possible for political obligation to lapse altogether (DWORKIN, 2011, p. 323).

Dworkin draws attention to the distinction between political rights and legal rights, observing that no nation turns all political rights into constitutional rights or even ordinary legal rights capable of enforcement through adjudicative institutions and processes. He claims that there is an even more basic, because

more abstract, right underpinning the general political right to dignity. This more fundamental right, which he refers to as the ‘right to an attitude’, is the source from which all other rights flow. It is “the right to be treated *as* a human being whose dignity fundamentally matters.” (DWORKIN, 2011, p. 335). This basic human right arises when the interpretive question, used also to determine legitimacy, is asked, namely “Can the laws and policies of a particular political community sensibly be interpreted as an attempt, even if finally a failed attempt, to respect the dignity of those in its power?” (DWORKIN, 2011, p. 335). Where laws or policies disregard the responsibility to respect dignity either toward their subjects at large or some particular group within them, such laws or policies infringe a human right. For instance, the first principle of dignity, namely that of equal concern, will be breached by acts of racial prejudice that assume superiority of one group over another (the most extreme example of this would be genocide).

Similarly, rights to due process of law and freedom of property also derive from the right to equal concern. The second principle of dignity, requiring full respect for our personal responsibility and ethical independence, buttresses the rights of free speech and expression, freedom of conscience, freedom of religion and political activity embodied in diverse domestic and international human rights instruments. Any legal enactment that forbids women from holding property, exercising a profession or participating in the political process cannot be reconciled with either of the principles of dignity.

Dworkin recognizes that different political cultures may have different views about the manner in which the personal responsibility of individuals is respected. However, some acts of government do not represent an effort made in good-faith to comprehend and enforce that responsibility; rather “they express a denial of personal responsibility altogether.” (DWORKIN, 2011, p. 336). He refers to torture as the most extreme example of this because the individual subjected to torture is reduced to “an animal for whom decision is no longer possible” and this is the most “profound outrage to his human rights.” (DWORKIN, 2011, p. 337). Dworkin’s response to the question “Are human rights truly universal?” is both yes and no. He maintains that one must be sensitive to socio-cultural and other differences that affect available interpretations. In this respect he remarks that “a health or education policy that would show good-faith effort in a poor country would show contempt in a rich one.” (DWORKIN, 2011, p. 338). But the abstract criterion derived from the fundamental concept of dignity is considered by Dworkin to be ‘genuinely universal’ (DWORKIN, 2011, p. 338).

Unlike the theory of international law, which has received comparatively little attention (consider BESSON; TASIOULAS, 2010, p. 1-2), human rights theory has been at the forefront of scholarly debates and political thought in

recent years. Charles Beitz, a leading theorist in the fields of human rights and global justice, draws a distinction between three conceptions of human rights: *naturalistic*, *agreement-based* and *practical* (BEITZ, 2009, chapters 3-5). He dismisses the idea of naturalistic, moral or ‘top down’ principles (such as James Griffin’s ‘personhood’ (GRIFFIN, 2008, p. 20), or indeed Dworkin’s concept of human dignity) as a means of identifying and construing human rights and also finds that consensus or agreement models may be too restricted in scope and may thus fall short of the robust set of norms that have come to define contemporary human rights doctrine (see ETINSON, 2010, p. 442). Agreement-based theories, also often referred to as ‘political’ theories, are associated with John Rawls’ notion that human rights must be justified by a form of public reason rather than any form of moral reasoning.<sup>11</sup> Following on from Rawls, Joseph Raz declares human rights to be “rights which set limits to the sovereignty of states.” (RAZ, 2010, p. 327).

According to Raz, the violation of ‘important’ rights can justify collective international action such as economic sanctions or military intervention. For Raz, the requirement of importance cannot be explained on the grounds of the naturalistic perspective (RAZ, 2010, p. 323). Beitz proposes that human rights can be identified through interpreting the reasoning implicit in contemporary human rights practice. He also places a temporal limitation on human rights.<sup>12</sup> Dworkin asserts that scholarly attempts at demarcating human rights from other political rights in terms of practice or consensus have proved ‘arbitrary’.<sup>13</sup> Far from being derived from prevailing international practice, the fundamental human right that Dworkin talks about operates at the most abstract plane: it is the *right to an attitude*.

In drawing a distinction between law and other key concepts inhabiting the domain of political morality, such as liberty, equality and democracy, Dworkin emphasizes the role of institutions. The rights the law is concerned with may be usefully distinguished from other types of political rights in the context of a political community that recognizes some form of the separation of powers doctrine. A legal right can be enforced as required, without further intervention on the part of the legislature, in an “adjudicative political institution such as a court.” (DWORKIN, 2011, p. 404-405).

<sup>11</sup> As John Rawls (1999, p. 68) remarks, human rights “do not depend on any particular comprehensive religious doctrine or philosophical doctrine about human nature. The Law of Peoples does not say, for example, that human beings are moral persons and have equal worth in the eyes of God; or that they have certain moral and intellectual powers that entitle them to those rights.”.

<sup>12</sup> According to Charles Beitz (2002, p. 42-43), “International human rights are not even prospectively timeless. They are standards appropriate to the institutions of modern or modernising societies.”. Similarly, John Tasioulas notes that “[H]uman rights enjoy a temporally-constrained form of universality, so that the question concerning which human rights exist can only be determined within some specified historical context.” (TASIOULAS, 2007, p. 76).

<sup>13</sup> Dworkin criticizes the methodology of Beitz for distinguishing human rights from political rights.

In so far as democracy is concerned with that aspect of our liberty with respect to which a political community's collective decisions about justice can be coercively enforced, then law is about the best 'moral justification' for the application of the state's coercive power. Democracy and law exist in a state of perpetual tension, and both are grounded on the notion of coercion (consider DWORKIN, 1986, p. 93). From Dworkin's point of view, law does not operate as a rival system of rules that might be at odds with morality. Rather, he portrays law as itself a subfield of morality that embodies procedural justice, which he defines as incorporating both the morality of fair governance and that of just outcome. Procedural justice is based on what may be referred to as 'structuring fairness principles' that speak to issues of political authority, precedent and reliance. Underlying such principles are the more potent moral arguments concerning human rights, for the law must also be viewed through the lens of human dignity.

## **5 INTERNATIONAL POLITICAL MORALITY: DWORKIN'S THEORY OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW**

If, as Dworkin asserts, convictions concerning the legitimacy of government power and the role of human rights constitute the most fundamental part of political morality at the domestic level, then it is reasonable to assume that this also holds at the level of international political morality. According to Dworkin, the principle of legitimacy places substantive constraints on democracy and gives rise to a continuing obligation to not only abide by the law of the community, but to constantly endeavour to improve the law's treatment of human dignity, in other words, to constantly endeavour to strengthen the legitimacy of the state. In dealing with the issue of international political morality, Dworkin extends the scope of this continuing obligation to enhance the conditions of legitimacy from the domestic state level to the entire international system (DWORKIN, 2013, p. 19).

Taking the concept of legitimacy as his starting-point, his aim is to develop a foundational theory of international law, one that accounts for the roots of law in political morality. This approach to international law is a continuation and extension of his work on value more generally. In this respect, a better insight into Dworkin's theory of international law can be gained through an analysis of his work on value from the perspective of international legal theory.

The dominant paradigm of international law has its origins in the so-called 'Westphalian' system of international order, according to which the

sovereign power of nation-states might be limited by the voluntary acts of state institutions (voluntarism).<sup>14</sup> Positivist legal theorists have struggled to find the Hartian concepts of Rule of Recognition and secondary rules in the domain of international law.<sup>15</sup> A solution to this problem has recently been proposed by assuming that the principle of state consent can serve as the basis of an international Rule of Recognition, as expressed by Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice (BESSON, 2010, p. 180-184). This Article refers to the rules that are 'expressly recognized by the contesting states'<sup>16</sup>, general practices that are 'accepted as law'<sup>17</sup> and 'general principles of law' that are 'recognized by civilized nations'<sup>18</sup> as being the principal sources of

<sup>14</sup> The peace of Westphalia (1648) marked the end to the Eighty Years' War between Spain and the Netherlands and the Thirty Years' War in the Holy Roman Empire. It signaled the replacement of the long-standing power of the Pope and the Emperor by the sovereign power of independent nation-states. Sovereignty meant that states were henceforth the highest authority both internally (within their own territories) and externally (towards the outside world). In true Eurocentric spirit, the states that emerged from the Westphalian peace treaties referred to each other as "Christian" states. This indicated that international law was only binding between themselves. In their colonies, they could behave as they pleased towards the indigenous population without being restricted by the rules of international law.

<sup>15</sup> Hart develops his concept of international law in Chapter X of his seminal work *The Concept of Law* (1961). Hart identifies the absence of an international legislature, of courts with compulsory jurisdiction, and of centrally organized sanctions as the main sources for doubting the legal quality of international law. According to him, these features make international law resemble the simple form of social structure which can be found in primitive societies. However, Hart rejects the proposition that international law should best be understood as a form of international morality. In appraising each other's conduct states differentiate between moral and legal assessments. Like rules of municipal law rules of international law are often morally indifferent. They draw arbitrary distinctions which cannot be explained by moral standards. Formalism and legalism are characteristic features of international law and do not coincide with characteristics of morality. At the same time, however, Hart rejects the proposition that international law contains a secondary rule of recognition. The *pacta sunt servanda* principle could not be considered the rule of recognition because not all obligations under international law result from contractual relationships. Hart rejects the assumption that the existence of a rule of recognition is necessary for international law. The rules of international law had only to be accepted as standards of conduct and supported with appropriate forms of social pressure in order to be regarded as obligatory, binding, legal rules. However, since there is no secondary rule which stipulates the criteria of legal validity of rules, their existence depends on whether they are accepted as a rule or not. International law therefore consists of rules which constitute not a system but a set of rules.

<sup>16</sup> Art. 38(1)(a) International conventions both general or particular.

<sup>17</sup> Art. 38 (1)(b) International customary law.

<sup>18</sup> Art. 38(1)(c) The law of civilized nations or *iustitia gentium*. Implicit in the idea of general principles of law as a source of public international law is the authority of a set of normative propositions that are valid across the spectrum of the different socio-political systems of the world, when all stylistic, technical and cultural differences have been accounted for. Historically, general principles of law played a vital part in the development of modern public international law as the norms derived from such principles were often the only ones available and acceptable to states as a means of regulating international relations. These principles were regarded as a source of law according to the theory that where states have universally applied similar principles in their domestic laws, their consent to be bound by those same principles on the international level could be inferred. Contemporary international law relies less on general principles of law as a source of legal norms. This is so in part because of the extraordinary proliferation of treaties and other international legal instruments as a means of regulating relations between states; and in part because the bulk of the norms that were originally derived from general principles have in the course of time been embodied in customary international law. Furthermore, the process of international law-making by 'legislative' treaties (as opposed to merely 'declaratory' treaties) has reduced the need to resort to general principles of law to fill gaps in the international legal system.

international law relied upon by the International Court of Justice.<sup>19</sup> The consent model of international law is said to address the paradox of the contemporary state system: a sovereign state can be a subject of law because the state has consented to be bound by law (DWORKIN, 2013, p. 6).

According to Dworkin, however, the consent model of international law is ‘radically defective’ (DWORKIN, 2013, p. 6-10; DWORKIN, 2013, p. 15), for this model entails the potential to bind states that have not granted consent (DWORKIN, 2013, p. 7).<sup>20</sup> One of the principal objectives of international law is to curb the threat some states pose to others and this objective cannot be met unless we discard the ‘straitjacket of state-by-state consent.’ (DWORKIN, 2013, p. 7). What then is the key principle of international law that allows us to say that international law cannot be ignored or set aside regardless of consent? Dworkin asserts that the moral basis of international law is grounded in legitimacy and requires states to accept shared constraints on their sovereign power. The justification for coercive political power arises “not just *within* each of the sovereign states who are members of the Westphalian system but also *about* the system itself.” (DWORKIN, 2013, p. 17). The principles that apply to the international system are in fact ‘part of the coercive system’ that sovereign states impose on their own citizens – hence the standing duty of states to improve their own political legitimacy “includes an obligation to try to improve the overall international system.” (DWORKIN, 2013, p. 17). It is on this basis that Dworkin formulates his structural principles of international law philosophy, namely the *duty to mitigate* and the *principle of salience*.

The duty to mitigate is described by Dworkin as “a duty to pursue available means to mitigate the failures and risks of the sovereign-state system.” (DWORKIN, 2013, p. 19). However, he notes that the duty to mitigate is insufficiently determinative in isolation, as a diversity of international law regimes could potentially serve to support and enhance the legitimacy of the international system and so an additional fundamental structural principle is required (DWORKIN, 2013, p. 19). Dworkin puts forward the principle of salience to determine which is the best option. This principle operates where a significant number of states encompassing a significant population have an agreed code of practice, either by treaty or other form of coordination. Then a *prima facie* duty exists for other states to also subscribe to that practice on the proviso that such a general practice, expanded in that way, would improve the legitimacy of both the subscribing state and the international order as a whole (DWORKIN, 2013, p. 19).

<sup>19</sup> Even the concept of peremptory norms, or *ius cogens*, is brought under the umbrella of consent via Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).

<sup>20</sup> This occurs through the medium of customary law and the general principles of law shared by ‘civilised nations’. Such an approach has the effect of undermining the ‘axiomatic place of consent’ and therefore the proposed jurisprudential basis of the entire consent model.

Dworkin proposes that through the principle of salience, the charter and institutions of the United Nations represent an international order that all states have a moral obligation to treat as law – the moral force of salience is the “route to a satisfactory international order.” (DWORKIN, 2013, p. 19). The norms of such an international order are set out in broad multilateral agreements such as the United Nations Charter, the Geneva Conventions and their Additional Protocols, the genocide agreements and the Treaty of Rome establishing the International Criminal Court; these are law for all, not just their initial signatories (DWORKIN, 2013, p. 20-21).<sup>21</sup>

The philosophical shift from the concept of consent to the principle of salience is significant, even though at first glance the salience principle seems to lead to similar sources of law to the positivist consent-based scheme that Dworkin argues against. The main impact of Dworkin’s approach, it is submitted, pertains to the interpretation of international law. As Dworkin observes when he discusses the ‘major yield’ of theories about the grounds of international law:

If the two jurisprudential accounts end in roughly the same view of the actual sources of international law, does it make any difference which we choose? Have I only marched you up the hill and then marched you down again? No, because, as I said, the major yield of any theory about the grounds of international law is an interpretive strategy for international law. [...] We should interpret the documents and practices picked out by the principle of salience so as to advance the imputed purpose of mitigating the flaws and dangers of the Westphalian system (DWORKIN, 2013, p. 22).

According to Dworkin, an interpretive strategy for international law should make best sense of the relevant sources in light of the underlying aim of international law to bring about an international order that: (a) protects political communities from external aggression; (b) protects the citizens of such communities from domestic barbarism; (c) facilitates coordination when this is deemed essential; and (d) provides some measure of participation by people in their own governance across the world. The first and second of these goals speak directly to issues of human rights and operate at the level of the citizen. The third goal is relevant to matters of equality, conceived as connected with distributive justice. The final goal is one predicated on the concept of democracy. All goals have their ultimate basis in the requirements of human dignity.

---

<sup>21</sup> Dworkin distinguishes such broad agreements from international ‘club’ like arrangements, such as, for example, the European Union, whose institutional procedures can only reasonably be used by the ‘club’ members.

## 6 CONCLUDING REMARKS

As Professor Jeremy Waldron has observed, the value of Dworkin's philosophy of law lies in the "elaboration of a genuine *alternative*" to legal positivism that essentially developed "under its own momentum." (WALDRON, 2013, p. 1). Although he developed his theory at various points by "reference to existing players in the field" (WALDRON, 2013, p. 1), Dworkin sought to construct a free-standing abstract model of law that would operate as a practical tool of interpretation capable of facilitating a better understanding of existing practices and procedural norms. He wanted us to fathom what we are already doing, and to do it better. It is telling that in what he would probably have known would be his final academic journal publication, he chose to focus on international law theory. In many ways it was a natural and logical step to extend his thought on political morality and apply it to the international legal system. It is doubtful whether Dworkin was able to give his most complete account as he died while the article was in its final stages of revision. There is no doubt, however, that the theory sketched out by Dworkin in '*A New Philosophy of International Law*' is part of a continuum of thought and thus there is much to be learned from reading the sum of his work on political morality from the perspective of international law theory. The theoretical account outlined in the above-mentioned work would be considerably broadened and enriched through this approach. Dworkin's ideas have provoked both sharp criticism and spirited defence, but it cannot be denied that he has been one of the most original and significant legal philosophers of our times. It is submitted that international law theory would greatly benefit from Dworkin's insights on international political morality, especially his conception of justice on the global stage.

Dworkin has stressed that the 'existential challenge' for international law remains daunting. This is because the question of why certain international legal instruments, such as the Charter of the United Nations or the Geneva Conventions, constitute some kind of legal system influences the manner in which such instruments should be interpreted. The justifications for international law cast an 'interpretive shadow' (DWORKIN, 2013, p. 13). Why is this significant at a practical level? Dworkin offers two answers: firstly, even the most powerful nations claim to defer to international law, "they appeal to their conception of what that law requires or permits to justify their actions" (DWORKIN, 2013, p. 15), and a persuasive account of international law may be relied on to verify or contradict such claim; secondly, a time may come in the not-too-distant future where the need for "an effective international law is more obvious to more politicians in more nations" than presently. Dworkin gives the example of environmental or climate change as a possible trigger for such a

need (DWORKIN, 2013, p. 15).

Dworkin described international law as “fragile, still nascent and in critical condition.” (DWORKIN, 2013, p. 23). He pointed out that a clear theoretical account of international law’s basis was needed in order to determine what international law actually holds on practical questions. The situation where international military action, such as, for example, the NATO intervention in Kosovo in 1999, could be declared illegal under international law but upheld as a “morally mandatory act of international civil disobedience” was an example for Dworkin of a ‘dangerous’ outcome of the two systems approach to law and morality (DWORKIN, 2013, p. 23). The ‘unity of value’, or a single-system conception of law views law as a distinct part of political morality because of the requirements of procedural justice or its “special structuring principles.” (DWORKIN, 2013, p. 12-13. See also DWORKIN, 2011, p. 5; DWORKIN, 2011, p. 408; DWORKIN, 2011, p. 411).. These impose specific moral standards of legitimacy<sup>22</sup> and fairness<sup>23</sup> upon the law, which arguably enhance certainty and accountability for both domestic and international law.<sup>24</sup>

The 21<sup>st</sup> century so far has yielded much tragedy to sustain the interest of international lawyers and scholars. It is interesting that Dworkin subtitled his discussion of poverty “*Philosophy and Shame.*” (DWORKIN, 2011, p. 351). He acknowledges the potential for abstract theoretical constructions to appear “artificial and self-indulgent” in circumstances of suffering. He stresses however that it remains important to “continue to trouble the comfortable with argument.” (DWORKIN, 2011, p. 351). In a statement Catherine Ashton, EU High Representative for Foreign Affairs and Security and Vice-President of the European Commission, declared that in Syria “on the 21<sup>st</sup> of August 2013 we saw chemical weapons were used to kill hundreds of people, which constituted a war crime and a crime against humanity, running contrary to all values shared by the international community.”<sup>25</sup> What are these shared international values? Where can we discover them? How should they operate? It is important that we should endeavour to address these fundamental questions, for this brings us closer to the truth. And as Dworkin has declared: “Truth has been my subject all along.” (DWORKIN, 2011, p. 172).

---

<sup>22</sup> Also referred to by Dworkin as ‘fair governance’ or ‘democracy’.

<sup>23</sup> Also referred to by Dworkin as ‘just outcome’.

<sup>24</sup> Although there is not much detail given by Dworkin, the principle of just outcome is concerned with precedent, reliance, fair play and fair notice. It is interesting to note that Dworkin’s structural fairness principles that also place weight on convention, expectation and history bear some resemblance to Lon Fuller’s inner morality of law. See Fuller (1969: Part II, *The Morality that Makes Law Possible*).

<sup>25</sup> Strasbourg, 11 September 2013 A 453/13 Speech by EU High Representative Catherine Ashton on Syria, <[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/138726.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/138726.pdf)>. Accessed 11 April 2022.

## REFERENCES

- BEITZ, Charles. What human rights mean. In: **Daedalus**, MIT Press / American Academy of Arts & Sciences, Cambridge (Massachusetts), v. 132, Issue 1, p. 36-46, 2003.
- BEITZ, Charles. **The idea of human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BESSON, Samantha. Theorising the sources of international law. In: BESSON, Samantha; TASIOULAS, John (Ed.). **The philosophy of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 163-186.
- BESSON, Samantha; TASIOULAS, John (Ed.). **The philosophy of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- DWORKIN, Ronald. A new philosophy for international law. In: **Philosophy & Public Affairs**, New York, Ed. Wiley, v. 1, Issue 1, p. 2-30, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 2<sup>nd</sup> ed. London: Duckworth, 1978.
- ETINSON, Adam Daniel. To be or not to be: Charles Beitz on the philosophy of human rights. In: **Res Publica**, Cham (Switzerland), Ed. Springer, v. 16, Issue 4, p. 441-448, 2010.
- FULLER, Lon. **The morality of law**. 2<sup>nd</sup> ed. New Haven: Yale University Press, 1969.
- GRIFFIN, James. **On human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3<sup>rd</sup> ed. Stanford: Stanford University Press, 2013.
- HARRIS, James William. **Legal philosophies**. London: Butterworths, 1980.
- HUME, David. **A treatise of human nature**. London: Penguin, 1969. (Original work published 1739-1740).

RAZ, Joseph. Human rights without foundations. In: BESSON, Samantha; TASIOULAS, John (Ed.). **The philosophy of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 321-337.

RAWLS, John. **The law of peoples**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

SREEDHAR, Susanne; DELMAS, Candice. State legitimacy and political obligation in *Justice for Hedgehogs*: the radical potential of dworkinian dignity. In: **Boston University Law Review**, v. 90. Issue 2, p. 737-758. 2010.

TASIOULAS, John. The moral reality of human rights. In: POGGE, Thomas (Ed.). **Freedom from poverty as a human right**: who owes what to the very poor? New York: Oxford University Press, 2007. p. 75-101.

WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for hedgehogs. New York University School of Law, Public Law Research Paper N.º 13-45. 2013. Available in: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2290309](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309)>. Accessed: 11 April 2022.

WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the limits of philosophy**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

Submissão em: 12 de julho de 2023

Último Parecer favorável em: 21 de setembro de 2023

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

MOUSOURAKIS, George. Rethinking the pitfalls of international law: towards a new theoretical framework? In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 3, p. 118-136, set.-dez. 2023.

# **¿CAMBIAR INJUSTIFICADAMENTE? LA CUESTIÓN DE LA INTERRUPCIÓN CIVIL DE LA PRESCRIPCIÓN**

**¿UNREASONABLE CHANGES? THE CIVIL INTERRUPTION ISSUE**

**IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI<sup>1</sup>**

## **RESUMEN**

**E**l propósito de este artículo es doble. De una parte, se trata de mostrar la situación actual de las sentencias relativas a la interrupción civil de la prescripción en la Corte Suprema. Sobre esto, se afirma que, hasta una sentencia de 2016 era generalmente pacífico que se producía con la notificación de la demanda; a partir de esa sentencia, las cosas han comenzado a cambiar. Por otra parte, se afirma que no esa sentencia ni las otras que la han seguido ofrecen buenos argumentos para modificar la jurisprudencia existente antes de dicha decisión judicial.

**Palabras claves:** Interrupción, prescripción, presentación, notificación

<sup>1</sup> Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Diego Portales. *Master of the Science of Law*, The Leland Stanford Junior University. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesor titular de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correo electrónico: [inigo.delamaza@udp.cl](mailto:inigo.delamaza@udp.cl). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6239-2837>. Agradezco la extraordinaria ayuda de los participantes del Proyecto de prescripción de la Academia de Derecho Civil en la detección de las sentencias y su fichaje. Igualmente, este artículo no hubiera sido posible sin la inteligente ayuda de Boris Loaiza. En cambio, hubiera sido posible, pero mucho más defectuoso sin los penetrantes comentarios de María Beatriz Arriagada, Leonor Etcheberry y Patricia López, a quienes agradezco su gentileza. Los errores que restan son, desgraciadamente, atribuibles a mí.

## ABSTRACT

The purpose of this article is twofold. On the one hand it intends to show the current situation of judicial decisions regarding civil interruption. In this regard asserts that until a Supreme Court judicial decision issued in 2016 it was settled that civil interruption take place with the notification of the lawsuit, then things begin to change toward the presentation of the lawsuit. In this regard the legal decision can be labelled as a refoundational decision. On the other hand it states that nor this judicial decision neither the following that endorse it provide a persuasive justification to abandon the former precedent.

**Keywords:** Interruption, prescription, presentation, notification

## 1 INTRODUCCIÓN

Una sentencia de la Corte Suprema de 31 de mayo de 2016 llegó a la conclusión de que era tiempo de cambiar una interpretación que, hasta ese instante, era bastante pacífica acerca del momento en que se interrumpía la prescripción<sup>2</sup>.

A partir de ese fallo comenzó a producirse cierta inestabilidad en la forma en que los tribunales resuelven acerca del momento en que se produce la interrupción civil de la prescripción. Es una mala noticia porque esa inestabilidad se mantiene siete años después.

Se trata de una situación indeseable. Corregirla exige que la Corte estabilice una interpretación. Es decir, que uniformemente opte por la tesis de la presentación o por la tesis de la notificación de la demanda. Ciertas características del diseño institucional de la Corte determinan que resulte más sencillo escribir esto que ponerlo en práctica. Como sea, parece indiscutible que la estabilización es importante a propósito de un tribunal respecto del cual, entre otras cosas, se pretende que uniforme las decisiones.

El aporte que procura este artículo es doble; de una parte, empírico y, de otra, normativo. En lo empírico se apunta en tres direcciones. La primera consiste en mostrar el estado actual de la cuestión. La segunda es advertir que, hasta la sentencia citada, existía una jurisprudencia (entendida como opinión predominante o mayoritaria durante un periodo extenso de tiempo) de la Corte respecto a que la interrupción de la prescripción operaba a través de la

<sup>2</sup> Corte Suprema, Rol n.º 6900-2015, de 31 de mayo de 2016. Según se lee en el considerando quinto: “[...] [...] es tiempo de variar el criterio mayoritario que ha sostenido que la interrupción de la prescripción requiere la presentación de la demanda y además su notificación aún devengándose el plazo de prescripción”.

notificación de la demanda y, luego de esa sentencia, se produjo la inestabilidad que hasta este momento padecemos. La tercera dirección refiere a que los argumentos de los fallos que han seguido al que promovió el cambio son los mismos de este; ese es, en definitiva, el estado de la cuestión. Corresponde a una cuestión empírica que debe ser acreditada a mediante las sentencias.

El segundo aporte de este trabajo es de carácter normativo. Lo que se busca hacer es dar cuenta que la simpatía con que se puede considerar un cambio en la jurisprudencia depende de qué tan justificado esté. La sentencia de 31 de mayo de 2016, desde luego, procura justificar el cambio que propone a través de argumentos y, como se ha dicho, son esos mismos los han venido empleando las sentencias que la han seguido. Sin embargo, en mi opinión al menos, ninguno de esos argumentos resulta persuasivo. Si esto es correcto, correcto ha de ser también que el cambio en la jurisprudencia que propuso la sentencia de 31 de mayo de 2016 debe desecharse y, con ello, lograr la estabilización de la tesis de la notificación de la demanda.

## 2 LA SITUACIÓN

Un Informe de la Academia de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (en adelante, el “Informe”) muestra que, durante el año 2022, la Corte Suprema dictó 47 sentencias en las que se pronunció acerca del momento en que se interrumpe civilmente la prescripción extintiva<sup>3</sup>.

Según lo señala el Informe, de ellas, en realidad, únicamente 32 se refieren a la cuestión, pues las restantes se limitan a resolver sobre la procedencia del recurso, rechazándolo.

De estas 32 sentencias, 9 decidieron que la interrupción se produce con la presentación de la demanda. Las restantes, en cambio, señalaron que la prescripción se interrumpe con su notificación.

El problema que una situación como esta suscita puede ser ilustrado con sencillez. O es el caso que la prescripción se interrumpe civilmente con la presentación de la demanda o, bien, es el caso que dicho efecto se produce con su notificación, pero no pueden ser ambas cosas a la vez, ya que resultan incompatibles. Al decidir las cosas de esta manera, la Corte asigna un sentido inestable a las normas con cargo a las cuales ha de resolverse la cuestión.

<sup>3</sup> Academia Derecho Civil UDP (2023, p. 1-37). El informe fue dirigido por Iñigo de la Maza, coordinado por Boris Loayza e integrado por los siguientes miembros de la Academia de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales: Cristóbal Romero, Francisco Puebla y Xaviera Urbano.

Desde luego, tratándose del Derecho Civil chileno, la adjudicación no funciona en base a un sistema de precedentes, pero de allí no se sigue que la inestabilidad a que se ha hecho mención sea algo deseable.

Si se asume que uniformar las decisiones de los tribunales inferiores es una función valiosa de la Corte Suprema<sup>4</sup>, entonces esta inestabilidad ha de estimarse como una anomalía que, seguramente, puede ser explicada por el diseño institucional de la Corte (por ejemplo, la división en salas con cierta superposición en el tipo de asuntos que fallan y la presencia de abogados integrantes), pero que resulta muy difícil de justificar.

Para comprender esa dificultad, basta advertir que para hacerlo habría que considerar legítimo que, en un mismo día, dos salas (o que, en un periodo de tiempo muy cercano, la misma sala) asignen un significado incompatible a los mismos artículos respecto del mismo tipo de situación. Razones relacionadas a la igualdad ante la ley y la deseabilidad de que las decisiones judiciales sean predecibles inclinan más bien a no intentar la justificación.

Muy probablemente, la situación que padece la Corte Suprema es un reflejo de otra que experimenta la doctrina. Una mirada a la opinión de los autores muestra que, también, se encuentra dividida entre aquellos que estiman que la interrupción se produce con la presentación de la demanda (DOMÍNGUEZ ÁGUILA, 2016, p. 245-248; PIZARRO WILSON, 2016, p. 161-172; PEÑAILILLO ARÉVALO, 2019, p. 1.061-1.068; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, 2020, p. 293-303; CORRAL TALCIANI, 2023, p. 852-854) y quienes entienden que tiene lugar con su notificación (MEZA BARROS, 1936; PINOCHET OLAVE, 2016, p. 173-187; ALCALDE SILVA, 2016, p. 189-210; PINOCHET OLAVE, 2017, p. 639-654; PINOCHET OLAVE; BARRIENTOS ZAMORANO; MANRÍQUEZ RIVAS, 2021, p. 93-124; ALCALDE SILVA, 2021, p. 243-280).

El detalle, sin embargo, es que el desacuerdo es algo que podemos tolerar e, incluso, apreciar tratándose de la doctrina<sup>5</sup>, pero no respecto de la Corte Suprema. Por supuesto, considerado el asunto diacrónicamente, la Corte puede cambiar su opinión y algo como esto sucede incluso en el sistema de precedentes (ver NÚÑEZ VAQUERO, p. 328-366); el punto es, de una parte, que para que eso pase, ha de ser el caso que la Corte tenga *una* opinión que luego cambie y no, en cambio, que sincrónicamente mantenga dos incompatibles. Cuando algo como eso ocurre, la primera tarea debería ser estabilizar una de las dos opiniones. Y,

<sup>4</sup> Como ha sugerido Núñez Vaquero (2022, p. 52): “[...] como bien señaló Calamandrei, el recurso de casación –además de producir esa defensa o nomofilaxis de la ley frente a su incorrecta aplicación por parte de los jueces– tuvo como efecto secundario la unificación de la jurisprudencia [...]. De hecho, es ya tradicional la afirmación de que las dos funciones clásicas de la casación son precisamente la nomofilaxis y la unificación de la jurisprudencia”.

<sup>5</sup> No resulta necesario haber leído a Kuhn para advertir que, con cierta frecuencia, el desacuerdo nos permite mejorar nuestra comprensión de los fenómenos.

de otra parte, ese cambio solo es deseable cuando se encuentra suficientemente justificado, y este no parecería ser el caso.

Este artículo constituye un modesto intento de dar razones en favor de la importancia de estabilizar una de las opiniones (cualquiera), así como de mostrar que hasta ahora los argumentos que se ofrecen en favor del cambio no son suficientes. Dicha tarea involucra dos pasos distintos. El primero de ellos consiste en dar cuenta de la situación, es decir, constatar la inestabilidad a la que se ha hecho mención. El segundo paso, como ha de resultar evidente, radica en avanzar las razones que justifican optar por una de las opiniones contradictorias que ha manifestado la Corte sobre el momento en que opera la interrupción civil de la prescripción.

De manera algo sorprendente, la doctrina se ha hecho cargo de la segunda tarea, pero no de la primera, quizás porque el desacuerdo entre las sentencias de la Corte resulta demasiado evidente. Puede ser que así sea, pero, en mi opinión, la exposición esmerada de ese desacuerdo aparece como un insumo necesario. Dicha presentación consiste en mostrar la sentencia a partir de la cual la Corte ha comenzado a fallar con mayor frecuencia (una frecuencia desestabilizadora) que la interrupción civil de la prescripción se produce por la presentación de la demanda, los argumentos que justificaron esta decisión y el hecho de que son los mismos argumentos los que se siguen empleando para justificarla.

Con respecto al segundo paso, las tesis normativas de este artículo son dos. La primera es que una sentencia con pretensiones refundacionales como la de 31 de mayo de 2016 debe ser suficientemente persuasiva. La segunda es que los argumentos de dicha sentencia no superan ese requisito. Por lo mismo, la refundación que propone debiera ser rechazada.

### 3 DOS ETAPAS

Las cosas no siempre han sido de la misma manera. Señala Domínguez Águila que desde antiguo (cita fallos desde 1929) la posición tradicional de los tribunales era que la interrupción se producía con la notificación de la demanda (DOMÍNGUEZ ÁGUILA, 2020, p. 293, nota n.º 199). En el mismo sentido, ABELIUK MANASEVIC, 2014, p. 1.449). Más adelante, añade que, hasta hace un tiempo solo era posible encontrar sentencias muy antiguas de la Corte Suprema en la línea de que la interrupción se producía con la presentación de la demanda<sup>6</sup>. Sin embargo, agrega que recientemente la Corte Suprema, a través

<sup>6</sup> El autor cita dos sentencias: una de 1910 y otra de 1938. DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2020, p. 301, nota n.º 221).

de un fallo de 31 de mayo de 2016<sup>7</sup>, resolvió que la interrupción se producía con la presentación de la demanda.

A partir de esta sentencia, aparecen otras que deciden en el mismo sentido y con las mismas razones. Sin embargo, antes de considerar esto, parece conveniente prestar atención a si, con anterioridad a este fallo predominaba la tesis de la notificación. Las palabras de Domínguez Águila son una garantía de que así era, por lo mismo, limito la búsqueda a los años inmediatamente anteriores<sup>8</sup>.

De esta manera, durante el año 2013 se encontraron diez fallos de los cuales nueve van por la tesis de la notificación mientras que solo uno por la tesis de la presentación de la demanda<sup>9</sup>. En lo que concierne al año 2014, se dictaron tres fallos y en los tres se resolvió por la posición de la notificación<sup>10</sup>. Una situación similar ocurrió el año 2015, pues se dictaron ocho fallos y en todos se decidió por la notificación<sup>11</sup>.

Pues bien, luego de la sentencia de 31 de mayo de 2016, la cuestión comenzó, lentamente, a cambiar. De este modo, durante el año 2016 de dictó un fallo cuya tesis es la presentación de la demanda<sup>12</sup>. En el año 2017 se dictaron dos fallos<sup>13</sup>. Durante el 2018 se dictaron tres<sup>14</sup>. Por lo que toca al 2019, dos son las sentencias que se encuentran<sup>15</sup>. En lo que concierne al 2020 se hallaron dos sentencias<sup>16</sup>. Durante el 2021 se detectaron dos fallos<sup>17</sup>. En fin, como se

<sup>7</sup> Corte Suprema, Rol n.º 6900-2015, de 31 de mayo de 2016.

<sup>8</sup> Con todo, hasta donde llegan mis noticias, entre los años 2002 a 2008 no se presentaron fallos que optaran por la tesis de la presentación de la demanda.

<sup>9</sup> Por la tesis de la presentación de la demanda se encontró la sentencia: Corte Suprema, Rol n.º 1960-2012, de 19 de marzo de 2013. Por la tesis de la notificación, en tanto, se encontraron los siguientes fallos: Corte Suprema, Rol n.º 4703-2012, de 20 de abril de 2013; Corte Suprema, Rol n.º 6744-2012, de 14 de mayo de 2013; Corte Suprema, Rol n.º 9445-2012, de 20 de junio de 2013; Corte Suprema, Rol n.º 3210-2013, de 1 de julio de 2013; Corte Suprema, Rol n.º 8457-2012, de 3 de julio de 2013; Corte Suprema, Rol n.º 5816-2013, 17 de septiembre de 2013; Corte Suprema, Rol n.º 2512-2012, de 15 de octubre de 2013; Corte Suprema, Rol n.º 7881-2012, de 5 de noviembre de 2013 y Corte Suprema, Rol n.º 7528-2012, de 20 de noviembre de 2013.

<sup>10</sup> Corte Suprema, Rol n.º 2735-2014, de 8 de abril de 2014; Corte Suprema, Rol n.º 6296-2013, de 29 de abril de 2014 y Corte Suprema, Rol n.º 6775-2013, de 19 de mayo de 2014.

<sup>11</sup> Corte suprema, Rol n.º 19377-2014, de 9 de marzo de 2015; Corte Suprema, Rol n.º 8738-2015, de 24 de marzo de 2015; Corte Suprema, Rol n.º 27167-2014, de 15 de abril de 2015; Corte Suprema, Rol n.º 1544-2015, de 30 de abril de 2015; Corte Suprema, Rol n.º 2682-2016, de 19 de mayo de 2015; Corte Suprema, Rol n.º 6312-2015, de 30 de junio de 2015; Corte Suprema, Rol n.º 3152-2015, de 13 de julio de 2015 y Corte Suprema, Rol n.º 3147-2015, de 16 de diciembre de 2015.

<sup>12</sup> Corte Suprema, Rol n.º 6900-2015, de 31 de mayo de 2016.

<sup>13</sup> Corte Suprema, Rol n.º 7407-2016, de 7 de junio de 2017 y Corte Suprema, Rol n.º 100621-2016, de 11 de septiembre de 2017.

<sup>14</sup> Corte Suprema, Rol n.º 58985-2016, de 11 de enero de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 34329-2017, de 28 de marzo de 2018 y Corte Suprema, Rol n.º 43450-2017, 25 de julio de 2018.

<sup>15</sup> Corte Suprema, Rol n.º 10170-2017, de 16 de abril de 2019 y Corte Suprema, Rol n.º 5486-2019, de 8 de mayo de 2019.

<sup>16</sup> Corte Suprema, Rol n.º 33827-2019, de 6 de marzo de 2020 y Corte Suprema, Rol n.º 4993-2019, de 18 de mayo de 2019.

<sup>17</sup> Corte Suprema, Rol n.º 36731-2019 de 23 de julio de 2021 y Corte Suprema, Rol n.º 4310-2021, de 3 de agosto de 2021.

señaló, el 2022 la Corte Suprema se pronunció nueve veces en este sentido (véase ACADEMIA, 2023, p. 10).

Esas sentencias, desde luego, conviven con las que siguieron fallando a la manera tradicional. Así, el año 2016 se encuentran nueve sentencias que optaron por la tesis de la notificación de la demanda<sup>18</sup>. Por lo que toca al 2017 se hallaron once sentencias<sup>19</sup>. Durante el 2018 se encuentran ocho fallos<sup>20</sup>. Respecto del año 2019 fueron veinte las sentencias dictadas<sup>21</sup>. En lo que concierne al 2020, dieciséis fueron las sentencias<sup>22</sup>. En cuanto al 2021 se hallaron cinco fallos<sup>23</sup>. En fin, como también se señaló, el 2022 se dictaron veintitrés sentencias (véase ACADEMIA, 2023, p. 20).

---

<sup>18</sup> Corte Suprema, Rol n.º 16533-2015, de 18 de enero de 2016; Corte Suprema, Rol n.º 8645-2015, de 15 de marzo de 2016; Corte Suprema, Rol n.º 15952-2016, de 6 de abril de 2016; Corte Suprema, Rol n.º 37023-2015, de 2 de junio de 2016; Corte Suprema, Rol n.º 40657-2016, de 11 de octubre de 2016; Corte Suprema, Rol n.º 43447-2016, de 24 de octubre de 2016; Corte Suprema, Rol n.º 56093-2016, de 21 de noviembre de 2016; Corte Suprema, Rol n.º 47649-2016, de 30 de noviembre de 2016 y Corte Suprema, Rol n.º 62159-2016, de 7 de diciembre de 2016.

<sup>19</sup> Corte Suprema, Rol n.º 65411-2016, de 10 de enero de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 88941-2016, de 13 de marzo de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 62200-2016, de 20 de marzo de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 92976-2016, de 20 de marzo de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 79010-2016, de 11 de abril de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 10376-2017, de 10 de mayo de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 9203-2017, de 15 de mayo de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 10370-2017, de 18 de mayo de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 93002-2016, de 14 de septiembre de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 49-2017, de 3 de octubre de 2017 y Corte Suprema, Rol n.º 7138-2017, de 22 de noviembre de 2017.

<sup>20</sup> Corte Suprema, Rol n.º 55176-2016, de 15 de enero de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 15425-2017, de 21 de marzo de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 24975-2017, 3 de abril de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 9037-2018, de 3 de julio de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 12355-2018, de 25 de julio de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 44507-2017, de 2 de octubre de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 12238-2017, de 10 de octubre de 2018 y Corte Suprema, Rol n.º 18624-2018, de 30 de octubre de 2018.

<sup>21</sup> Corte Suprema, Rol n.º 55176-2016, de 15 de enero de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 15425-2017, de 21 de marzo de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 24975-2017, de 3 de abril de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 9037-2018, de 3 de julio de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 12355-2018, de 25 de julio de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 44507-2017, de 2 de octubre de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 12238-2017, de 10 de octubre de 2018 y Corte Suprema, Rol n.º 18624-2018, de 30 de octubre de 2018.

<sup>22</sup> Corte Suprema, Rol n.º 18684-2019, de 3 de febrero de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 12169-2019, de 21 de febrero de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 23177-2018, de 30 de marzo de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 24990-2018, de 20 de abril de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 4543-2019, de 27 de abril de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 14780-2020, de 1 de junio de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 33371-2020, de 30 de junio de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 29179-2019, de 10 de julio de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 22822-2019, de 15 de julio de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 44408-2020, de 30 de julio de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 63260-2020, de 24 de agosto de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 17887-2019, de 27 de agosto de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 27693-2019, de 28 de agosto de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 19556-2019, de 16 de octubre de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 12204-2020, de 11 de noviembre de 2020 y Corte Suprema, Rol n.º 11893-2019, de 21 de diciembre de 2020.

<sup>23</sup> Corte Suprema, Rol n.º 42802-2020, de 5 de mayo de 2021; Corte Suprema, Rol n.º 25048-2019, de 11 de junio de 2021; Corte Suprema, Rol n.º 14557-2021, de 15 de octubre de 2021; Corte Suprema, Rol n.º 9885-2020, de 8 de noviembre de 2021 y Corte Suprema, Rol n.º 11453-2021, de 13 de diciembre de 2021.

Una mirada a la autorizada opinión de Domínguez Águila y a las sentencias de la Corte Suprema determina que, al menos a partir de la segunda mitad del siglo pasado, pueden distinguirse dos etapas tratándose de la cuestión de la interrupción civil de la prescripción.

En la primera de ellas, que va, aproximadamente, desde fines de la primera mitad del siglo XX hasta el 2016, existió un marcado predominio de la opinión según la cual la prescripción se interrumpe con la notificación de la demanda. En este sentido, existía una jurisprudencia estable de la Corte Suprema al respecto.

La segunda etapa –que comienza a partir de la sentencia de 31 de mayo de 2016– desafía este predominio. Es cierto, a la fecha aún no lo derrota, pero ha introducido inestabilidad y sus números, por el momento al menos, aunque levemente, parecen aumentar<sup>24</sup>.

#### **4 LA SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2016 COMO UNA SENTENCIA CON PRETENSIONES REFUNDACIONALES**

##### **4.1 La Sentencia y sus Argumentos**

La sentencia resuelve la cuestión de la interrupción civil de la prescripción adquisitiva a propósito de la acción reivindicatoria especial del DL N.º 2.695. Los hechos, según constan en el fallo son los siguientes:

- a. El demandado regularizó el inmueble disputado conforme el DL 2695 mediante resolución exenta n.º 3306 del 22 de julio de 2011 del Ministerio de Bienes Nacionales, la cual fue inscrita a nombre del demandado a fojas 49 n.º 49 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de San Fernando con fecha 14 de julio de 2011.
- b. La demanda consistente en acción de dominio especial del artículo 26 del DL 2695 fue interpuesta con fecha 6 de julio de 2012.
- c. La referida demanda fue notificada al demandado con fecha 17 de julio de 2012.
- d. El demandado interpuso a fs. 318 excepción de prescripción extintiva por haber transcurrido un año desde la inscripción a su favor y la notificación de la referida demanda.

<sup>24</sup> Una última revisión a las sentencias de la Corte Suprema da cuenta de que en el año 2023 se han dictado 33 sentencias que discurren sobre el momento en que se interrumpe civilmente la prescripción. De estas sentencias, diez son las que optan por la tesis de la presentación de la demanda. Si bien, en cinco de ellas se utiliza –como fundamento– una norma expresa que resuelve la cuestión (artículo 8 de la Ley N.º 21.226, de 2020), los otros cinco fallos siguen la posición (con sus argumentos) asentada por aquel fallo de 31 de mayo de 2016.

En su considerando tercero, señala que:

[...] no existe duda que transcurrió más de un año entre la inscripción de la resolución que regularizó el inmueble a favor del demandado y la notificación de la demanda de acción especial de dominio prevista en el artículo 26 del DL 2695. También existe certeza que no había transcurrido ese término entre la indicada inscripción y la presentación de la demanda.

En lo que interesa aquí, la sentencia se ocupa de determinar si la interrupción civil de la prescripción se produce por la presentación de la demanda o por su notificación. En otros términos, “si la notificación de la demanda constituye un elemento constitutivo de la interrupción o, en cambio, sólo resulta una condición para alegarla en la instancia respectiva”<sup>25</sup>. A continuación, en su considerando quinto advierte que la opinión mayoritaria ha sido la exigencia de la notificación; expone que:

El argumento esencial para sustentar esta posición ha sido lo previsto en el artículo 2503 n.º 1 del Código Civil. La ausencia de notificación legal de la demanda impide la interrupción, lo que conlleva erigir aquella en condición de ésta. En la especie se presenta este dilema en toda su envergadura. Habiéndose presentado la demanda aún sin expiration el plazo de prescripción adquisitiva, se notifica, sin embargo, ya expirado el término. No es que esté ausente la notificación legal de la demanda, sólo que ésta se verificó una vez finito el plazo previsto para la adquisición por prescripción. En consecuencia, para esta doctrina ya no sólo sería necesario notificar en forma válida sino que tendría que ocurrir antes que haya expirado el plazo de prescripción. El efecto interruptivo se produciría con la notificación sin que a la presentación de la demanda pueda asignársele ese efecto.

Argumenta que, en otros derechos, no se acoge dicha solución y, a este respecto, cita los artículos 2241 del Código Civil francés y 2546 del Código Civil y de Comercio argentino. Añade la opinión de Ramón Domínguez Águila, en el sentido de la conveniencia de distinguir entre el efecto sustantivo y el efecto procesal de la demanda, señalando que “no cabría estimarla un elemento constitutivo de la interrupción civil de la prescripción”. Luego, indica que esa opinión “se refuerza si consideramos que la notificación no constituye un acto dentro de la esfera única del acreedor, pues queda supeditada su realización a los vaivenes del acto procesal del receptor y la no siempre fácil ubicación del deudor.” Expone, de esta forma, que:

cabe agregar que el fundamento de la prescripción estriba en sancionar la desidia o negligencia del acreedor en la protección de sus derechos o en el reclamo de los mismos. La presentación de la demanda parece satisfacer este requisito dado que ahí aflora su voluntad de hacer efectivo su derecho

<sup>25</sup> Corte Suprema, Rol n.º 6900-2015, de 31 de mayo de 2016.

mediante la acción respectiva, sin que haya necesidad de notificación de la demanda.

Finalmente, agrega:

Queda todavía por considerar que el artículo 2503 n.º 1 que ha sido el precepto que ha fundado la tesis predominante no señala que deba notificarse dentro del plazo de prescripción para que ésta se entienda interrumpida. Sólo indica que para alegar la interrupción la demanda debe haber sido notificada sin indicar la época en que deba realizarse ni tampoco que deba tener lugar antes de expirar el plazo. Considerado lo anterior es tiempo de variar el criterio mayoritario que ha sostenido que la interrupción de la prescripción requiere la presentación de la demanda y además su notificación aún devengándose el plazo de prescripción. Esta posición doctrinal y jurisprudencial contraviene el fundamento mismo de la prescripción que sanciona el descuido, desidia y negligencia de quien detenta un derecho y en cambio privilegia una interpretación que no tiene asidero en los artículos 2518 y 2503 n.º 1, ambos del Código civil.

Pues bien, la lectura de la sentencia enseña que los argumentos de la Corte Suprema para favorecer la tesis de que la interrupción se produce con la presentación de la demanda son los siguientes:

1. la literalidad de los artículos 2518 y 2503 del Código Civil;
2. el hecho de que en otros derechos no se acoja la tesis según la cual la interrupción se produce con la notificación de la demanda;
3. la distinción formulada por Domínguez Águila entre los efectos sustantivos y procesales de la demanda;
4. las consecuencias prácticas que conlleva la tesis de la notificación de la demanda, es decir, el hecho de que la notificación no depende del acreedor;
5. el fundamento de la prescripción sería una sanción a la desidia o negligencia del acreedor y no podría reprocharse esa desidia o negligencia a quien ha presentado la demanda;
6. la interpretación según la cual el artículo 2503 n.º 1 exige la notificación de la demanda, no que dicha notificación tenga lugar pendiente el plazo de la prescripción;
7. en fin, la opinión de la doctrina.

## 4.2 Una Sentencia con Pretensiones Refundacionales

Según ha quedado dicho, antes de la sentencia de 31 de mayo de 2016, resultaba posible encontrar alguna sentencia que optara por la tesis de la presentación<sup>26</sup>. Sin embargo, ninguna lo hacía en términos refundacionales como pretendió hacerlo la primera.

Para comprender qué quiero decir con “términos refundacionales” un pequeño desvío –hacia la dirección del daño moral en materia contractual– resultará útil. En otro trabajo he sugerido que respecto del daño moral en materia contractual resulta posible distinguir tres etapas (DE LA MAZA GAZMURI, 2018b, p. 277). La primera de ellas, caracterizada por un rechazo disciplinado a su procedencia. La segunda, por ciertas desviaciones, aceptándolo, aunque de manera excepcional para ciertas situaciones dramáticas, aunque sin alterar mayormente la estabilidad de la decisión predominante que, en ese momento, consistía en el rechazo de la partida indemnizatoria<sup>27</sup>. En fin, una tercera etapa, inaugurada por una sentencia de 1994<sup>28</sup> y, sobre todo, una de 2001<sup>29</sup>. Particularmente la segunda sentencia se hace cargo de la situación anterior –la negativa de la procedencia de daño moral– y, explícitamente, se propone superar esta situación, suministrando los argumentos que justifican este cambio.

*Mutatis mutandis*, lo mismo sucede con la sentencia de 31 de mayo de 2016. Para comprender lo anterior, basta prestar atención a un pasaje del fallo:

[...] es tiempo de variar el criterio mayoritario que ha sostenido que la interrupción de la prescripción requiere la presentación de la demanda y además su notificación aún devengándose el plazo de prescripción.

Y, como ya se ha visto, la sentencia no se limita a desapegarse del criterio predominante, sino que, además formula argumentos que justifican la variación que propone.

¿Qué ha sucedido con estos argumentos a partir del 2016? La respuesta es que se han seguido repitiendo.

Tratándose del primer argumento, esto es, la literalidad de los artículos 2518 y 2503 del Código Civil, se presentan dieciséis fallos<sup>30</sup>. Así, por ejemplo, la

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, la sentencia: Corte Suprema, Rol n.º 1960-2012, de 19 de marzo de 2013.

<sup>27</sup> En términos de Kuhn podría decirse que se trata de pequeñas anomalías que, sin embargo, no desafian el paradigma vigente.

<sup>28</sup> Corte Suprema, de 20 de octubre de 1994.

<sup>29</sup> Corte Suprema, Rol n.º 1368-2000, de 5 de noviembre de 2001.

<sup>30</sup> Corte Suprema, Rol n.º 7407-2016, de 7 de junio de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 100621-2016, de 11 de septiembre de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 58985-2016, de 11 de enero de

sentencia de 11 de enero de 2018 a propósito de una acción por responsabilidad extracontractual<sup>31</sup>. La Corte, refiriéndose al momento en que se produce la interrupción de la prescripción de dicha acción indemnizatoria, sostuvo:

El artículo 2518 del Código Civil indica que: “Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvos los casos enumerados en el artículo 2503”. Desde ya es posible sostener que, excepción hecha de las hipótesis mencionadas en el artículo 2503, la demanda judicial interrumpe civilmente la prescripción.

Otro caso se presenta en sentencia de 3 de agosto de 2021 sobre acción indemnizatoria por falta de servicio en contra de un Hospital<sup>32</sup>. Respecto a este argumento, la Corte sostuvo:

OCTAVO: Que, sin embargo, de manera previa al examen de las excepciones contenidas en el artículo 2503, procede determinar el sentido y alcance de la expresión ‘demanda judicial’ utilizada por el artículo 2518.

Al respecto, esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la expresión “demanda judicial” que emplea el artículo 2518 del Código Civil, no se refiere forzosamente a la demanda civil en términos procesales estrictos, sino a cualquier gestión en la cual el acreedor pone en juego la facultad jurisdiccional para obtener o proteger su derecho, esto es, cualquier actuación que demuestre en forma inequívoca que el acreedor ha puesto en movimiento la función judicial para obtener o proteger su derecho. A modo ejemplar, esta es la decisión contenida en los fallos CS N.º 3074-2003 y N.º 5489-2003.

NOVENO: Que, por otro lado, cabe consignar que las excepciones al efecto interruptivo de la demanda judicial contenidas en el artículo 2503 deben ser interpretadas restrictivamente, por cuanto constituyen casos en que, aun habiéndose manifestado por parte del acreedor su intención de proseguir con su pretensión, tal accionar no es considerado por el ordenamiento jurídico en razón de eventos posteriores.

En lo que concierne al segundo argumento, a saber, la remisión al derecho comparado, específicamente al francés y argentino, no se encontraron referencias en las sentencias revisadas.

Por lo que toca al tercer argumento, cual es, la distinción entre los efectos sustantivos y procesales de la demanda fue posible hallar trece fallos<sup>33</sup>. Un

2018; Corte Suprema, Rol n.º 34329-2017, de 28 de marzo de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 43450-2017, de 25 de julio de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 10170-2017, de 16 de abril de 2019; Corte Suprema, Rol n.º 5486-2018, de 8 de mayo de 2019; Corte Suprema, Rol n.º 4993-2019, de 18 de mayo de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 39640-2020, de 4 de enero de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 104276-2020, de 7 de junio de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 13194-2018, de 8 de junio de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 22477-2021, de 12 de agosto de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 8252-2022, de 23 de agosto de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 81393-2021, de 23 de diciembre de 2022 y Corte Suprema, Rol n.º 52594-2021, de 23 de diciembre de 2022.

<sup>31</sup> Corte Suprema, Rol n.º 58985-2016, de 11 de enero de 2018.

<sup>32</sup> Corte Suprema, Rol n.º 4310-2021, de 3 de agosto de 2021.

<sup>33</sup> Corte Suprema, Rol n.º 7407-2016, de 7 de junio de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 58985-2016,

ejemplo de ellos se presenta en la sentencia de 16 de abril de 2019<sup>34</sup> donde la Corte, conociendo de una demanda de compensación de derechos contra una Corporación, sostuvo:

Si se repara en el distingo entre el efecto procesal y el sustantivo de la demanda, no parece adecuado exigir para la interrupción la notificación de la demanda, la que si bien debe dotarse de consecuencias en el ámbito estricto del derecho procesal al configurar el inicio del procedimiento, no cabría estimarla un elemento constitutivo de la interrupción civil.

Y, más adelante:

Según Domínguez Águila, “Habrá de reconocerse sin embargo, que en el estado actual de la jurisprudencia ya es regla la que obliga a notificar la demanda antes que el plazo de prescripción haya transcurrido; pero no porque tal sea la jurisprudencia dominante podemos aceptar la doctrina sin otra consideración. Ella proviene más bien de la confusión que generalmente existe entre los efectos procesales de la notificación y los aspectos substantivos en que descansa la prescripción, y no separar unos de otros determina aquí que se pretenda exigir que la voluntad interruptiva se haga depender de su conocimiento por el deudor, a pesar que aquella no tiene por qué tener un carácter receptivo. Es verdad que el Código exige luego para mantener el efecto interruptivo que haya una notificación válida; pero no la pide para que ese efecto se produzca inicialmente’ (La prescripción extintiva, Santiago, Editorial Jurídica, 2004, p. 263).

En lo referente al cuarto argumento –que, muy vinculado al anterior– se refiere a las consecuencias prácticas que conlleva la tesis de la notificación, se encontraron trece sentencias<sup>35</sup>. En esta línea, se presenta la sentencia de 7 de junio de 2017<sup>36</sup>. Según se lee en la sentencia:

[...] mientras que para otros, la notificación no es una exigencia para interrumpir la prescripción, como lo demostrarían los artículos 2518 y 2503 del mismo cuerpo legal, que sólo refieren la necesidad de que

de 11 de enero de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 33827-2019, de 6 de marzo de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 4993-2019, de 18 de mayo de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 4310-2021, de 3 de agosto de 2021; Corte Suprema, Rol n.º 39640-2020, de 4 de enero de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 122186-2020, de 16 de mayo de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 104276-2020, de 7 de junio de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 13194-2020, de 8 de junio de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 22477-2021, de 12 de agosto de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 8252-2022, de 23 de agosto de 2022 y Corte Suprema, Rol n.º 81393-2021, de 23 de diciembre de 2022.

<sup>34</sup> Corte Suprema, Rol n.º 10170-2017, de 16 de abril de 2019.

<sup>35</sup> Corte Suprema, Rol n.º 58985-2016, de 11 de enero de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 43450-2017, de 25 de julio de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 10170-2017, de 16 de abril de 2019; Corte Suprema, Rol n.º 33827-2019, de 6 de marzo de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 4310-2021, de 3 de agosto de 2021; Corte Suprema, Rol n.º 39640-2020, de 4 de enero de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 122186-2020, de 16 de mayo de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 104276-2020, de 7 de junio de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 13194-2018, de 8 de junio de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 8252-2022, de 23 de agosto de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 7299-2022, de 29 de agosto de 2022 y Corte Suprema, Rol n.º 81393-2021, de 23 de diciembre de 2022.

<sup>36</sup> Corte Suprema, Rol n.º 7407-2016, de 7 de junio de 2017.

exista ‘demanda judicial’ o ‘recurso judicial’, aparte de agregar algunas consideraciones de orden práctico, que dicen relación con las dificultades que entraña la notificación y la desigualdad que ello puede generar en la duración del plazo.

Luego, se añade:

En cuanto a los aspectos prácticos que contribuyen a dar sustento a la postura analizada, hay una antigua sentencia de la Corte de Valparaíso que resume bien las distorsiones que se pueden producir de exigir la notificación como condición previa, al advertir que ‘los efectos de la interrupción no pueden quedar expuestos a las artes y maniobras del deudor, quien una vez presentada la demanda interruptoria podría dilatar o dificultar la práctica de la notificación más allá del vencimiento de la prescripción impidiendo de esta manera que ella quedara interrumpida con el recurso judicial del acreedor que tiende precisamente a impedir su curso’ (29 de octubre de 1963, RDJ; secc. 2.º, pág. 130). Cabe consignar, además, que las dificultades en la ubicación del deudor, efectivamente, generan una situación de desigualdad en los plazos reales a que el acreedor o poseedor está sometido, lo que no resulta razonable. (Ver voto en causa Rol n.º 47.649-2016, que destaca este aspecto, señalando que al estimarse que para interrumpir la prescripción basta que la demanda sea presentada antes de cumplirse el plazo, “todos los acreedores (y dueños en su caso) quedan en igualdad de condiciones para disfrutar del plazo que la ley les confiere, con prescindencia de las diferentes dificultades que comparativamente tengan para notificar a sus respectivos adversarios”.

En lo relativo al quinto argumento referido al fundamento o finalidad de la prescripción como una sanción a la desidia del acreedor, se hallaron catorce fallos<sup>37</sup>. Así, por ejemplo, un caso resuelto con fecha 23 de agosto de 2022 a propósito de una acción pauliana<sup>38</sup>. En él, se lee lo siguiente:

A esto cabe agregar que el fundamento de la prescripción estriba en sancionar la desidia o negligencia del demandante en la protección de sus derechos o en el reclamo de los mismos. De esta manera, se debe considerar que la presentación de la demanda satisface este requisito dado que ahí aflora la voluntad de hacer efectivo un derecho mediante la acción respectiva, sin que, para ese menester, haya necesidad de notificarla.

<sup>37</sup> Corte Suprema, Rol n.º 7407-2016, de 7 de junio de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 58985-2016, de 11 de enero de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 34329-2017, de 28 de marzo de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 43450-2017, de 25 de julio de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 10170-2017, de 16 de abril de 2019; Corte Suprema, Rol n.º 33827-2019, de 6 de marzo de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 39640-2020, de 4 de enero de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 30527-2020, de 1 de marzo de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 99477-2020, de 9 de marzo de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 104276-2020, de 7 de junio de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 13194-2018, de 8 de junio de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 22477-2021, de 12 de agosto de 2022 y Corte Suprema, Rol n.º 81393-2021, de 23 de diciembre de 2022.

<sup>38</sup> Corte Suprema, Rol n.º 8252-2022, de 23 de agosto de 2022.

Luego, se agrega:

Que, atendido lo reflexionado, cabe concluir que la mera presentación de la demanda produce el efecto de interrumpir el período de prescripción de la acción, en concordancia con el fundamento mismo de la prescripción que sanciona el descuido, desidia y negligencia de quien tiene un derecho; a diferencia de la tesis de que la interrupción de la prescripción opera con la notificación de la demanda, la que en concepto de estos sentenciadores no tiene asidero en los artículos 2518 y 2503 N°1, ambos del Código Civil.

Por lo que toca al sexto argumento, esto es, aquel que establece que la notificación de la demanda no requiere producirse pendiente el plazo debido al artículo 2503 N.º 1 se hallan trece sentencias<sup>39</sup>.

Un ejemplo de ellas es la dictada el 18 de mayo de 2020 con ocasión de una demanda de cobro de pesos<sup>40</sup>; según se lee en el fallo:

A ello se une la circunstancia de que, si bien, el artículo 2503 N.º 1 del Código Civil, pudiera prestarse para la interpretación contraria, en estricto rigor, no exige que deba notificarse dentro del plazo de prescripción para que ésta se entienda interrumpida, pues se limita a establecer que la demanda debe haber sido notificada para alegar la interrupción, pero no señala la época en que deba realizarse ni tampoco que deba efectuarse antes de cumplirse el plazo.

En fin, respecto al séptimo argumento referido a la opinión de la doctrina, se presentan once sentencias<sup>41</sup>.

Cabe señalar que, precisamente a partir de la sentencia de 31 de mayo de 2016 se ha agregado un octavo argumento, cual es, el cambio de criterio occasionado en virtud de este fallo<sup>42</sup>. Así se extrae de las sentencias revisadas, por ejemplo, la ya citada de 7 de junio de 2017<sup>43</sup>. Dicha sentencia reproduce

<sup>39</sup> Corte Suprema, Rol n.º 7407-2016, de 7 de junio de 2017; Corte Suprema, Rol n.º 58985-2016, de 11 de enero de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 34329-2017, de 28 de marzo de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 43450-2017, de 25 de julio de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 10170-2017, de 16 de abril de 2019; Corte Suprema, Rol n.º 33827-2019, de 6 de marzo de 2020; Corte Suprema, Rol n.º 4310-2021, de 3 de agosto de 2021; Corte Suprema, Rol n.º 39640-2020, de 4 de enero de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 104276-2020, de 7 de junio de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 13194-2018, de 8 de junio de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 22477-2021, de 12 de agosto de 2022; Corte Suprema, Rol n.º 8252-2022, de 23 de agosto de 2022 y Corte Suprema, Rol n.º 81393-2021, de 23 de diciembre de 2022.

<sup>40</sup> Corte Suprema, Rol n.º 4993-2019, de 18 de mayo de 2019.

<sup>41</sup> Véase, a modo ejemplar: Corte Suprema, Rol n.º 43450-2017, de 25 de julio de 2018; Corte Suprema, Rol n.º 10170-2017, de 16 de abril de 2019; Corte Suprema, Rol n.º 39640-2020, de 4 de enero de 2022 y Corte Suprema, Rol n.º 104276-2020, de 7 de junio de 2022.

<sup>42</sup> Esta es la situación que permite advertir su carácter refundacional. Una situación semejante ocurrió con la sentencia de 5 de noviembre de 2001 ya citada, pues, generó jurisprudencia. (DOMÍNGUEZ HIDALGO 2006, p. 231).

<sup>43</sup> Corte Suprema, Rol n.º 7407-2016, de 7 de junio de 2017.

aquella de 2016 en los siguientes términos:

Esta Corte, en un fallo reciente cuya línea adoptaremos, se ha inclinado por dicha interpretación, sentando el criterio de que “la correcta doctrina es que la mera presentación de la demanda interrumpe la prescripción, siendo la notificación de la misma una condición para alegarla, debiendo circunscribir su efecto al ámbito procesal, pero no como un elemento constitutivo de la interrupción de la prescripción”.

Pues bien, como se ve, la sentencia de 31 de mayo de 2016 procura explícitamente cambiar la situación imperante en el sentido de modificar la jurisprudencia<sup>44</sup>, según la cual la interrupción de la prescripción se produciría con la notificación de la demanda.

Por supuesto, la jurisprudencia puede ser modificada, sin embargo, lo que sostengo en este trabajo es que, como sucede tratándose de los precedentes –y, parcialmente, por las mismas razones– dicha modificación requiere de una justificación suficiente, algo generalmente aceptado en los países del *civil law* (ver NÚÑEZ VAQUERO, 2022, p. 332); ese debería ser el estándar para una sentencia con pretensiones refundacionales. Por supuesto, esto engendra preguntas a la métrica de la corrección. Si no me equivoco, sin embargo, al considerar los argumentos en la sección siguiente, la incorrección debería aparecer de forma suficientemente conspicua, de manera que no es necesario aquí realizar la tarea de manera abstracta.

Siendo esto correcto, para estabilizar la situación que actualmente padece la Corte respecto de la interrupción civil de la prescripción, no solo es necesario decidirse por una de las dos tesis, sino que, además, justificar la elección. Teniendo en cuenta que ya existía una jurisprudencia suficientemente consolidada, la carga argumentativa pesa sobre quien pretenda modificarla. Si esa carga no se cumple, como estimo que acontece, entonces debe ser el caso que la Corte se mantenga en la jurisprudencia existente hasta antes de la sentencia de 31 de mayo de 2016.

## 5 ¿RESULTAN PERSUASIVOS LOS ARGUMENTOS?

Una mirada a los argumentos que desarrolla la sentencia de 31 de mayo de 2016 permite advertir que su peso es diverso y que, por lo mismo, deben ser considerados de manera diferente.

<sup>44</sup> Entiendo aquí por jurisprudencia la opinión predominante o mayoritaria durante un periodo extenso de tiempo.

Un primer grupo de argumentos es de texto, es decir, el fallo trata de demostrar a través de ellos que una lectura suficientemente cuidadosa de los artículos involucrados conduce a la conclusión de que la interrupción civil de la prescripción tiene lugar con la presentación de la demanda.

Un segundo grupo de argumentos parece asumir que los textos resultan menos transparentes de lo deseable y, por lo mismo, parece conveniente recurrir a otros antecedentes; en primer lugar, la distinción entre efectos sustantivos y procesales de la demanda, en segundo lugar, la justificación de la prescripción y, en tercer lugar, a las consecuencias de optar por una tesis o por otra.

Este grupo de argumentos asume correctamente que el “argumento” lingüístico solamente sirve para mostrar la ambigüedad de las disposiciones normativas en juego, al punto que precisamente, en razón del tenor literal de los textos, es posible que se den dos interpretaciones incompatibles apoyadas en otros argumentos, a partir de la misma combinación de disposiciones o fragmentos de disposiciones.

En fin, un tercer grupo de argumentos son aquellos que, únicamente debieran emplearse a mayor abundamiento, en este caso se trata de la situación en ciertos derechos extranjeros y la referencia a la doctrina. En mi opinión, la argumentación judicial puede –y suele– servirse de ellos, pero no debería hacerlo como si estos pudieran cargar todo el peso, sino en apoyo o complemento de otros que se han empleado con esa función.

### **5.1 El Primer Grupo: los Argumentos de Carácter Literal**

Este primer grupo puede desenvolverse a través de dos premisas. La primera es que el artículo 2518 dispone que la prescripción “Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvos los casos enumerados en el artículo 2503”. La segunda es que, si bien es cierto que del numeral primero del artículo 2503 se desprende que debe notificarse, su tenor literal no autoriza a concluir que la notificación debe tener lugar durante el plazo de prescripción. En otros términos, el precepto solo se refiere a la necesidad de notificar legalmente, no al momento en que debe notificarse.

Aun expuestos de esta manera –esto es, limitado el análisis a su tenor literal– ninguno de los artículos resulta concluyente; no son operativos, sino que, en el mejor de los casos, auxiliares. Por lo que toca al artículo 2518, desde luego la frase “Se interrumpe civilmente por la demanda judicial” es elíptica; da algo por supuesto que no explicita. Nadie ha dicho que la prescripción se interrumpe *por* la demanda judicial. Lo que se ha afirmado es que se interrumpe

por la *presentación* de la demanda o por su *notificación*. Como se ve, entonces, el carácter elíptico del artículo no permite inferir sin más que lo omitido es la presentación, puesto que bien puede ser el caso que lo que se omite sea su notificación. De este modo, el 2518 no termina de indicar si “por la demanda judicial” se refiere a una presentada o, bien, a una notificada. Pero, aun si así fuera, si se afirma que la expresión “demanda judicial” equivale a una demanda presentada<sup>45</sup>, resta la segunda parte del inciso: “salvos los casos enumerados en el artículo 2503”.

Al considerar ahora el 2503 se aprende que: “Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes [...] 1.º Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal”.

Como se ve, si el que ha notificado de manera ilegal no puede alegar la prescripción, *a fortiori*, menos podrá alegarla quien no ha notificado de ninguna manera. Sin embargo, ya se ha dicho, el artículo exige la notificación, pero no da cuenta explícita del momento en que debe notificarse. El punto, no obstante, es que se trata de una nueva elipsis, que no puede ser resuelta exclusivamente con cargo al texto. De hecho, resulta perfectamente posible afirmar que, aunque el artículo no lo señale, la notificación debe ser dentro del plazo establecido para que opere la prescripción, pues después de ese plazo ya no hay nada que interrumpir<sup>46</sup>. Como sea que fuere, no pretendo aquí demostrar que la cuestión se pueda resolver con cargo a los textos, sino todo lo contrario, controvertirlo.

Si resulta ser cierto que el texto no es suficiente, entonces, un método bastante aceptado en el razonamiento jurídico de los civilistas consiste en prestar atención a los antecedentes históricos de las normas. De manera algo sorprendente esto no es algo que hagan ni las sentencias ni los autores que defienden la tesis de la presentación. En cambio, al menos uno de los autores que defiende la tesis de la notificación, si que lo ha hecho, se trata de Jaime Alcalde Silva (2016, p. 189-210). Señala este autor que el origen histórico del artículo 2503 está en el artículo 2247 del *Code*, que se relacionaba con los artículos 2245, 2246 y 2247 del mismo Código y que debía considerarse la opinión de Pothier; con cargo a estos materiales concluye que en las normas en que se basó Bello es evidente que se requería la notificación (ALCALDE SILVA, 2016, p. 193-194). De inmediato añade que la misma solución se encuentra en *Las Partidas* (ALCALDE SILVA, 2016, p. 194).

Como se ve, los argumentos históricos parecen cortar en la dirección de la tesis de la notificación, sin que, hasta la fecha se hayan registrado intentos

<sup>45</sup> Aun esto tiene un carácter elíptico que es también reconocido por Pizarro Wilson (2016, p. 169), aunque con un carácter distinto. Se pregunta este autor si la interrupción se produce por la presentación a distribución o por el ingreso al tribunal que conocerá del juicio.

<sup>46</sup> He desarrollado esta idea en una columna de opinión de fecha 13 de agosto de 2018 (DE LA MAZA GAZMURI, 2018a).

de las sentencias de la Corte Suprema o de los defensores de la teoría de la presentación de la demanda para controvertirlos.

## 5.2 El Segundo Grupo: Distinción, Justificación y Consecuencias

Como ya ha quedado dicho este segundo grupo de argumentos reúne tres. El primero de ellos es la distinción entre el efecto sustantivo y procesal de la demanda; el segundo, se refiere a la justificación de la prescripción y, en fin, el tercero, a las consecuencias de la aplicación de una u otra tesis.

### 5.2.1 La distinción entre el efecto sustantivo y procesal de la interrupción de la prescripción

Por lo que toca al argumento de la distinción sus problemas se manifiestan en dos versiones.

La primera, que voy a denominar *petitio principii*, se presenta toda vez que el argumento incluye en su premisa la conclusión a la que quiere llegar. Para comprender esta crítica, parece conveniente ilustrar el uso del argumento por parte de la Corte en una sentencia de 8 de junio de 2022<sup>47</sup>. En su considerando octavo, expone:

Que se han confundido los efectos procesales de la notificación y los aspectos sustantivos en que descansa la prescripción, lo que ha llevado erróneamente a exigir que la voluntad de interrumpir se haga depender de su conocimiento por el deudor, a pesar de que ella no tiene por qué tener un carácter recepticio.

El punto es que la distinción no prueba nada, para que lo hiciera, ya tendría que haberse acreditado que el efecto sustantivo se produce con la presentación, pero eso es precisamente lo que intenta probarse con el argumento de la distinción. En otras palabras, si el argumento es que existe una distinción entre el efecto sustantivo y procesal, dicho argumento únicamente tiene tracción en la medida en que ya se haya probado que el efecto sustantivo (la interrupción de la prescripción) se produce con la presentación de la demanda, luego de lo que podría diferenciarse del efecto procesal (producido con su notificación). Sin embargo, al argumentar como lo hace el párrafo recién transcrita, dicha cuestión no se acredita, sino que se asume.

<sup>47</sup> Corte Suprema, Rol n.º 13194-2018, de 8 de junio de 2022.

Ahora, convendrá considerar la otra versión del argumento de la distinción en la cual, si bien no se presenta el problema del *petitio principii*, el argumento se encuentra vacío, pues, en realidad es, por así decirlo, únicamente el vehículo de otro argumento, a saber, el consecuencialista. Un buen ejemplo de esto se encuentra en la sentencia de 4 de enero de 2022<sup>48</sup>; en ella se lee lo siguiente:

[...] si se considera la distinción entre el efecto procesal y el sustantivo de la interposición de la demanda, no parece adecuado exigir para la interrupción de la prescripción su notificación, la que si bien debe dotarse de consecuencias en el ámbito estricto del proceso, no constituye un elemento necesario para provocar dicho efecto, por cuanto se trata de una gestión que no se radica dentro de la esfera exclusiva y discrecional del demandante, ya que su ejecución práctica depende de la acción de un tercero –receptor judicial– y en la determinación del paradero del demandado<sup>49</sup>.

En realidad, lo que aquí se hace es lo que faltaba en la versión anterior: suministrar un argumento a favor de que el efecto sustantivo se produce con la presentación de la demanda, pero eso pasa, según la forma en que razona la Corte, en virtud de otro argumento, aquel según la cual la notificación no depende del deudor. De ahí que el argumento se encuentre vacío: únicamente presta utilidad si es vinculado a otro argumento distinto, el consecuencialista.

### 5.2.2 La justificación de la prescripción

En lo que concierne a este argumento, convendrá comenzar recordando la sentencia de 23 de agosto de 2022<sup>50</sup> que, en lo pertinente, indica: “el fundamento de la prescripción estriba en sancionar la desidia o negligencia del demandante en la protección de sus derechos o en el reclamo de los mismos”. En un sentido semejante, Pizarro señala que:

[...] El problema de la interrupción no puede prescindir del fundamento que justifica la prescripción, ya sea adquisitiva o liberatoria. En relación al fundamento de la prescripción podemos radicarlo en la sanción que significa para el acreedor negligente en el cuidado de su crédito o en su actividad pasiva frente a la posesión de bienes de su propiedad (PIZARRO WILSON, 2016, p. 167).

Se puede estar perfectamente de acuerdo en que no es posible prescindir

<sup>48</sup> Corte Suprema, Rol n.º 39640-2020, de 4 de enero de 2022.

<sup>49</sup> El mismo párrafo se encuentra en la sentencia de Corte Suprema, Rol n.º 81393-2021, de 23 de diciembre de 2022.

<sup>50</sup> Corte Suprema, Rol n.º 8252-2022, de 23 de agosto de 2022.

del fundamento que justifica la prescripción. Pero, desde luego, ese fundamento no es una sanción en los términos planteados. Para advertirlo basta prestar atención a un par de opiniones.

La primera de ellas de Ramón Domínguez Águila:

Tampoco es admisible la idea de sanción a la negligencia del acreedor. Este puede de hecho no haber sido negligente y no obstante operar la prescripción, si no han ocurrido las circunstancias objetivas que la ley exige para la interrupción y del modo en que estas tengan virtud de tales. Así por ejemplo, el acreedor que demanda judicialmente al deudor no es negligente; pero si la notificación de la demanda no ha sido rectamente efectuada, tal cual lo exige la ley procesal, su acción no tendrá virtud interruptiva y de todas formas operará la prescripción (arts. 2518 y 2503 nº 1). Tampoco interesa al menos en nuestro derecho [...] que el acreedor pruebe que no ha sido negligente, sino que ha estado en una imposibilidad de ejercicio de la acción. Y puede haber incluso haber sido negligente y no operar la prescripción, si el deudor por su parte reconoce su deuda (art. 2518 inc. 2). Por lo demás, como lo hace ver un autorizado tratadista, no se ve la razón del porqué se tendrá como acto sancionable y, por tanto ilícito, el abstenerse de demandar un derecho en beneficio de quien ha perseverado en el incumplimiento, conducta que, a todas luces, más reprochable (DOMÍNGUEZ ÁGUILA, 2020, p. 40).

La segunda opinión es defendida por Luis Díez-Picazo, respecto de la prescripción adquisitiva, en los siguientes términos:

A nuestro juicio, la teoría subjetiva como fundamento de la usucapación es por completo inadmisible. Si el efecto jurídico que la usucapación determina, pendulara en derredor de la voluntad de renuncia o de abandono, quedaría excluido en todos aquellos casos en que se pudiera demostrar que tal voluntad no ha existido. Para ser una verdadera presunción, la de abandono o renuncia tendría que ser relativa y admitir prueba en contrario, porque, si se trata de una presunción absoluta o *iuris et de jure*, se está cubriendo bajo el manto de una presunción algo que es un efecto jurídicamente objetivo. Y no obstante la dicción literal de algunas sentencias, a nuestro juicio es claro que ni el demandante tiene que demostrar la falta de voluntad de abandono, ni el verdadero propietario puede tampoco desvirtuar la usucapación demostrando que otra fue su voluntad.

Hay, además, una razón de mucho peso para no admitir la teoría subjetiva no solo bajo su aspecto de voluntad de renuncia o abandono, sino también entendida como sanción de la negligencia. La prescripción adquisitiva funciona aunque el perjudicado con ella no hay sido negligente y aunque el obstáculo que se hubiera interpuesto para impedir el ejercicio de la acción deba ser considerado, desde el punto de vista individual, como caso fortuito o fuerza mayor. Los únicos impedimentos que en materia de prescripción se valoran son aquellos que tienen carácter objetivo –que la acción pueda objetivamente ejercitarse–, pero no los que se refieran a la situación individual (v. gr., el perjudicado con la prescripción estuvo aislado en una isla desierta o incomunicado por razones ajenas a él, etc.) (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 789-790).

La tercera es propuesta por Bernardo Aylwin Correa (2019, p. 334) quien, comentando un fallo de octubre de 2018, sostiene:

[...] la cuarta sala de la Corte Suprema identifica adecuadamente el *quid* del asunto y, tomando un giro respecto de lo sostenido en los últimos años, le otorga preeminencia al denominado fundamento objetivo de la prescripción, concluyendo que el conocimiento del demandado debe ser un elemento constitutivo de la interrupción [...]. El razonamiento en torno a los fines de la prescripción parece acertado, pues, en la medida que el ordenamiento jurídico valora las apariencias y expectativas creadas y supone que el paso del tiempo dificulta las opciones de defensa, existen buenas razones para considerar que el fin último de la prescripción está orientado a proteger intereses generales, promoviendo que el transcurso del tiempo estabilice relaciones jurídicas inciertas. Así, la prescripción no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para otorgar certeza jurídica.

Una vez que se leen estas opiniones con suficiente atención se descubre que lo realmente enigmático es que se emplee el argumento en cuestión. Por supuesto, como todas, la prescripción es una institución que deba fundamentarse, pero, de manera igualmente obvia, existen candidatas mucho más coherentes con su disciplina como la paz social o la seguridad jurídica<sup>51</sup>. En este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2022<sup>52</sup> señala que:

La prescripción, en cuanto modo de extinguir las obligaciones y acciones, tiene como fundamento dogmático: a) el propender a la estabilidad de situaciones existentes, a fin de mantener el orden y tranquilidad sociales, erigiéndose como un obstáculo a dicha finalidad el que los derechos de las partes se mantengan en la incertidumbre.

Díez-Picazo, que defiende la opinión según la cual el fundamento de la prescripción es la seguridad jurídica, recuerda las siguientes palabras de Winscheid:

El tiempo es un poder al cual ningún ser humano puede sustraerse; lo que ha existido largo tiempo, nos aparece solo por eso como algo firme e incombustible y es un mal defraudar las expectativas que crea (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 791)<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Domínguez Águila (2020, p. 36-37) se refiere a ambas.

<sup>52</sup> Corte Suprema, Rol n.º 71667-2021, de 29 de noviembre de 2022. En un sentido semejante se encuentra un fallo de 27 de diciembre de 2006: “Que lo anterior resulta evidente si se tiene en cuenta que la prescripción en general, tanto la adquisitiva como la extintiva, se justifica entre otras razones, en el interés social de que las situaciones jurídicas no permanezcan por largo tiempo en la incertidumbre”. Corte Suprema, Rol n.º 2820-2005, de 27 de diciembre de 2006.

<sup>53</sup> El fundamento objetivo también parece ser predominante en el *common law*. Sobre el ámbito estadounidense puede consultarse Shoked (2021, p. 2.639-2.682).

De esta manera, si la Corte va a argumentar en favor de la presentación de la demanda como evento suficiente para interrumpir la prescripción desde la justificación de la prescripción, debe persuadir respecto a que esta es la solución que más se aviene con la paz social o la seguridad jurídica, cuestión que no se encuentra en ninguna de sus sentencias. Y no es extraño que así sea, pues si se planteara la seguridad jurídica como justificación aparecería más cercana a la tesis de la notificación que a la de la presentación. La razón es que, como ha sugerido Díez-Picazo (2007, p. 67): “[...] seguridad enlaza con certidumbre y podemos decir de algo que es seguro cuando tenemos respecto de ello una convicción sin fisuras o una completa certidumbre”.

Hay, por supuesto, algo hiperbólico en esa concepción de seguridad, pero una cosa es cierta, por razones procesales, resulta evidente que existe mayor certidumbre después de la notificación que con la sola presentación de la demanda<sup>54</sup>. Eso explica uno de los argumentos que han dado las sentencias para oponerse a la interrupción por la presentación de la demanda<sup>55</sup>.

### **5.2.3 Las consecuencias de la interrupción de la prescripción**

Como ya se ha visto, según este argumento, aceptar que la prescripción se interrumpiría únicamente con la notificación acarrea una consecuencia indeseable: se le imputa al acreedor las consecuencias de una situación (la notificación) que está más allá de su control.

Para considerar este argumento habrá que comenzar aceptando que, en aquellos casos en que la aplicación de uno o más artículos resiste una simple deducción a partir de la regla jurídica y los hechos establecidos, se abre un cierto espacio de discreción judicial, y que un criterio para disciplinar esa discreción son las consecuencias que provocaría una interpretación u otra de las reglas (ver MacCormick, 2010, p. 236).

Dando la conclusión anterior por buena, lo segundo que debe considerarse es si las consecuencias de optar por la tesis de la presentación de la demanda son o no más desfavorables que aquellas que tendrían lugar de optar por la tesis de la notificación.

<sup>54</sup> Como me ha sugerido un árbitro, podría señalarse que, si se mira a la posición de quien procura interrumpir, habría más certeza si se opta por la notificación. Sin embargo, según me parece, la seguridad jurídica es un estado de cosas que debe predicarse en general, y no comparativamente entre la posición de una parte y de otra. Si se opta por la tesis de la presentación, únicamente quien presentó sabrá que se interrumpió. En cambio, si se opta por la de la notificación, lo sabrán ambos, de manera que, al menos en términos cuantitativos habrá mayor certeza.

<sup>55</sup> De acuerdo con otro fallo, “la notificación de la demanda es un elemento constitutivo de la interrupción de la prescripción, toda vez que los fines de la prescripción hacen aconsejable que su interrupción constituya un acto concreto y conocido, lo que se logra con la notificación de la demanda”. Corte Suprema, Rol n.º 25484-2021, de 10 de septiembre de 2022.

Ya se ha visto que lo desfavorable que involucraría la tesis de la notificación consiste en imputar un resultado al acreedor por circunstancias que escapan de su esfera de control. Ahora conviene preguntarse qué consecuencias negativas acarrearía la tesis de la presentación de la demanda. Para advertirlo puede revisarse una sentencia de 29 de noviembre de 2022<sup>56</sup> que, con cita aprobatoriamente a una opinión de Ruperto Pinochet Olave, opta por la tesis de la notificación de la demanda:

La prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, tiene su fundamento en la seguridad jurídica entendida, seguridad que se ve abierta y seriamente amenazada si los actores pudieran provocarse artificiosamente una ampliación significativa de los plazos se prescripción, únicamente con la presentación de la demanda. Dicha tesis contradice el fundamento mismo de la prescripción, así como las más elementales consideraciones sobre el inicio de la relación jurídica procesal y sus efectos.

Pues bien, advertido el hecho que, tanto la tesis de la presentación como la tesis de la notificación de la demanda, acarrean consecuencias desfavorables, parece imprescindible comparar dichas consecuencias. Respecto de dicha comparación MacCormick sugiere lo siguiente: “Esta evaluación debe realizarse basándose en valores jurídicamente apropiados, lo que incluye la justicia, el sentido común, el bien común y la seguridad jurídica tal y como el juez los interpreta” (MacCormick, 2010, p. 237).

Como puede verse, una de las cuestiones a la que el juez debe prestar atención al realizar la comparación es la seguridad jurídica. La pregunta, sin embargo, es cuánto peso debe adjudicarle a la seguridad jurídica. La respuesta, en la medida en que se acepte que la coherencia es una propiedad relevante de un sistema jurídico, es mucha. Conviene intentar explicar por qué.

La discusión acerca de qué sea la coherencia y cuánto importe en un sistema jurídico es extensa y compleja (ver, por ejemplo, Schiavello, 2001, p. 233-243), pero la versión de la que quiero servirme aquí es extremadamente ligera, y consiste en la adecuación entre las leyes y las decisiones judiciales y ciertos principios subyacentes<sup>57</sup>. Se trata de una versión sujeta, por supuesto, a críticas. Así, por ejemplo, Raz ha planteado (acertadamente, en mi opinión) que resulta incorrecto imaginar a un sistema jurídico como fundado en unos pocos principios generales consistentes, pues, la verdad, es que son muchos

<sup>56</sup> Corte Suprema, Rol n.º 71667-2021, de 29 de noviembre de 2022. El mismo pasaje, con la misma finalidad, se cita en la sentencia: Corte Suprema, Rol n.º 25484-2021, de 10 de septiembre de 2022). Con argumentos semejantes pueden considerarse las sentencias: Corte Suprema, Rol n.º 14557-2021, de 15 de octubre de 2021 y Corte Suprema, Rol n.º 8566-2018, de 23 de abril de 2019.

<sup>57</sup> Esta versión puede extraerse –aunque luego de un par de cualificaciones– de MacCormick (1984, p. 238).

y que entran en tensión entre sí, sin embargo, precisamente respecto de la coherencia judicial, defiende la posibilidad y utilidad de la coherencia entendida como adecuación tratándose de áreas específicas del derecho (RAZ, 2001, p. 336-341).

El espacio que configura la disciplina de la prescripción puede concebirse como un área del derecho, entonces, parece deseable que, en esa área, cuando no resulte posible una aplicación más mecánica de las reglas, la discreción judicial quede limitada por exigencias de coherencia, en términos tales que se opte por la decisión que resulte más consistente con los principios que las normas de esta área procuran instanciar.

Esos principios, en este caso, corresponden a lo que solemos denominar la justificación de la prescripción. Al considerar esta justificación, hemos de advertir que el diseño de la prescripción comienza aceptando que se va a dañar –y de una forma extremadamente intensa– a la persona contra quien se aplique y que, sin embargo, existe una razón suficientemente poderosa para hacerlo: la paz pública o la seguridad jurídica. Por lo mismo, la pregunta puede formularse de la siguiente manera: ¿qué tesis –la de la presentación o la de notificación– resulta más coherente con la seguridad jurídica? Como lo muestran las sentencias citadas, la de la notificación. La consecuencia que se debe evitar es, precisamente, sacrificar la seguridad jurídica y esa es la consecuencia que produce la tesis de la presentación.

Un antecedente más puede citarse. Se trata de la Ley n.º 18.092 que establece un plazo breve de prescripción y que dispone que la prescripción se interrumpe por la notificación<sup>58</sup>.

### **5.3 El Tercer Grupo: los Argumentos a Mayor Abundamiento**

El tercer grupo de argumentos, esto es, los a mayor abundamiento, se compone de dos miembros: la remisión a ciertos derechos extranjeros y referencia a un sector de la doctrina. En mi opinión, el problema de estos argumentos no es que únicamente se puedan emplear en concurrencia con otros principales, sino que, incluso empleados a mayor abundamiento, debe ser el caso que posean una fuerza persuasiva de la que estos carecen.

Respecto de ciertos derechos extranjeros, se trata del Código Civil Francés y del Civil y Comercial argentino. El punto, sin embargo, es que ambos poseen reglas que explicitan que la interrupción se produce con la presentación

<sup>58</sup> Ver artículos 98 y 100 de la Ley n.º 18.092, de 1982. Así, por ejemplo, las sentencias Corte Suprema, Rol n.º 79959-2021, de 2 de febrero de 2022 y Corte Suprema, Rol n.º 393-2002, de 10 de diciembre de 2002.

de la demanda<sup>59</sup>. De esta manera, en el mejor de los casos, son derechos que podrían emplearse para justificar una modificación legislativa. En el mejor de los casos porque, como señala la sentencia de 23 de agosto de 2022<sup>60</sup>, existen otros derechos como el colombiano, el de Quebec o el brasileros que establecen la interrupción con la presentación, pero exigen la notificación estableciéndole un plazo máximo, transcurrido el cual, si no se notifica, se entenderá que la presentación no interrumpió la prescripción<sup>61</sup>.

En lo que concierne a los autores, desde luego, se cita a Daniel Peñailillo Arévalo (2019, p. 1.061-1.068) y Ramón Domínguez Águila (2020, p. 293-303) cuyo peso no es posible dudar, pero lo cierto es que existen otros autores, más antiguos como Meza Barros (1936) y, más recientes, como Jaime Alcalde Silva (2016, p. 189-210; 2021, p. 243-280) y Ruperto Pinochet Olave (PINOCHEZ OLAVE, 2016, p. 173-187; PINOCHEZ OLAVE, 2017, p. 639-654; PINOCHEZ OLAVE; BARRIENTOS ZAMORANO; MANRÍQUEZ RIVAS, 2021, p. 93-124) que optan por la tesis de la notificación, por lo tanto, habrá que decir que la opinión de la doctrina al respecto no es concluyente.

#### **5.4 Los Argumentos no son Persuasivos**

Aunque esto ha intentado señalarse respecto de cada uno de ellos, conviene ahora ensayar esta conclusión en términos más generales. Para hacerlo, es útil comenzar advirtiendo, en primer lugar, que parece existir acuerdo en que los artículos 2503 y 2518 no permiten identificar con claridad la norma relativa a la interrupción que subyace a sus textos. En segundo lugar, ni las sentencias ni los autores que han defendido la tesis de la presentación allegan antecedentes históricos para favorecerla, por lo mismo, tampoco se puede avanzar por allí. En tercer lugar, sucede que un camino más promisorio, desde luego, se encuentra en la justificación de la institución. El punto, sin embargo, es que dicha justificación no se encuentra, como advierte lúcidamente Domínguez Águila, en la negligencia del acreedor, sino en la seguridad jurídica. Al aceptar esto se producen dos consecuencias. La primera es que el fundamento apunta en la dirección de la tesis de la notificación y, la segunda, es que el fundamento permite entender por qué es incorrecto el argumento consecuencialista: produce

<sup>59</sup> Aunque habrá que advertir que, tratándose de Francia, se había llegado a la misma conclusión por vía jurisprudencial sin una norma explícita

<sup>60</sup> Corte Suprema, Rol n.º 8252-2022, de 23 de agosto de 2022.

<sup>61</sup> Una opinión similar muestra Hernán Corral (2023, p. 854). Señala el autor que: “estimamos que la sola presentación de la demanda es suficiente para interrumpir la prescripción si se realiza dentro de un plazo, pero si la notificación de ella no se produce en un tiempo razonable u ordinario, deberá aplicarse la causal de falta de eficiencia de la interrupción consistente en que la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal (art. 2503. 1.º CC)”.

una consecuencia indeseable, ya que vulnera el valor que se debe proteger. De este modo, la tesis de la presentación de la demanda queda desfondada y, aun si los argumentos de derecho extranjero y la doctrina fueran concluyentes (que no lo son), únicamente podrían servir como apoyo de otros que, como se ha visto, no existen.

## 6 CONCLUSIÓN

A estas alturas las conclusiones de este trabajo pueden formularse con gran sencillez:

1. la primera de ellas es de carácter empírico. En primer lugar, antes de la sentencia de 31 de mayo de 2016 la Corte Suprema aplicaba establemente –aunque con alguna excepción– las normas sobre la interrupción de la prescripción, decidiéndose que se producía con la notificación de la demanda. En segundo lugar, la sentencia en cuestión, con pretensiones refundacionales, ha producido inestabilidad, progresando en las sentencias de la Corte Suprema otra tesis incompatible, la de la presentación de la demanda. En tercer lugar, las sentencias que han seguido a aquella de 31 de mayo de 2016 emplean los argumentos que la primera desplegó. De ahí, nuevamente, su carácter refundacional;
2. la segunda conclusión es de carácter normativo. De una parte, el cambio jurisprudencial debería encontrarse suficientemente justificado. De otra, los argumentos de la sentencia de 31 de mayo de 2016 no logran esa justificación, en parte muy importante porque reposan sobre un error respecto de la justificación de la prescripción. Según se buscó demostrar en este trabajo, no se trata de una sanción a quien se comporta negligentemente, sino, más bien, de un dispositivo para favorecer la seguridad jurídica. De esta manera, no hay buenas razones para cambiar la jurisprudencia existente antes de la sentencia en cuestión.

## BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVIC, René. **Las obligaciones, sexta edición actualizada.** tomo I. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

ACADEMIA DE DERECHO CIVIL. Universidad Diego Portales. La interrupción civil de la prescripción en la jurisprudencia de la Corte Suprema durante

el 2022: ¿presentación o notificación de la demanda?": En: DE LA MAZA, Iñigo (Dir.); LOAYZA, Boris (Coord.), 2023. p. 1-37. Disponible en: <<https://academiaderechocivil.udp.cl/wp-content/uploads/2023/05/Informe-prescripcion-CS.pdf>>. [visitado el 22 de mayo de 2023].

ALCALDE SILVA, Jaime. Sobre la eficacia procesal de la demanda que interrumpe la prescripción extintiva. En: CORRAL TALCIANI, Hernán; MANTEROLA DOMÍNGUEZ, Pablo (Ed.). **Estudios de derecho civil XII.** Santiago: Thomson Reuters, 2016.

ALCALDE SILVA, Jaime. De nuevo sobre la interrupción civil de la prescripción y la necesidad de un comportamiento procesal efectivo del demandante: SCS Rol n.º 4310-2021. En: VAN WEEZEL, Alex; MARTÍNEZ, Andrea. **Anuario de doctrina y jurisprudencia.** Santiago: LyC, 2021.

AYLWIN CORREA, Bernardo. El momento en que se produce la interrupción civil de la prescripción (Corte Suprema). En: **Revista Chilena de Derecho**, Valdivia, Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, vol. XXXII, n.º 2, 2019.

CHILE. Corte Suprema, 1 de julio de 2013, Rol n.º 3210-2013. Banco del Estado de Chile con F.F.N. de las Mercedes. 2013.

CHILE. Corte Suprema, 1 de junio de 2020, Rol n.º 14780-2020. Loyola Silva Berta con Inmobiliaria Quilicura Limitada. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 2 de febrero de 2022, Rol n.º 79959-2021. Banco del Estado de Chile con Roa Poblete. 2022.

CHILE. Corte Suprema, 2 de junio de 2016, Rol n.º 37023-2015. Rojas con D. 2016.

CHILE. Corte Suprema, 2 de octubre de 2018, Rol n.º 44507-2017. Vasiley con Marsano. 2018.

CHILE. Corte Suprema, 3 de abril de 2018, Rol n.º 24975-2017. Torres Calderón con Automotores Gildemeister S.A. 2018.

CHILE. Corte Suprema, 3 de agosto de 2021, Rol n.º 4310-2021. Meza con Hospital Claudio Vicuña San Antonio. 2021.

CHILE. Corte Suprema, 3 de febrero de 2020, Rol n.º 18684-2019. Scotiabank Chile S.A. con Florida. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 3 de julio de 2013, Rol n.º 8457-2012. Banco de Crédito e Inversiones con G.F.M. 2013.

CHILE. Corte Suprema, 3 de julio de 2018, Rol n.º 9037-2018. Banco Santander Chile con Orfilio. 2018.

CHILE. Corte Suprema, 3 de julio de 2019, Rol n.º 25034-2018. Sociedad de Aceros Moroni Ltda. con Betolli S.A. Ingeniería Industrial. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 3 de octubre de 2017, Rol n.º 49-2017. Medel y otros con Díaz. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 4 de enero de 2022, Rol n.º 39640-2020. Instituto de Previsión Social con Carlos Abell. 2022.

CHILE. Corte Suprema, 5 de mayo de 2021, Rol n.º 41802-2020. Fariás con Sepúlveda. 2021.

CHILE. Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001, Rol n.º 1368-2000. Ruiz Ruiz Hugo con Laboratorio Biológico S.A. 2001.

CHILE. Corte Suprema, 5 de noviembre de 2013, 7881-2012. Inmobiliaria Cascadas de Villuco Ltda. con Inmobiliaria B.E. Inversiones El Renegado. 2013.

CHILE. Corte Suprema, 6 de abril de 2016, Rol n.º 15952-2016. Coopeuch Limitada con M.C.L. 2016.

CHILE. Corte Suprema, 6 de marzo de 2020, Rol n.º 33827-2019. Millavil Collihuín y otros con Fisco de Chile. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 6 de noviembre de 2019, Rol n.º 1381-2018. D.G. Content S.A. con Gavilán Lavanderos Patricio. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 7 de diciembre de 2016, Rol n.º 62159-2016. Sociedad Minera y Arena Sirena Limitada con D.V.J.V. 2016.

CHILE. Corte Suprema, 7 de junio de 2017, Rol n.º 7407-2016. Constructora Intecpa Ltda. con Palma. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 7 de junio de 2022, Rol n.º 104276-2020. Adriasola con Subsecretaría de Transportes y otro. 2022.

CHILE. Corte Suprema, 7 de marzo de 2019, Rol n.º 12985-2018. Soc. Transportes del Sur LTDA. con Distribuidora Santa Rita Ltda. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 7 de marzo de 2019, Rol n.º 20293-2018. Cooperativa de ahorro y crédito oriente limitada con López. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 8 de abril de 2014, Rol n.º 2735-2014. Banco BICE contra María Soledad Casas del Valle Pino Ltda. 2014.

CHILE. Corte Suprema, 8 de junio de 2022, Rol n.º 13194-2018. Pérez Sáez con Express de Santiago Uno S.A. 2022.

CHILE. Corte Suprema, 8 de mayo de 2019, Rol n.º 5486-2018. Banco BBVA con Ossa y otro. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 8 de noviembre de 2021, Rol n.º 9885-2020. Romero con Transportes Navarro S.A. 2021.

CHILE. Corte Suprema, 9 de marzo de 2015, Rol n.º 19377-2014. No consigna. 2015.

CHILE. Corte Suprema, 9 de marzo de 2022, Rol n.º 99477-2020. Banco de Crédito e Inversiones con Llaitueo Ulloa, Guillermo. 2022.

CHILE. Corte Suprema, 10 de enero de 2017, Rol n.º 65411-2016. Banco del Estado de Chile con Martínces Cernas. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 10 de diciembre de 2002, Rol n.º 393-2002. Banco del Estado de Chile con N.L.J. 2002.

CHILE. Corte Suprema, 10 de julio de 2020, Rol n.º 29179-2019. Banco BBVA con Alegre. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 10 de mayo de 2017, Rol n.º 10376-2017. Sociedad Comercial Petrochile Limitada con Truckterra. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 10 de octubre de 2018, Rol n.º 12238-2017. López con López. 2018.

CHILE. Corte Suprema, 10 de septiembre de 2022, Rol n.º 25484-2021. Tapia Herrera con Grupo Mostazal SpA. 2022.

CHILE. Corte Suprema, 11 de abril de 2017, Rol n.º 79010-2016. Banco Concepción con Caro y otros. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 11 de enero de 2018, Rol n.º 58985-2016. Quiroz Castro y otros con Industria Metalúrgica Ltda. 2018.

CHILE. Corte Suprema, 11 de junio de 2019, Rol n.º 20297-2018. Banco del Estado de Chile con Castro Córdova. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 11 de junio de 2021, Rol n.º 25048-2019. Cabezas con Godoy. 2021.

CHILE. Corte Suprema, 11 de noviembre de 2019, Rol n.º 6715-2019. Fondo de Inversión Privado Factoring con Andacollo Soluciones Minerales S.A. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 11 de noviembre de 2019, Rol n.º 19055-2019. Banco Santander Chile con Sociedad Agrícola y Comercial la Consentida Ltda. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 11 de noviembre de 2020, Rol n.º 12204-2020. RTC S.A. con Munro Audio Ltda. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 11 de octubre de 2016, Rol n.º 40657-2016. Banco Itaú Chile con D.M.A.D.T. 2016.

CHILE. Corte Suprema, 11 de septiembre de 2017, Rol n.º 100621-2016. Aceituno Ramírez con Inmobiliaria Pocuro S.A. y otro. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 12 de agosto de 2022, Rol n.º 22477-2021. Tapia Salgado con Codelco Chile. 2022.

CHILE. Corte Suprema, 13 de diciembre de 2021, Rol n.º 11453-2021. Banco Security con Lecaros Villar. 2021.

CHILE. Corte Suprema, 13 de marzo de 2017, Rol n.º 88941-2016. Banco Ripley con Salazar Cereceda. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 14 de mayo de 2013, Rol n.º 6744-2012. C.S.L. con Inversiones y otra. 2013.

CHILE. Corte Suprema, 14 de septiembre de 2017, Rol n.º 93002-2016. Bonilla Giro con Torres López. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 15 de abril de 2015, Rol n.º 27167-2014. No consigna. 2015.

CHILE. Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol n.º 5463-2018. Pérez y otros con Subus Chile S.A. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 15 de enero de 2018, Rol n.º 55176-2016. Fisco de Chile con López y otros. 2018.

CHILE. Corte Suprema, 15 de julio de 2020, Rol n.º 22882-2019. Banco de Chile con Ramírez. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 15 de marzo de 2016, Rol n.º 8654-2015. Banco de Chile con Sociedad de Instaladores Técnicos Limitada y otros. 2016.

CHILE. Corte Suprema, 15 de mayo de 2017, Rol n.º 9203-2017. Sociedad Servicios Industriales con Martínez. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 15 de octubre de 2013, Rol n.º 2512-2012. Consejo de Defensa del Estado con INM e Inversiones Lo Manríquez. 2013.

CHILE. Corte Suprema, 15 de octubre de 2021, Rol n.º 14557-2021. Tobar Pérez con Inmobiliaria e Inversiones Urlo Ltda. 2021.

CHILE. Corte Suprema, 16 de abril de 2019, Rol n.º 10170-2017. Bernales Allende con Corporación del Desarrollo Comunidad Las Palmas. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 16 de diciembre de 2015, Rol n.º 3147-2015. Petróleos Trasandinos S.A. con Inmobiliaria V.E.E.I.R.L. 2015.

CHILE. Corte Suprema, 16 de mayo de 2022, Rol n.º 122186-2020. Morales Manguay y otros con Sarey SpA y otra. 2022.

CHILE. Corte Suprema, 16 de octubre de 2020, Rol n.º 19556-2019. Yobanolo Delgado con Narváez. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 17 de diciembre de 2019, Rol n.º 14905-2018. Fondo de Inversión Privado Factoring con Arévalo. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 17 de julio de 2015, Rol n.º 3152-2015. Confianza S.A.G.R. con G.T. y otra. 2015.

CHILE. Corte Suprema, 17 de septiembre de 2013, Rol n.º 5816-2013. Scotiabank Chile con A.F.I.A. 2013.

CHILE. Corte Suprema, 18 de enero de 2016, Rol n.º 16533-2015. Banco BBVA con R.H.M.R. 2016.

CHILE. Corte Suprema, 18 de junio de 2019, Rol n.º 8220-2018. Angermeyer Asenjo Guillermo con Opaso Valdivieso. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 18 de mayo de 2017, Rol n.º 10370-2017. Banco de Crédito e Inversiones con González. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 18 de mayo de 2020, Rol n.º 4993-2019. Automotores SpA. con Ruiz. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 19 de marzo de 2013, Rol n.º 1960-2012. Valdés Soto con Calquín Torrejón. 2013.

CHILE. Corte Suprema, 19 de marzo de 2019, Rol n.º 17087-2018. Itaú Corpbanca con Parada Iturriaga 2019.

CHILE. Corte Suprema, 19 de mayo de 2014, Rol n.º 6775-2013. Banco de Crédito e Inversiones con Sociedad Proyectos Marinos Chiloé Ltda. 2014.

CHILE. Corte Suprema, 19 de mayo de 2015, Rol n.º 2682-2016. IACI Limitada y otro con Banco del Estado. 2015.

CHILE. Corte Suprema, 20 de abril de 2013, Rol n.º 4703-2012. Banco de Crédito e Inversiones con G.P.G.P. y otra. 2013.

CHILE. Corte Suprema, 20 de abril de 2020, Rol n.º 24990-2018. Soc. Gardner y Estefan Ltda. con Sociedad Legal Minera Esquinazo. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 20 de agosto de 2019, Rol n.º 12000-2018. Yanquiray Ayun Egis, Inmobiliaria Asesoría Empresarial y Comercial. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 20 de junio de 2013, Rol n.º 9445-2012. Banco de Chile con Burgos Jorquera Ricardo. 2013.

CHILE. Corte Suprema, 20 de marzo de 2017, Rol n.º 62200-2016. Scotiabank Chile con Pérez. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 20 de marzo de 2017, Rol n.º 92976-2016. Inostroza Jara con Vásquez Daza y otros. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 20 de noviembre de 2013, Rol n.º 7528-2012. Banco de Chile con Villanueva Sepúlveda. 2013.

CHILE. Corte Suprema, 20 de octubre de 1994. Rafael Mounthon María con Banco de Chile. 1994.

CHILE. Corte Suprema, 21 de febrero de 2020, Rol n.º 12169-2019. Sergio Rodríguez con Antonio Jara. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 21 de diciembre de 2020, Rol n.º 11893-2019. Rodríguez y otro con Carrasco. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 21 de marzo de 2018, Rol n.º 15425-2017. Vega Catalán con I. Municipalidad de la Cisternas. 2018.

CHILE. Corte Suprema, 21 de noviembre de 2016, Rol n.º 56093-2016. Banco del Estado de Chile con C.I.J. 2016.

CHILE. Corte Suprema, 22 de noviembre de 2017, Rol n.º 7138-2017. Banco del Estado de Chile con Fierro Figueroa. 2017.

CHILE. Corte Suprema, 23 de abril de 2019, Rol n.º 8566-2018. Páez con Fundición Talleres Ltda. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 23 de agosto de 2022, Rol n.º 8252-2022. Servicio de Salud Concepción con Gonzalo Arancibia y otra. 2022.

CHILE. Corte Suprema, 23 de diciembre de 2022, Rol n.º 52594-2021. PE y GE S.A. con Ilustre Municipalidad de San Joaquín. 2022.

CHILE. Corte Suprema, 23 de diciembre de 2022, Rol n.º 81393-2021. Instituto de Previsión Social con Dahuabe. 2022.

CHILE. Corte Suprema, 23 de julio de 2021, Rol n.º 36731-2019. AFP Capital S.A. con Serviu Metropolitano. 2021.

CHILE. Corte Suprema, 24 de agosto de 2020, Rol n.º 63260-2020. Sociedad Vargas y Vargas Óptica Limitada con Corporación Municipal. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 24 de marzo de 2015, Rol n.º 8738-2015. Banco de Créditos e Inversiones con M.C.E.D. 2015.

CHILE. Corte Suprema, 24 de octubre de 2016, Rol n.º 43447-2016. Scotiabank Chile con A.R.M.E. 2016.

CHILE. Corte Suprema, 24 de octubre de 2019, Rol n.º 12487-2018. Cepeda Concha con Inversiones Cielpanel Limitada y otros. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 25 de julio de 2018, Rol n.º 12355-2018. Banco Santander con Martínez Negrete 2018.

CHILE. Corte Suprema, 25 de julio de 2018, Rol n.º 43450-2017. Mardones con Pampa. 2018.

CHILE. Corte Suprema, 26 de marzo de 2019, Rol n.º 15538-2017. Banco Santander Chile con Del Pino Carrasco Felipe. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 26 de marzo de 2019, Rol n.º 22238-2018. Cop. de ahorro y crédito oriente Ltda. con Campos Briones. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 27 de abril de 2020, Rol n.º 4543-2019. Cancino con Fam. América Latina Maquinarias Ltda. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 27 de agosto de 2020, Rol n.º 17887-2019. Banco BBVA Chile con Garrido. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 27 de diciembre de 2006, Rol n.º 2820-2005. Meza Valenzuela con Hidalgo Miranda 2006.

CHILE. Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019, Rol n.º 14928-2018. Banco de Chile con Alcayaga Peralta. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 28 de agosto de 2020, Rol n.º 27693-2019. Santander Consumer con Albornoz. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 28 de marzo de 2018, Rol n.º 34329-2017. Lizana Valdés con Fisco de Chile. 2018.

CHILE. Corte Suprema, 29 de abril de 2014, Rol n.º 6296-2013. Banco del Estado de Chile con Sociedad Forestal y de Transporte Godoy y otro. 2014.

CHILE. Corte Suprema, 29 de enero de 2019, Rol n.º 24854-2018. Banco de Crédito e Inversiones con Sovino Muñoz. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 29 de noviembre de 2022, Rol n.º 71667-2021. Banco de Crédito e Inversiones con Vargas Rojas. 2022.

CHILE. Corte Suprema, 30 de abril de 2015, Rol n.º 1544-2015. No consigna. 2015.

CHILE. Corte Suprema, 30 de julio de 2020, Rol n.º 44408-2020. Banco Estado de Chile con Bustamante. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 30 de junio de 2015, Rol n.º 6312-2015. Banco Santander Chile con P.H.J.E. 2015.

CHILE. Corte Suprema, 30 de junio de 2020, Rol n.º 33371-2020. García con Balthus. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 30 de marzo de 2020, Rol n.º 23177-2018. Romero Leiva con MegaSalud SpA. 2020.

CHILE. Corte Suprema, 30 de noviembre de 2016, Rol n.º 47649-2016. Banco Santander Chile con M.I.R.J. 2016.

CHILE. Corte Suprema, 30 de octubre de 2018, Rol n.º 18624-2018. Servicios Integrales Gestión S.A. con Cflow SPA. 2018.

CHILE. Corte Suprema, 31 de julio de 2019, Rol n.º 6421-2018. Cardemil con Real Audio Sistemas SpA. 2019.

CHILE. Corte Suprema, 31 de mayo de 2016, Rol n.º 6900-2015. Vargas Cerpa con Marmolejo Fuenzalida. 2016.

CHILE. Ley n.º 21.226, que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales. **Diario Oficial**, 2 de abril de 2020.

CHILE. Ley n.º 18.092, que dicta nuevas normas sobre letra de cambio pagaré. **Diario Oficial**, 14 de enero de 1982.

CORRAL TALCIANI, Hernán. **Curso de derecho civil**: obligaciones. Santiago: Thomson Reuters, 2023.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. Interrumpir. En: **El Mercurio Legal**, 2018a.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. El daño moral en materia contractual: la mirada de la Corte Suprema. En: **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, vol. 45, n.º 2, p. 275-309, 2018b.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. tomo I. Sexta edición. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2007.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. tomo III. Quinta edición. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2008.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. Sobre la interrupción civil de la prescripción extintiva: basta la sola interposición de la demanda. En: **Revista de Derecho Universidad de Concepción**, Concepción, Ed. Universidad de Concepción, año LXXXIV, Núm. 239, 2016.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. **La prescripción extintiva**: doctrina y jurisprudencia. Segunda edición actualizada. Santiago: Prolibros, 2020.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. La reparación del daño moral derivado del contrato en el derecho civil chileno: realidad y límites. En: DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (Dir.). **Cuadernos de análisis jurídico**. tomo III. Santiago: Ed. Universidad Diego Portales, 2006.

MacCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. En: PECZENIK, Aleksander; LINDAHT, Lars; VAN ROERMUND, Bert. (Ed.). **Theory of legal science**. Dordrecht: Reidel, 1984. p. 235-251.

MacCORMICK, Neil. **H. L. A Hart**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

MEZA BARROS, Ramón. **De la interrupción de la prescripción extintiva civil**. Santiago: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1936.

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. **Precedentes, una aproximación analítica**. Madrid: Marcial Pons, 2022.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. **Los bienes**: la propiedad y otros derechos reales. Segunda edición. Santiago: Thomson Reuters, 2019.

PINOCHET OLAVE, Ruperto. La notificación de la demanda debe efectuarse dentro del plazo de prescripción para interrumpir civilmente la prescripción. En: CORRAL TALCIANI, Hernán; MANTEROLA DOMÍNGUEZ, Pablo (Ed.). **Estudios de derecho civil XII**. Santiago: Thomson Reuters, 2016.

PINOCHET OLAVE, Ruperto. La notificación legal de la demanda debe realizarse dentro del plazo de prescripción de la acción respectiva para que

pueda entenderse interrumpida civilmente la prescripción. En: **Revista Ius et Praxis**, Talca, Universidad de Talca, año 23, n.º 1, p. 629-638, 2017.

PINOCHET OLAVE, Ruperto; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo; MANRÍQUEZ RIVAS, María Luisa. Necesidad de notificación legal de la demanda encontrándose vigente el plazo de prescripción de la acción, para efectos de producir la interrupción civil de la prescripción: sistematización de argumentos doctrinarios y jurisprudenciales en favor y en contra de tal tesis. En: **Revista de Derecho de La Universidad Católica de La Santísima Concepción**, Concepción, Facultad de Derecho, v. 39, p. 93-124, 2021.

PIZARRO WILSON, Carlos. La interrupción civil de la prescripción por la mera presentación de la demanda. En: CORRAL TALCIANI, Hernán; MANTEROLA DOMÍNGUEZ, Pablo (Ed.). **Estudios de derecho civil XII**. Santiago: Thomson Reuters, 2016. p. 161-170.

RAZ, Joseph. La relevancia de la coherencia. En: RAZ, Joseph. **La ética en el ámbito de lo público**. Barcelona: Gedisa, 2001.

SCHIAVELLO, Aldo. On “Coherence” and “Law”: an analysis of different models. En: **Ratio Juris**, New York, Ed. Wiley, vol. 14, n.º 2, 2001.

SHOKED, Nadav. Who needs adverse possesion? En: **Fordham Law Review**, New York, Ed. Fordham University, vol. 89, Issue 6, p. 2.639-2.692, 2021.

Submissão em: 7 de setembro de 2023

Último Parecer favorável em: 14 de novembro de 2023

### Como citar este artigo científico

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. ¿Cambiar injustificadamente?: la cuestión de la interrupción civil de la prescripción. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 3, p. 137-173, set.-dez. 2023.

## **CONFIDENTIALITY AND COOPERATION WITH LAW ENFORCEMENT AUTHORITIES IN INTERNATIONAL ARBITRATION**

**TERESA BRAVO<sup>1</sup>**

### **ABSTRACT**

This article addresses confidentiality in international arbitrations against the background of suspicions of transnational criminal offenses (corruption, bribery, tax evasion or money laundering) or issues of a regulatory nature, arising during an arbitration procedure. It also discusses the scope and limits of confidentiality agreements and the powers of Arbitral Tribunals to accept *amicus curiae* intervention while focusing on the role played by the European Commission in the BIT's and its impact on the future of arbitration. Our analysis also takes into account the UNCITRAL Transparency Rules, as model rules, and assesses whether an international standard of cooperation with law enforcers exists in international arbitration *lato sensu*.

**Keywords:** international arbitration, money laundering, corruption, confidentiality, transparency, public interest, regulatory frameworks, duty to cooperate, European Union, European Commission, BIT's, law enforcement authorities.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito (Ciências Jurídico-Criminais) pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Juíza do Tribunal Administrativo do Asian Development Bank e do Inter American Development Bank in Washington D.C. Investigadora científica do CEDIS/FDUNL (desde 2013). Lecturer na Pós-Graduação em Direito do Trabalho e da Segurança Social na FDUNL (desde 2014). Investigadora e Bolsista no Instituto Max Planck Freiburg (2012-2014). Curso de Formação em Direito da Concorrência europeu na Universidade de Oxford, Great Britain (2006). Pós-Graduação em Proteção de Crianças e Jovens FDUC (2004). Licenciatura em Direito pela FDUL (1992-1997). Washington (Estados Unidos) e Lisboa (Portugal). Endereço eletrônico: teresa.bravo74@gmail.com

## 1 INTRODUCTION

For the majority of the public, international arbitration is a distant reality due to the confidential nature of its proceedings. For many years, the business world and its conflicts were kept away from public scrutiny and were held in private meetings between entrepreneurs and panels of experts<sup>2</sup>.

One of the reasons behind arbitration's success was the fact that most corporations did not want their business details (strategies, trade secrets, market shares, key figures) to become public, since it could affect their commercial practices and undermine their image.

Nonetheless, confidentiality is by far not the only reason to opt for an arbitral proceeding instead of a judicial proceeding. Neutrality of the Arbitral Tribunal and enforceability of the award are the most important factors but also, costs, time and expertise of the arbitrators can play an important role in that choice. Moreover, in certain countries the lack of a credible, independent and mature legal system turns arbitration into the only reliable option for foreign business stakeholders.

Another reason that justifies the recourse to arbitration is linked to the fact that, in some cases, one or both of the parties involved want to avoid the establishment of a judicial precedent that could be used in future disputes. Other authors refer instead, to the national bias of some home-judges as one of the reasons for the parties to opt for arbitration (see HIBER; PAVIĆ, 2008). From a sociological and economic point of view, globalization, the growth of sales and commercial interchanges around the globe have also contributed to a significant increase of arbitration procedures worldwide.

Paradoxically, despite the fact that confidentiality is perceived by many users as one of the core features of arbitration, there is no pre-established international consensus so as to the meaning and scope of confidentiality, in this context.

What remains consensual about confidentiality is its multidimensional nature (not easy to define though), since it can accommodate different layers and is dependent on the legal environment in which the arbitration procedure takes place.

<sup>2</sup> See, Nisja (2008, p. 188) in which the author explains that: "In a survey from 1992 performed by the London Court of International Arbitration, confidentiality was reportedly recognized as the most important perceived benefit for the US and the European users of international commercial arbitration to choose arbitration.

One of those first layers concerns the difference between private commercial arbitration and arbitration involving States. Nowadays, arbitration is not only used by private parties but also involves State actors and other public entities, particularly in the form of Investor State Dispute Settlement - ISDS). In ISDS, the increasing debate around transparency and accountability is closely linked to the nature of the disputes at stake and the fact that they often involve tax-payer's money and public interest issues (education, health, natural resources, environment and infra-structures):

Civil society groups cite the lack of transparency in ISDS as one major reason to withhold from international free trade and investment agreements. Freedom of information is widely considered a basic human right, significantly affecting the public's access to other international human rights, such as, participation in government education and security (KENNY, 2016, p. 471-500).

The second layer that needs to be taken into account refers to the distinction between procedural and substantive confidentiality. While the first refers to the procedural aspects of the arbitration (its different stages, the parties involved, the hearing, the identity of the witnesses or of the experts, and the publicity of award), the second refers to the material nature of the dispute, the facts and arguments of the case, as well as, the submissions produced by the parties, the documents and the factual content of the evidence provided.

Within the next pages, the *status quo* of this debate in the international setting will be scrutinized, regarding both ISDS and commercial arbitration.

In the context of ISDS, the focus will be placed on the UNCITRAL Transparency rules and the Mauritius Convention (as a paradigmatic set of rules to increase transparency).

The second half of this paper will focus on the supranational regional level and address the impact of the EU Framework concerning money laundering and tax evasion and the role played by the European Commission, as regulator, in arbitration procedures involving BIT's.

## **2 TRANSPARENCY AND CONFIDENTIALITY IN INTERNATIONAL ARBITRATION**

One of the most challenging features of international law is the lack of clear, objective and consensual legal concepts. In the majority of the international

conventions, treaties and other legal instruments, the concepts enshrined therein are so broad and vague that one would say they could contain everything and mean nothing at the same time. Even though the Vienna Convention on the Law of Treaties has implemented guidelines regarding the interpretation of Treaties (free consent, good faith and *pacta sunt servanda* just to name a few) its norms constitute general guidelines and, in some cases, do not provide a clear solution for a specific case which is basically done by the interpreter on an *ad hoc* basis.

Similarly, international arbitration is also affected by its pluralistic features since it involves a multitude of institutional and private actors, different seats of choice for the Arbitral Tribunal, as well as actors from different nationalities and legal cultures while offering a prolific set of choices as to the applicable legal framework (*lex arbitrii*).

However, there are two key issues that have emerged in recent discussions concerning the status of international arbitration (particularly, the one that concerns ISDS) due to the public interest involved: transparency and confidentiality and how to reconcile them. Apparently, these are two opposite concepts but further clarification of its purpose and scope can help us finding a possible convergence between these two dimensions.

In fact, transparency relates to accountability and the systemic features of a procedure in which relevant interests are at stake (for instance, energy, environment, infra-structures etc.) whereas, confidentiality is an essential element to protect specific business secrets, marketing strategies and a company's public image.

Confidentiality can, however, be used as a shield to cover certain malpractices, misconduct or serious criminal behavior. This possibility has been also recognized by arbitral institutions like the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (see KHVALEI, 2013).

The core issue is, then, how to reconcile two apparent contradictory concepts: to ensure confidentiality and, at the same, prevent the abuse of arbitration's proceedings.

There is no common approach and the answers vary according to the legal framework and the scholars involved. For instance, Jan Paulsson and Nigel Rawding suggested the following stipulations concerning confidentiality in institutional rules or contractual clauses:

No information concerning an arbitration, beyond names of the parties and the relief requested, may be unilaterally disclosed to a third party by any participating party unless it is required to do so by law or by a competent regulatory body, and then only:

- by disclosing no more than what is legally required, and

- furnishing to the arbitrator details of the disclosure and an explanation of the reason for it (PAULSSON; RAWDING, 1994; PAULSSON; RAWDING, 1995, p. 315).

Nonetheless, it must be recognized that there are many advantages of promoting transparency in international arbitration:

- it renders the decision-making process more accurate<sup>3</sup>;
- it guarantees that democratic principles of fairness, rule of law and equity are applicable throughout the whole procedure and potential abuses may be prevented or discouraged;
- it prevents prospective disputes on the same grounds or of the same nature (it has a pedagogical dimension) and allows the development of arbitral law promoting legal certainty;
- transparency increases efficiency, trust and confidence in the arbitration system worldwide. Indeed, the alleged transparency – deficit in international arbitration has been constantly raised in the last decade as a symptom of its lack of accountability, particularly, in sectors where public interests are at stake (see, for instance, MAUPIN, 2013; BERNASCONI-OSTERWALDER; JONHSON, 2011).

Moreover, the fight against organized crime, corruption, tax evasion, bribery and money laundering at a global scale imply that arbitration does not become a safe haven for these practices.

Apparently, there is a global consensus that the need to fight organized crime at a global scale demands cooperation between States, private sector and law enforcement agencies but, on the other hand, there is a lack of mutual understanding on how to implement such strategies.

Indeed, according to an estimate provided by the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) every year 2 to 5% of the global GDP is laundered. This means approximately USD 840 billion to 2.2 trillion a year (see NACIMIENTO; HERTEL; GAYER, 2017).

In 2017, the European Commission's Inception Impact Assessment recognized the need to implement a set of legislative initiatives to improve cooperation between member states and law enforcement authorities. As such,

<sup>3</sup> In cases where complex technical issues are at stake transparency and public disclosure can bring into the arbitral proceeding new information and technical expertise from third non-parties.

that Impact's Assessment, provided general guidelines for the revision of the EU's directive on Money laundering:

With the use of modern technology, money can be transferred between several bank accounts around the world in a matter of hours. At the same time, investigators may need weeks to follow these transactions and understand to whom money has been transferred.

Organized crime groups operate internationally on a regular basis and are usually active in more than one Member State. Their investments and assets, including bank accounts, are usually located across the European Union, or even outside of it. In order to combat organized crime effectively, there is a need for greater speed in financial investigations, with a view to follow, freeze and confiscate the money transferred to bank accounts located in different countries. Expedient access to information on bank accounts is essential for many authorities:

The general objective of the envisaged initiative is to contribute to the prevention of organized crime and other serious offences by enabling public authorities to get timely access to information on the identity of holders of bank and payments accounts in their Member State, thereby facilitating criminal investigations and the confiscation and recovery of criminal assets.

Smooth and fast access to the information found in the aforementioned registries would provide direct operational support to law enforcement agencies, AROs, and ACAs and strengthen their effectiveness and efficiency (INCEPTION, 2017).

A misuse of international arbitration may represent a potential risk for the rule of law. Moreover, confidentiality and secrecy around arbitration proceedings can provide a cover for criminal activities: "Secrecy in the outcomes of investment arbitration remains high in part, we suggest, because parties have found ways to use settlement of investment disputes to hide information such as key facts and legal reasoning from the public view." (HAFNER-BURTON; PUIG; VICTOR, 2017).

In this context, transparency and accountability mechanisms need to be clearly defined and implemented. In this respect, Lise Johnson and Brooke Skartvedt Guven (2017), wrote: "ISDS provisions and arbitral rules do not provide rules aimed at protecting non-party rights and interests nor mechanisms for ensuring public oversight of arbitral proceedings or settlement agreements".

Transparency is an "umbrella concept" which includes two different dimensions; the first one, refers to the disclosure of information pertaining to a specific arbitral proceeding so as to render it more open and subject to public scrutiny, the second dimension refers to cooperation with law enforcers (being it the police and judicial authorities or regulators). In this sense, transparency is not merely a theoretical definition, it has a practical dimension related to the

accountability of the decision-making process and it can be a useful resource to combat criminal practices in international arbitration proceedings.

Some authors argue that the actual trend is to consider transparency as one of the key features of ISDS and, as such, the balance has gradually begun to shift towards greater openness and accountability (KENNY, 2016, p. 474). On the other hand, from an institutional point of view, confidentiality and transparency in international arbitration has also been discussed.

The ICC has recently adopted a model clause against corruption, which is intended to apply to any contract that incorporates it, either by reference or in full. To the ICC this aims at providing the parties “with a contractual provision that will reassure them about the integrity of their counterparts during the pre-contractual period as well as during the term of the contract and even thereafter.” (ICC, 2016).

The same institution (ICC) has also adopted new Notes to parties and arbitrators in order to ensure more transparency in arbitration proceedings (ARBITRATION, 2020). The purpose of these Notes is to increase information available to parties, business community and academia. In this context, transparency is regarded as a key issue that provides greater confidence in the arbitration process, and helps protect arbitration against inaccurate or ill-informed criticism. In accordance to such targets the ICC publishes on its website:

- I. the names of the arbitrators;
- II. their nationality;
- III. their role within a Tribunal;
- IV. the method of their appointment; and
- V. whether the arbitration is pending or closed.

It also publishes the award, unless a confidentiality agreement covers certain aspects of the arbitration and the parties do not consent in that publication.

Traditionally, confidentiality as a general concept means that, neither the arbitral proceeding, its various steps, the legal reasoning, the facts of the case, the evidence and the final award are publicly disclosed. In principle, they are only accessible to the parties and the arbitrators. Except in a few cases (mostly, in institutional arbitration) there is no uniform legal framework imposing or stating the criteria to disclose arbitration proceedings or its outcome. Nonetheless, as we have pointed out, despite the absence of an international

uniform practice, some institutional rules include important norms that can provide some guidance on issues of confidentiality and transparency, as the UNCITRAL Transparency Rules for ISDS.

### **3 TOWARDS INTERNATIONAL “TRANSPARENCY STANDARDS” - UNCITRAL AS MODEL RULES**

The need to address, develop and adopt international transparency rules and practices in international arbitration is more important in investment law than in commercial arbitration. In fact, commercial arbitration involves ordinary contractual claims whose nature and impact usually concern a private sphere only.

On the contrary, international investment disputes often relate to the state regulatory practices, involve measures adopted by the host state to enhance public purposes and interests, and an award rendered against a State will directly affect that State's budget (with inherent political and economic implications).

In this chapter, we will address the challenges in the investor-state arbitration field and narrow our scope of analysis by focusing on one of the main international legal frameworks that can operate as model rules.

Defining international transparency standards in investment law is a cumbersome task due to the decentralized nature of the international investment law system and its multifarious environment (MAUPIN, 2013, p. 2):

- plurality of overlapping bilateral and regional treaties, thousands of transnational contracts and contracts and domestic statutes;
- several competing arbitration-related institutions with specific sets of procedural rules;
- non-harmonized legal practices and jurisprudence from different Arbitral Tribunals.

The approval and subsequent implementation of the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor State Arbitration (hereinafter, UNCITRAL Transparency Rules), under the auspices of the United Nations, was the catalyst of a friendlier approach to transparency and public scrutiny in state investment disputes<sup>4</sup>. These rules came into effect on 1 April 2014 and, in principle, only apply to treaties concluded on or after that date and provided that they are

<sup>4</sup> Approved by a General Assembly Resolution of the United Nations dated from the 16 December 2013.

incorporated in it. Regarding treaties approved before that date, this set of Rules can also be used if the parties agree on it

This was, indeed, one of the major steps towards a harmonized international legal framework in these proceedings. The rationale behind this model-framework is to enhance good governance practices, particularly, when public policy issues are at stake.

In the Preamble of the General Assembly's Resolution. The purpose of these rules was underlined as follows:

- to recognize public interest and the need to ensure transparency in treaty-based investment disputes;
- to promote fair and efficient settlement of state-investment disputes;
- to ensure and promote good governance practices, transparency and accountability in these procedures.

In the Model Rules the Arbitral Tribunal is placed at the epicenter of the whole arbitration process. Subsequently, it is up to the Arbitral Tribunal to bear the burden of disclosing information and to evaluate the circumstances that justify some restraint. Indeed, the UNCITRAL Model Rules allow the Arbitral Tribunal to adapt certain provisions of the Rules to the specific circumstances of the case (provided that the parties are consulted and the decision is consistent with the need to ensure transparency). Moreover, it also allows the Arbitral Tribunal to accept submissions from third parties.

Consequently, presumptive procedural and substantive publicity are the leading principles enshrined in the UNCITRAL Transparency Rules. In fact, the Rules state that the commencement of the proceedings, as well as, the documents enshrined therein are also to be of public domain (which includes, the notice of arbitration, response to that notice, statement of claims, statement of defense, written statements and submissions, transcript of hearings, orders, decisions and awards).

Also, the hearings in these proceedings should be open to the public, unless there is a need to protect confidential information and/or security interests arise. However, the Arbitral Tribunal can also restrain or delay the publication of information when exceptional circumstances justify it. Despite the apparent openness of this set of rules the fact remains that the treaty provisions and the applicable law to the dispute, prevail over the transparency rules.

We suggest that the UNCITRAL Model Rules do represent a major step towards more transparency and accountability in this area, however, the Model Rules do not specifically contemplate any provision regarding cooperation with

regulators and law enforcement agencies and authorities. Despite this fact, this is an essential dimension of transparency that needs particular attention.

As a consequence, the analysis needs to be done on a case by case while bearing in mind the specific features of the applicable legal framework.

#### **4 THE POTENTIAL ROLE OF LAW ENFORCERS AS “AMICUS CURIAE”**

The plurality of *lex arbitrii* and the lack of a uniform international legal framework renders more difficult the clarification of the *amicus curiae*’s role in international arbitration proceedings.

The term “amicus curiae” refers to someone who is not a party to a law suit but who petitions the Court or is requested by the Court to file a brief in the action because that person/organization has a strong interest in the subject matter. This might well be the case of law enforcement authorities and regulators.

Nonetheless, this role has become clearer now (than it was a few years ago) in investor-state disputes than in private commercial arbitration, due to the amendments and changes introduced under the NAFTA, ICSID and UNCITRAL Rules.

The role played by *amicus curiae* in cases involving the North American Free Trade Agreement (NAFTA) between Mexico, Canada and the USA (which entered into force in 1994) became clearer after the *Methanex case*<sup>5</sup>.

In fact, it was the case law produced by two Arbitral Tribunals, constituted under the (UNCITRAL Model Rules) - *Methanex Corp. vs. United States and United Parcel Service of America Inc. vs. Canada* regarding NAFTA’s Agreement, that paved the way to the admission of third parties in investment – related arbitral proceedings (IN THE, 2000). In the Methanex case, the International Institute for Sustainable Development (IISD) requested permission from the Arbitral Tribunal to submit an *Amicus Curiae* brief on critical legal issues, to produce oral submissions and to participate in it as an observer on behalf of the public interest of the case.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> In *Methanex Corporation vs. United States* the Arbitral Tribunal has stated that the provisions in the UNCITRAL Arbitration Rules (usually applicable to NAFTA cases) and NAFTA chapter 11 neither expressly admit or deny the Tribunal’s power to accept *amicus curiae* submissions.

<sup>6</sup> IISD is a Canadian based international non-governmental organization originally established by an Act of the Parliament of Canada. The mandate of the IISD is to foster local, regional and international policies and practices in support of the achievement of sustainable development. The IISD has an independent and international Board of Directors. Senior officers of the IISD are regularly consulted by the World Trade Organization and its Director General, the Organization for Economic Cooperation and Development, the North American Commission for Environmental, see *Amicus Curiae* Petition (IN THE, 2000).

The grounds for such a request were, *inter alia*, the following:

1. permission was sought on the basis of the immense public importance of the case and the critical impact of the Tribunals' decision on environmental and other welfare lawmaking process in the NAFTA region;
2. the Tribunal could grant such Petition under its general procedural powers contained in Article 15 of the UNCITRAL Arbitration Rules;
3. the case raises issues of constitutional importance, concerning the balance between
  - a) governmental authority to implement environmental regulations; and
  - b) property rights.

In the *Methanex case*, the claimant sought dismissal of the petition based on three arguments:

- a) confidentiality;
- b) jurisdiction; and
- c) fairness of the proceedings.

On the contrary, the Respondent argued that procedural rules governing the arbitration allowed for the acceptance of *amicus curiae* and its submissions, whenever suitable and likely to assist the Arbitral Tribunal.

The Arbitral Tribunal has decided to accept *amicus curiae* submissions based on article 15 (1) of the UNCITRAL Arbitration rules which grant it a broad discretion as to the conduct of the arbitration subject always to the requirements of procedural fairness and equality of arms. However, the Arbitral Tribunal established a clear distinction between the status of the parties and the procedural status of *amicus curiae*: "their rights, both procedural and substantive, remain juridical exactly the same before and after receipt of such submissions, and the third person acquires no rights at all. The legal nature of the arbitration remains wholly unchanged." (MARIAN, 2010).

In those two cases, the Arbitral Tribunals have accepted *amicus curiae* submissions.

In reaction to these two decisions, the NAFTA Free Trade Commission decided to issue an interpretative statement clarifying that: "no provision of the

North American Free Trade Agreement... limits a Tribunal's discretion to accept written submissions from a person or an entity that is not a disputing party.”.

In 2007, in the *Suez Vivendi vs. Argentina* case (ICSID n.º Case ARB/03/19) the Arbitral Tribunal (constituted under the ICSID Rules) has also accepted submissions from non-parties, under Article 44 of the ISCD Rules, depending on three main criteria:

- the appropriateness of the subject matter of the case;
- the suitability of a given non-party to act as *amicus curiae* in that case and;
- the procedure by which *amicus curiae* submissions was made and considered (AMICUS, 2007).

Indeed, on January 28, 2005, five non-governmental organizations filed a “Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae*” asserting that the case involved matters of basic public interest and the fundamental rights of people living in the area affected by the dispute: Consequently, the petitioners requested the Arbitral Tribunal to grant three requests:

- to allow Petitioners access to the hearings in the case;
- to allow Petitioners opportunity to present legal arguments as *amicus curiae*; and
- to allow Petitioners timely, sufficient, and unrestricted access to all of the documents in the case.

In this case, the Arbitral Tribunal defined *amicus curiae* in a broaden way, highlighted the public interest of the case and underlined that, admitting *amicus curiae* to the arbitral proceedings would increase transparency of these proceedings: as follows:

The Tribunal does not accept Claimants' interpretation of the ICSID Convention and Rules on this point. An *amicus curiae* is, as the Latin words indicate, a “friend of the court,” and is not a party to the proceeding. Its role in other forums and systems has traditionally been that of a nonparty, and the Tribunal believes that an *amicus curiae* in an ICSID proceeding would also be that of a nonparty. The traditional role of an *amicus curiae* in an adversary proceeding is to help the decision maker arrive at its decision by providing the decision maker with arguments, perspectives, and expertise that the litigating parties may not provide. In short, a request to act as *amicus curiae* is an offer of assistance – an offer that the decision maker is free to accept or reject. An *amicus curiae* is a volunteer, a friend of the court, not a party (AMICUS, 2007, p. 6).

[...] Given the public interest in the subject matter of this case, it is possible that appropriate nonparties may be able to afford the Tribunal perspectives, arguments, and expertise that will help it arrive at a correct decision. Rather than to reject offers of such assistance peremptorily, the Tribunal, while taking care to preserve the procedural and substantive rights of the disputing parties and the orderly and efficient conduct of the arbitration, believes it is appropriate to consider carefully whether to accept or reject such offers.

[...] The acceptance of *amicus* submissions would have the additional desirable consequence of increasing the transparency of investor-state arbitration (AMICUS, 2006).

Indeed, the last decade has witnessed the greater participation of civil society groups as non-disputing parties in international investment proceedings due to an increase of public interest in arbitrations that concern environment, public health, human rights and labor standards.

As a consequence of such interest, several amendments were made to the existing international investment instruments in order to incorporate new provisions on the acceptance of *amicus curiae* during arbitral proceedings.

This was precisely the case of the ICSID arbitration rules (which were amended and came into force on the 10<sup>th</sup> April 2016) so as to allow the intervention of non-parties to investment arbitral proceedings under article 37.

Pursuant to rule 37 (2) the Arbitral Tribunal has discretion to refuse or accept a submission from a non-party after consulting with the parties and provided that the above mentioned three criteria are met.

More recently, the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor State Arbitration (which came into force in 2014) contain specific provisions on the participation of non-disputing parties in article 4.

These amendments were directed at the issue of increasing demands for transparency and public scrutiny in state investment disputes. Following this trend, we submit that law enforcement agencies and regulators should be allowed to intervene in arbitration proceedings under *amicus curiae* provisions.

This is a significant development since *amicus curiae status* is not an exclusive of non-governmental bodies or private organizations.

But what kind of “legal and public interests “may justify the intervention of a law enforcement or regulatory agency in an arbitral proceeding?”.

From our point of view, a distinction needs to be made between investment arbitration and commercial arbitration.

We submit that, as far as, commercial arbitration is concerned, this intervention is possible in four scenarios:

1. a party to the arbitration may raise questions of a criminal nature regarding the facts of the case (e.g. money laundering, corruption, tax evasion);
2. the Arbitral Tribunal may become suspicious regarding the legitimacy of the dispute or the purported transaction underlying the dispute;
3. the entire arbitration may be a fabrication (this is closely related to the second situation);
4. the issues of the case raise complex and highly technical analysis that may justify the intervention of special technical bodies and impact public interest (e.g. competition law enforcers, regulators in the fields of finance, banking or pharmaceuticals or health authorities).

However, until now there were very few cases in which the issue of criminal practices being raised during arbitral proceedings. According to Domitille Baizeau and Tessa Hayes there are, in fact, only two published cases involving corruption:

The first one was the so – called *Lagergreen Case*, ICC case n.º 11101 (1963) in which the arbitrator observed that, as matter of principle, he had the power to rule *ex-officio* that the contract was null and void due to corruption, but found that in such case there was no evidence that corruption has occurred.

The second case was the *Metal-Tech Ltd. Vs. Republic of Uzbekistan* (ISCID Case n.º ARB/10/3) – Award rendered on 4 October 2013. In this case, the Arbitral Tribunal has decided to request, on its own initiative, for more evidence in order to determine if corruption has occurred.

In another case (Qatar Vs. Bahrain) (MARITME, 1991), one of the arbitrators – Judge Fortier – has raised, in his Separate Opinion, the fact that the Arbitral Tribunal (constituted under the auspices of the International Court of Justice) has paid little, if none attention, to the fact, that 82 documents presented by Qatar were not reliable as evidence, because they have been forged, and were later withdrawn from the proceedings:

Before I write my separate opinion in respect of Zubarah and Janan Island, I wish to address one important issue which has arisen in the course of the present proceedings and which, I believe, should have been commented upon in the Judgment. Since the Court chose not to address

this issue, I have decided that it was my duty to do so. I refer to the 82 Qatari documents whose authenticity was successfully challenged by Bahrain.

[...].

2. The only reference to the 82 documents in the Judgment is found in paragraphs 15 to 23 of the section setting out the history of the proceedings before the Court. It consists of a mere narrative. I am of the view that this extraordinary incident merits the following comments. [...]

I believe that the Court should not simply disregard and fail to take into consideration this unprecedented incident. In my opinion, these documents have “polluted” and “infected” the whole of Qatar’s case (CR2000/11, p. 12 and 14).

[...].

5. Some of them resurface, directly or indirectly, at various stages of Qatar’s written and oral pleadings. They remain in the record and some of them linger and are invoked occasionally in support of Qatar’s alternative argument.

6. While I must accept, as I do, Qatar’s disclaimer and apologies, in my opinion I cannot consider Qatar’s case without having in mind the damage that would have been done to the administration of international justice, indeed to the very position of this Court, if the challenge by Bahrain of the authenticity of these documents had not led Qatar, eventually, to inform the Court that it had “decided [to] disregard all the 82 challenged documents for the purposes of the present case”. (SEPARATE).

In this case, the Arbitral Tribunal should have specifically addressed the issue in the award and explain, in a clear and transparent way, what had happened and the reasons that led it to disregard the content of those documents.

From my point of view (which is not consensual nor unanimous) international arbitrators do have a duty to preserve confidentiality but also, to cooperate with law enforcement authorities whenever requested or necessary. This is an essential element so as to guarantee that parties do not engage in any illegal or unethical behavior in the course of the proceedings or they use it to pursue illegal or criminal intentions.

This must be done not only for the purpose of safeguarding the enforceability of the award but also, the credibility of the procedure and of international arbitration *per se*, as a fair, legal and reliable ADR (amicable dispute resolution) mechanism.

Bearing in mind the above mentioned four scenarios and the examples provided earlier, we have to distinguish two different situations: whether arbitral proceedings raise issues related to criminal practices or whether the issues at stake are of public interest, for instance if they involve issues of a regulatory nature.

From our point of view, the intervention of law enforcement agencies in arbitral proceedings is directly linked with the extent of confidentiality and this is dependent upon the seat of the Tribunal and the arbitral rules applicable to the case.

However, if the law of the seat of the Tribunal or the *lex arbitrii* do not contain specific rules, the Arbitral Tribunal will have to decide if the intervention of a law enforcement agency is admissible (for instance, under the *amicus curiae* rules) and to what extent. Consequently, the Arbitral Tribunal will first have to address the parties and obtain its consent to define the scope of confidentiality (documents, written submissions, hearing, award) and what can or cannot be disclosed to the third non-party.

For instance, under the English Arbitration's Act 1996 there is no specific and detailed norm on confidentiality but it contains three rules that provide some guidance for Arbitral Tribunals:

- arbitration proceedings must be held private;
- confidentiality is implied in every arbitration;
- confidentiality is subject to certain exceptions: court orders, parties' consent, public interest and reasonable necessity.

On the contrary, jurisdictions like the US and Australia reject any implied confidentiality and usually leave it to the parties' discretion.

The same happens in Switzerland where the law does not provide for confidentiality, so that arbitration is only fully confidential if both parties agree to it. Parties in Switzerland are not bound by any duty of confidentiality contrary to what happens with counsel and arbitrators.

We submit that if a criminal offence or a highly complex technical issue is at stake and a law enforcement agency (or a regulatory authority) requests access either to the evidence submitted, the parties' submissions or even to participate in the proceedings as an *amicus curiae*, the Arbitral Tribunal, upon consultation with the parties, will have to decide on such request.

The Arbitral Tribunal will have to assess the gravity of the issue (s) at stake, the conflictual interests and to perform a proportionality test (necessity, adequacy and balance of conflicting rights and legal obligations). The Arbitral Tribunal will have to assess which interest will prevail: the one identified by the law enforcement agency or the interests of the parties to keep the proceedings confidential.

This means that the Arbitral Tribunal will have to perform a case by case analysis and decide if cooperation with law enforcement authorities is really needed (necessity test), to what extent and whether access to the case file does not compromise the integrity of the arbitral proceeding.

## **5 THE INTERVENTION OF THE EUROPEAN COMMISSION IN ARBITRAL AND ANNULMENT PROCEEDINGS**

Law enforcers can also act as *amicus curiae* in proceedings in which there is a legitimate legal interest that justifies such intervention. Scholars agree that the identity of *amicus curiae* is varied since it can include professional associations, trade unions, private companies, scholars and even, intergovernmental organizations, notably, the European commission (KENNY, 2016, p. 247).

“[...] the European Union, through the European Commission (EC), has requested and been granted authorization to take part in several investment proceedings.”

This interest has been growing, due to three main reasons: in some cases, the dispute between the foreign investor and the host state raises matters pertaining to the interpretation and application of European law (particularly, when the defendant is a European Union member state and the impugned state measure was adopted in compliance with or in order to execute European Union Law).

Second, several disputes regarding investments in the field of energy have emerged over the past years most of them under the rules of the Energy Charter Treaty and thirdly, in proceedings between member states and third countries is also required by the Regulation EU N. 1219/2012, of the European parliament and the Council of December 12, 2012, which establishes “transitional arrangements for BIT’s<sup>7</sup> between member states and third countries.”.

The reason for this is the fact that the European Commission has been entrusted by the Treaty with the responsibility for the effective application, implementation and enforcement of EU law. According to a Press Release, dated the 19 July 2019, and launched by the European Commission, it was held that:

<sup>7</sup> Bilateral investment treaties are international agreements which typically grant protection to investment by nationals and companies of one State in another one. These treaties focus on investor protection, for example by means of compensation for expropriation and provide for a system that allows the settlement of investment disputes between investors and the country where the investment is made.

In this role, the Commission can review national measures and act to ensure compliance with EU safeguards protecting investors. The Commission is committed to act firmly on infringements of EU law which obstruct the implementation of important EU policy objectives or which risk undermining the four fundamental freedoms, which are essential for investors (COMMISSION).

Some EU Member States had concluded BITs with some countries in Central and Eastern Europe before those countries had joined the EU in 2004 (CY, CZ, EE, HU, LT, LV, MT, PL, SI, SK), 2007 (BG and RO) and 2013 (HR) respectively. The central and Eastern European countries also concluded such agreements amongst themselves. From the date of EU accession, the agreements concerned thus became treaties among EU Member States (“intra-EU”). Slightly less than 200 intra-EU bilateral investment treaties still formally exist to date between the Member States, though some Member States, such as Ireland and Italy no longer have any bilateral investment treaties at all.

From the Commission’s point of view, these BITs and the arbitral proceedings which concern it, can jeopardize the uniform application of EU law, compromise the regulatory framework as well as the European’s Commission leading role in this respect.

This view was also confirmed by the ECJ in the *Achmea Judgement* (Case C-284, issued on 20 April 2018).<sup>8</sup>

In its judgment of 6 March 2018 in the *Achmea* case, the ECJ confirmed the Commission’s view that investor-to-State arbitration in an agreement concluded between Member States is not compatible with EU law. The ECJ ruled that these clauses do not have legal effect. It explained that, when applied in an intra-EU context, such a mechanism undermines the system of legal remedies foreseen in the EU Treaties for resolving such disputes. It therefore poses a threat to the autonomy of EU law and the principle of mutual trust between the Member States. The treaties should therefore be legally terminated in order to ensure legal certainty.

The *Achmea* judgment is also relevant for the application of the Energy Charter Treaty between EU Member States. In the Commission’s view that Treaty cannot be used as a basis for dispute settlement between EU investors and EU Member States.

Colin Brown, Deputy Head of Unit, Dispute Settlement and legal Aspects of Trade Policy, Directorate -General for Trade in the European Union, has also explained how, in his view, arbitral proceedings can impact the EU regulatory framework concerning European union’s internal market:

<sup>8</sup> The Judgment can be read online in the following website: <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-284/16>>. Consulted on: 4 March 2019.

It arises there because the *ad hoc* nature of a system, coupled with the public law nature of the disputes under treaties concluded between sovereigns is such that it fundamentally cannot provide the certainty and predictability about the core aspects of these investment protection standards that is required by all stakeholders, whether they be investors or governments or other interested parties. It is very difficult to point to a key decision taken by a tribunal and be able to honestly say that one knows that that particular decision will, with a high degree of certainty, be followed.<sup>9</sup>

The intervention of the European Commission in state investment disputes involving BITs is twofold: the EC intervenes as *amicus curiae* in the proceedings (where it usually raises issues of arbitrability of the agreement) and it further objects to the enforcement of the awards.

In the case, *Micula vs. Romania* (IOAN, 2008), Romania was sentenced to pay the amount of RON 376,433,229 and interest in favor of the Claimants in the original arbitral proceeding.

However, on April 9, 2014, Romania filed with the Secretary-General of the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID" or the "Centre") an application requesting the annulment of the Award rendered on December 1, 2013. The Applicant argued, *inter alia*, that the enforcement of the award would cause Romania to breach its obligations under Article 107 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFUE), which might lead to infringement proceedings against Romania before the European Court of Justice (ECJ). On October 15, 2014, the EC file an application in the annulment proceedings requesting leave to file a written *amicus curiae* submission in support of the annulment of the award, to be granted access to documents filed and to provide oral testimony at hearings. The EC argued that it was able to intervene as a non-disputing party under Rules 37 (2) and 53 of the ICSID arbitration Rules (2006).

Following this request, the Committee issued a decision in which it stated that the EC had an interest in it as non-disputing party and found that the EC had satisfactorily established that it had the "expertise, experience and independence to be of assistance" in the annulment proceeding. The Committee followed the criteria established in the *Vivendi vs. Argentina* case:

- I. the subject matter of the application must be appropriate;

<sup>9</sup> See, Colin Brown, Deputy Head of Unit, Dispute Settlement and legal Aspects of Trade Policy, Directorate -General for Trade in the European Union, in "The EU Approach to investment dispute settlement," The 3<sup>rd</sup> Vienna Investment Arbitration Debate, 22 June 2018. Published at: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/july/tradoc\\_157112.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/july/tradoc_157112.pdf)>. Consulted on: 4 March 2019. Also, see, The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: *Micula vs. Romania* and Beyond Wehland, H. In: **Journal of World Investment & Trade**, volume 17, issue 6, p. 942 et seq., 2016.

- II. the applicant must be suitable to act as *amicus curiae*; and
- III. procedural fairness must be respected.

The Committee has also defined the role of the EC in the annulment proceedings and established that, its intervention would have to adhere to certain conditions:

- I. the submissions must be limited to the grounds for the annulment under Article 52 (1) of the ICSID Convention;
- II. the EC would not be granted access to the documents filed by the Parties in the annulment proceeding and (iii) the EC would not be permitted to attend the hearings as the Claimants (in the original arbitral proceedings) had opposed such attendance (MICULA, 2005).

Scholars and practitioners have been very critical of this approach by the EC since they argue it will compromise the possibility of enforcing awards that have resulted from successful (but still lengthy and expensive) disputes and it will lead to the end of the existing BITs in the EU [...] (see LAVRANOS, Nikos).

Also, the approach taken by the European Court of Justice is not consensual among arbitrators because even after the *Achmea* ruling, Arbitral Tribunals took the view that arbitration clauses contained in the BIT's are still valid and, as a consequence, the EC cannot argue their lack of jurisdiction to dispose on the merits of the proceedings.

In one of the most recent cases, the Arbitral Tribunal constituted to hear the claim submitted by *Vattenfall AB and others* against the Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/12/12) rejected the Respondent's (Germany) objections to its jurisdiction<sup>10</sup>. In a decision held on 29 August 2018, the Arbitral Tribunal adjudicated on the issue of jurisdiction raised by Respondent and the EC and, specifically, addressed the impact of the ECJ's ruling (*Achmea*) in the arbitral proceedings.

For the purpose of this paper, what is important to highlight though, in the context of that case, is the fact that the Arbitral Tribunal had accepted the intervention of the European Commission as Non-Third Party and allowed it to file written submissions. In the next chapter we will develop further on the

<sup>10</sup> Those objections were based on the March 2018 judgment of the Court of Justice of the European Union (the CJEU) in *Slovak Republic v Achmea B.V.* Contrary to the views of its Advocate General, the CJEU held the investor-state arbitration provision contained in the Netherlands-Slovakia bilateral investment treaty to be incompatible with EU law. See, <<https://www.italaw.com/cases/1654>>. Consulted on: 11 March 2019.

role played by the arbitrators when criminal or regulatory issues emerge in the context of an arbitration.

## 6 THE ROLE OF ARBITRATORS

This chapter focuses on the relationship between arbitrators and law enforcement or regulatory authorities and discusses if there is any common understanding or harmonized international practice in relation to disclosure of information, in arbitral proceedings, to those entities. There is no clear and uniform answer for this question. An Arbitral Tribunal will always have to decide how to approach such situation on a case by case basis bearing in mind the factual and legal issues at stake, the provisions of the *lex arbitrii* (which, in most cases does not have any specific provisions on these issues) and ultimately, the law of the place where the award is likely to be enforced.

The Arbitral Tribunal, when confronted with allegations or suspicions of criminal offences, shall take a three steps approach:

- I. to identify if the *lex arbitrii* contains any provisions in this respect;
- II. to identify the relevant facts of the case and evaluate if those facts amount to a qualified criminal offence under the applicable law;
- III. lastly, to determine the impact or the importance of those facts in the overall context of the arbitral proceeding (which includes evaluating whether the whole arbitration is a fabrication and the award rendered could be enforced) (in this respect, see PALAY; UGARTE, 2007).

Evaluating the impact of those facts in the arbitral proceedings means that the Arbitral Tribunal has to assess whether evidence needs to be produced and if the facts at stake can determine the outcome of the case.

Alan Redfern and Martin Hunter (2004, At. 3-7 and 5-28 to 5-29) are of the view that the Arbitral Tribunal should not go over its mandate because its main role is to solve the dispute between the parties and not to uncover criminal activities.

Nonetheless, international and regional supranational organizations have raised serious concerns regarding the prevention of money laundering and financing of terrorism. As such, those organisms started developing legal frameworks, establishing standards and recommendations addressed at member's states in order to improve international cooperation and the

mechanisms directed at the fight against organized crime. Despite the fact that these mechanisms are not specifically directed at international arbitration proceedings, they establish guidelines and procedures to be applied to several institutions (including lawyers, notaries and independent legal professionals) that may also have an impact on arbitral proceeding's.

Moreover, the fight against organized crime (like money laundering, corruption, financing of terrorism) is also an issue of "international public policy". This is a key concept that may affect and jeopardize the enforceability of an award resulting from an arbitration procedure.

The Financial Action Task Force (FATF) is an example of an inter-governmental body (established in 1989 by the Ministers of its Member jurisdictions) whose mandate is to set standards and to promote effective implementation of legal, regulatory and operational measures for combating money laundering, terrorist financing, the financing of proliferation, and other related threats to the integrity of the international financial system. The FATF Recommendations<sup>11</sup> therefore set an international standard, which countries should implement through measures adapted to their particular circumstances. The aim is to reinforce international cooperation in this field and to enhance the role played by law enforcement agencies and competent authorities so as to identify the risks, and develop policies and domestic coordination. One of the most important aspects of this policy is the importance given to the role played by law enforcers and supervisory bodies.

In fact, according to the FATF Recommendations:

[...] Supervisors should have adequate powers to supervise or monitor, and ensure compliance by, financial institutions with requirements to combat money laundering and terrorist financing, including the authority to conduct inspections. They should be authorized to compel production of any information from financial institutions that is relevant to monitoring such compliance, and to impose sanctions, in line with Recommendation 35, for failure to comply with such requirements. Supervisors should have powers to impose a range of disciplinary and financial sanctions, including the power to withdraw, restrict or suspend the financial institution's license, where applicable.

Concomitantly, we argue that, pursuant to the requirements set out in Recommendations 18 to 21 (applicable to all designated non-financial businesses and professions), lawyers, arbitrators and other legal professionals are obliged to report such cases to law enforcement authorities:

<sup>11</sup> See <<http://www.fatfsgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>>. Adopted as of 16 February 2012. Consulted online on: 7<sup>th</sup> December 2018.

a) Lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants should be required to report suspicious transactions when, on behalf of or for a client, they engage in a financial transaction in relation to the activities described in paragraph.

[...].

Moreover, pursuant to Recommendation 22:

Countries are strongly encouraged to extend the reporting requirement to the rest of the professional activities of accountants, including auditing.

Paradoxically, in the interpreting notes on Recommendation 23, the FAFT allows states to determine, in their own internal legislation, the scope and the extend of the disclosure of information to law enforcement authorities by legal professionals acting as counsel and lawyers, if they are under the professional privilege, as follows:

1. Lawyers, notaries, other independent legal professionals, and accountants acting as an independent legal professionals, are not required to report suspicious transactions if the relevant information was obtained in circumstances where they are subject to professional secrecy or legal professional privilege.
2. It is for each country to determine the matters that would fall under legal professional privilege or professional secrecy. This would normally cover information lawyers, notaries or other independent legal professionals receive from or obtain through one of their clients: (a) in the course of ascertaining the legal position of their client, or (b) in performing their task of defending or representing that client in, or concerning judicial, administrative, arbitration or mediation proceedings.
3. Countries may allow lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants to send their STR to their appropriate self-regulatory organizations, provided that there are appropriate forms of cooperation between these organizations and the FIU.
4. Where lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants acting as independent legal professionals seek to dissuade a client from engaging in illegal activity, this does not amount to tipping-off.

As a consequence, one may ask if an Arbitral Tribunal is confronted with *indicia* of criminal practices, in the context of an arbitral proceeding, does it have the duty to report it to the competent authorities?

Since there is no harmonized international legal framework in this respect and, particularly, in the case of arbitral proceedings, each jurisdiction applies its own national law and each Arbitral Tribunal deals with these issues on a case

by case approach bearing in mind the *lex arbitrii*, the procedural framework of the case and the facts at stake.

For instance, in the said case *Qatar vs. Bahrain* should the Arbitral Tribunal have raised the issue regarding the forged documents and should have made a reference to it in the award?

We submit that a distinction needs to be made between the role played by lawyers and the one played by arbitrators. Moreover, the understanding of what can fall under the “professional privilege” is subject to a proportionality test and does not amount *per se* to an absolute right.

Lawyers acting as Counsel in International Arbitration proceedings are also bound by a duty of loyalty towards the party they represent. Mutual trust between counselor and client is an essential element of this relationship and as a consequence, counsel is not obliged to disclose to law enforcers any illegal activities committed by their clients unless, under their national law or the regulations of their bar association, they are obliged or allowed to do it.

Arbitrators, on the other hand, have a mandate to fulfill which is also based on mutual trust however, their role is closer to the role played by the judiciary and similarly, they have to comply with stricter ethical and legal duties<sup>12</sup>.

From our point of view, the evaluation the Arbitral Tribunal needs to perform is based on a three pronged test:

- 1) to identify the legal interest at stake and evaluate whether is it necessary/obligatory to share confidential information;
- 2) to evaluate if sharing such information is adequate to the envisaged purpose (legal proceedings against one of the people involved, investigation, etc.);
- 3) finally, to assess if the damage of sharing information would cause more harm (to the integrity of the arbitral proceeding) than benefit to public or other legal interests.

---

<sup>12</sup> Even though there are no compulsory ethical requirements that are specifically addressed at arbitrators, there are several international documentations of different origins that have established commonly accepted standards of conduct, see, for instance, the IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, in <<http://www.ibanet.org>>, consulted online on 11 December 2018 and also the CIarb Guidelines and Ethics available online in <<http://www.ciarb.org/guidelines-and-ethics>>. Consulted online on: 11 December 2019.

If we agree that there is a similarity between the role judges and arbitrators play we must conclude that arbitrators are, in principle, bound by a duty to report any information related to criminal practices that became aware in the course of arbitral proceedings.

In fact, this was the view of the Appeal's Court of Paris which held, in a Judgment rendered on 29 May 1992, the following:

The arbitrator is not a third party in relation to the dispute which he has decided. On accepting his functions, he assumes the status of a judge, as a result of the contract appointing him. He, therefore, enjoys the same rights and is subject to the same duties as a judge [...].

Another scholar (Frahm-Oellers) points out that the status and role of judges and arbitrators are closely related to the function and role of international adjudication, which is increasingly being called upon to decide international disputes, originally only between States, merely on the basis of fact and law (International Courts and Tribunals; Judicial Settlement of International Disputes). Both judges and arbitrators adjudicate and this means that they have to decide cases in an objective and impartial manner:

In that respect, impartiality is a central element in the composition and balance of the tribunal as a whole and ensures the neutrality and integrity of every single judge. Judges and arbitrators are thus the guarantors of judicial independence and impartiality which are central to judicial function, nationally and internationally (OELLERS-FRAHM, 2019).

However, if we take the view that arbitrators are not judges but independent legal practitioners, then their work is closer to the one performed by Counsel and, similarly they are bound by a duty of confidentiality due to the specific nature of their mandate and their contractual obligations towards the parties.

In Switzerland for instance, attorney-client communications are protected by attorney client privilege. This privilege is enshrined in the professional rules governing the conduct of attorneys admitted in Switzerland. This privilege is protected under Swiss criminal and procedural law, as well as, under the contract governing the attorney-client relationship; specifically article 13 of the attorney's act (BGFA). Also, under article 398 of the Swiss Code of Obligations, an attorney has also a confidentiality obligation towards the client (MÜLLER; OURAL, 2017). The protections of attorney-client privilege are generally recognized in all Swiss civil, criminal and administrative proceedings provided that the communication in question relates to the attorney's typical activity. Only the client *per se* can waive this protection. These protections are not even overcome by any criminal or civil proceeding (MÜLLER; OURAL, 2017, p. 47).

However, on 20 September 2016, the Swiss Federal Supreme Court (case number 1 B \_85/2016) (EXTRAIT, 2017), ordered the production of certain documents (to prosecutors and regulators) from an internal investigation of suspicious banking relationship, held by a law firm. The Supreme court held that parts of the law firms' work product were not protected by the client-attorney's privilege since the bank was bound by the anti-money laundering regulation and could not avail itself of the protection of attorney-client privilege by simply delegating the investigation into a law firm (MÜLLER; OURAL, 2017, p. 46).

In the last years, different organizations and stakeholders have been paying a closer attention to the issues of bribery and corruption involving legal professionals. One of the most active entities in this regard is the International Bar Association (IBA) which, in partnership with other organizations, has launched a series of workshops and initiatives worldwide to sensitize legal practitioners, states and bar associations to this phenomena and implement good practices – see for instance their initiative “About Anti-Corruption Strategy for the Legal Profession”. Despite this international trend, the role of arbitrators is not entirely clear in regard to cooperation with law enforcers or regulatory authorities and the actual *status quo* looks seems more like a puzzle which accommodates different legal framework and opens room for debate and different views of these duties.

In this context, and for the time being, the only way forward is to trust that arbitrators and counselor are aware of the interests at stake and able to reconcile public and private interests in a balanced manner.

## 7 CONCLUSION

International arbitration (either commercial or related to state investment treaties) is a successful tool to solve complex disputes involving private parties or states.

Nowadays, several international institutions are involved in this mechanism to provide assistance and guidance to both parties and arbitrators.

Despite all the success that surrounds arbitration and its outcome; new issues have arisen in respect of transparency and confidentiality of arbitral proceedings.

In the case of State – Investment disputes, it is clear that the media and public opinion are aware of the needs to scrutinize those proceedings when

public interest is at stake (being it environment, health, or infra-structures).

As a consequence of this external pressure, some institutions have been creating guidelines and frameworks towards ensuring that more transparency is added to these cases (the UNCITRAL model Rules on State Investment Disputes are such an example) in order to render it more accountable.

Some of these rules allow, for instance, the intervention of external elements to the procedure as *amicus curiae* and, in many cases, these *amicus curiae* can even intervene in the course of the arbitration, filing written submissions or participating at the hearings as observers.

In the European Union for instance, the European Commission has taken the initiative to participate in several arbitration proceedings and has even opposed the enforcement of awards related to BIT's (bilateral investment treaties) due to its role as law enforcer in the field of competition law in the internal market. The EC's is of the view that these treaties pose an actual threat to the development and maintenance of a level playing field in the internal market, since they favor some investors in detriment of others. However, in the field of commercial arbitration (where the majority of the disputes are of a private nature and do not involve major public issues) the role of arbitrators *vis a vis* law enforcers and arbitral proceedings is more complex and unclear because it is dependent of the *lex arbitri* and the procedural framework defined by the parties. In these cases, parties' autonomy tends to prevail, in detriment of more transparency.

This trend partially explains the *ad hoc* nature of the decisions taken by Arbitral Tribunals in respect of third parties having access to the case and participating as *amicus curiae*. As such, there is no harmonized legal practice in this field of international arbitration and it's almost impossible to identify a consolidated international standard.

Our view is that the Arbitral Tribunal should have an open approach to the particularities of each case and, when confronted with a request to disclose information on file from a law enforcement agency or a regulatory authority, it must perform a balancing and proportionality exercise between the legal interests at stake while taking into account the parties views. In cases where a criminal activity is at stake (because it is being investigated) arbitrators should, in principle, cooperate with law enforcement agencies.

This positioning is essential not only to guarantee the enforceability of the award but also, to keep the integrity of the procedure and a good reputation of international arbitration, as a reliable tool to settle disputes worldwide.

## REFERENCES

AMICUS Curiae submission in ICSID case n.º ARB/03/17, between Aguas Provinciales de Santa Fe S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. (Claimants) and The Argentine Republic. March 17, 2006. Available at: <[http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/c18/dc512\\_en.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/c18/dc512_en.pdf)>.

AMICUS Curiae submission in ICSID case n.º ARB/03/19, between Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Vivendi Universal, S. A. and The Republic of Argentina. April 4, 2007. Available at: <[https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2015/03/SUEZ\\_Amicus\\_English\\_4Apr07.pdf](https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2015/03/SUEZ_Amicus_English_4Apr07.pdf)>. Consulted on: 13 march 2019.

ARBITRATION: note to parties and arbitral tribunals on the conduct of the arbitration – 01-01-2020 (English Version). December 29, 2020. Available at: <<https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration>>. Consulted online on: 13 March 2022.

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie; JONHSON, Lise (Ed.). **International investment law and sustainable development:** key cases from 2000-2010. Manitoba (Canada): ISCD, 2011.

COMMISSION provides guidance on protection of cross border EU investments: questions and answers. Available at: <[europa.eu/rapid/press-release\\_Memo-18-4529-en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_Memo-18-4529-en.htm)>. Consulted on: 4 March 2019.

EXTRAIT de l'arrêt de la Ire Cour de droit public dans la cause A. SA contre Ministère Public de la Confédération (recours en matière pénale) 1B\_376/2017 du 22 novembre 2017. Available at: <[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=show\\_document&highlight\\_docid=atf://143-IV-462:fr&print=yes](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=show_document&highlight_docid=atf://143-IV-462:fr&print=yes)>. Consulted on: 11 March 2019.

HAFNER-BURTON, Emilie; PUIG, Sergio; VICTOR, David G. Against secrecy the social cost of International Dispute Settlement. In: **Yale Journal of International Law**, New Haven (Connecticut), Ed. Yale Law School, v. 45, 2017.

HIBER, Dragor; PAVIĆ, Vladimir. Arbitration and crime. In: **Journal of International Arbitration**, Alphen aan den Rijn (Zuid-Holland, Netherlands), Ed. Kluwer Law International, v. 25, Issue 4, p. 461-471, 2008.

INCEPTION Impact Assessment, ARES (2017) 3971182-09/08/2017. Available at: <<http://ec.europa.eu>>.

JOHNSON, Lise; GUVEN, Brooke Skartvedt. The settlement of investment disputes: a discussion of democratic accountability and the public interest. In: Investment Treaty News. March 13, 2017. Available at: <<http://www.iisd.org>>.

KENNY, William. Transparency in investor state arbitration. In: **Journal of International Arbitration**, Alphen aan den Rijn (Zuid-Holland, Netherlands), Ed. Kluwer Law International, v. 33, Issue 5, p. 471-500, 2016.

KHVALEI, Vladimir. Using red flags to prevent arbitration from becoming a safe harbor for contracts that disguise corruption. In: **The ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Paris, Ed. ICC Digital Library, v. 24, Special Supplement, 2013.

ICC anti-corruption clause. November 16, 2016. Available at: <<https://iccwbo.org/publication/icc-anti-corruption-clause>>. Consulted on: 13 march 2019.

IN THE arbitration under chapter 11 of the North American free trade agreement and the UNCITRAL arbitration rules between Methanex Corporation, Claimant/Investor and United States of America, respondent/party. Petition to the Arbitral Tribunal. August 25, 2000. Available at: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9096.pdf>>. Consulted online on: 7<sup>th</sup> February 2019.

IOAN Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S. A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. Claimants *v.* Romania. ICSID Case n.<sup>o</sup> ARB/05/20. September 24, 2008. Available at: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf>>. Consulted on: 11 March 2019.

MARIAN, Cornel. Balancing transparency: the value of administrative law and *Mathews* - balancing to investment treaty arbitrations. In: **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, California, Ed. Pepperdine Libraries (Pepperdine University), v. 10, Issue 2, p. 275-301, 2010.

MARITME delimitations and territorial questions between Qatar and Bahrain (Qatar Vs. Bahrain). Application filed before the ICJ on 8 july 1991. Available at: <<https://www.icj-cij.org/en/case/87/summaries>>. Consulted on: 13 March 2019.

MAUPIN, Julie A. Transparency in international investment law: the good, the bad and the murky. In: BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne (Ed.). **Transparency in International Law**, Cambridge, Ed. Cambridge University Press, p. 142-171, 2013.

MICULA *v.* Romania (I). Ioan Micula, Viorel Micula and others *v.* Romania (I). (ICSID Case n.<sup>o</sup> 05/20). Decision on Annulment. 2005. Available at: <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/180/micula-v-romania-i->>>. Consulted on: 11 March 2019.

MÜLLER, Dominique; OURAL, Miguel. Legal privilege and professional secrecy, 2017. Switzerland in death the deal though. May 2017. Available at: <[https://www.lenzstaehelin.com/suche/?tx\\_solr%5Bfilter%5D%5B0%5D=type%3Apublication&tx\\_solr%5Bq%5D=legal+privilege+professional+secrecy](https://www.lenzstaehelin.com/suche/?tx_solr%5Bfilter%5D%5B0%5D=type%3Apublication&tx_solr%5Bq%5D=legal+privilege+professional+secrecy)>.

NACIMIENTO, Patricia; HERTEL, Tilmann, GAYER, Catrice. Arbitration and money laundering: what are the obligations placed on Counsel and Arbitrators and what risks do they face? In: Kluwer Arbitration Blog. Available at: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/10/arbitration-money-laundering>>. Consulted online on: 1 October 2018.

NISJA, Ola Ø. Confidentiality and public access in arbitration: the norwegian approach. In: **International Arbitration Law Review**, London, Ed. Sweet & Maxwell (Thomson Reuters), p. 187-192, 2008.

OELLERS-FRAHM, Karin. **International courts and tribunals, judges and arbitrators**. Oxford: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, March 2019.

PALAY, Marc S.; UGARTE, Ricardo. Money laundering as a defense in International Commercial arbitration: a practitioner's perspective. In: **Journal of International Arbitration**, Alphen aan den Rijn (Zuid-Holland, Netherlands), Ed. Kluwer Law International, v. 24, 2007.

PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel. The trouble with confidentiality, 1994. In: **Arbitration International**, v. 11, Issue 3, p. 303-320, September 1, 1995,

PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel. The trouble with confidentiality, 1994. In: **The ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Paris, Ed. ICC Digital Library, p. 48-59, May 1994.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and practise of international commercial arbitration**. 4<sup>th</sup> ed. London: Thomson, Sweet & Maxwell, 2004.

SEPARATE opinion of Judge Fortier. Available at: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/87/087-20010316-JUD-01-10-EN.pdf>>. Consulted on: 4 March 2019.

Submissão em: 15 de setembro de 2023

Último Parecer favorável em: 21 de novembro de 2023

### Como citar este artigo científico

BRAVO, Teresa. Confidentiality and cooperation with law enforcement authorities in international arbitration. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 3, p. 174-204, set.-dez. 2023.

O  
D  
E  
R  
T  
U  
M

Kaptan  
Мастер  
Maestría  
Magister  
Magisterský  
Maǵistra  
Magistri Omad  
Magistro  
Maighstir  
Máistir  
Maîtrese  
Mästare  
Майстар  
Магистра  
Магистратура  
Master  
Mäster  
Masteri  
Master's  
Meeschter Ass  
Meistarar  
Meister  
Meistr  
Mestarín  
Mester  
Mestere  
Mistrzyni  
Mojstrski  
Studii de Masterat  
Učiteljska  
Usta  
Учителски  
Δάσκαλος

## **EL DELITO DE CONTRABANDO POR SIMULACIÓN MEDIANTE EL USO DE DJAI's<sup>1</sup>**

**DIEGO GARCÍA AUSTT AROCENA<sup>2</sup>**

### **1 INTRODUCCIÓN**

Durante el periodo trascurrido entre los años 2012 y 2016, la República Argentina poseía un sistema financiero y económico estricto respecto a la compra y venta de divisas extranjeras, que imponía una limitación a los ciudadanos argentinos para la adquisición de tales monedas al valor oficial, el cual era fijado por las autoridades competentes de este país, situación que dio lugar a la existencia de un mercado no oficial que se regía de conformidad con las reglas de la oferta y la demanda, e incidía directamente en un aumento del valor oficial.

Ese sistema habilitaba, excepcionalmente, la compra de divisas a distintas personas por diferentes motivos (el comercio exterior era uno de ellos) en tanto que fijaba un cupo para las importaciones, debiendo previamente tramitar ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), una “Declaración Jurada Anticipada de Importación” (DJAII) que posibilitaba la obtención de divisas para que en el lapso de un año tales importaciones sean cumplidas ingresando al país las mercaderías declaradas.

<sup>1</sup> Anterior versión: AUSTT AROCENA, Diego García. El delito de contrabando por simulación mediante el uso de DJAI's. En: ElDial.com, Suplemento de Derecho Aduanero y Comercio Exterior, 21/04/2021 (elDial.com - DC2DB7) Editorial Albrematica. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina.

<sup>2</sup> Maestría en Derecho Penal. Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata), Magister en Derecho Penal (Universidad Austral), Diplomatura Internacional en Ciberdelincuencia y Tecnologías Aplicadas a la Investigación (Universitat Abat Oliba CEU - Universidad Austral), Compliance (IAE Business School - Universidad Austral). Correo electrónico: lex.dga@gmail.com

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis sobre un caso hipotético, similar a ciertas maniobras que tuvieron lugar ante el Servicio Aduanero, y luego contrastarlo con el régimen penal aduanero vigente en la Argentina.

## 2 DERECHO ADUANERO

La Aduana comprende

los servicios administrativos responsables de la aplicación de la legislación aduanera y de la percepción de los derechos e impuestos a la importación y a la exportación y que igualmente están encargados de la aplicación de otras leyes y reglamentos vinculados, entre otros, a la importación, al tránsito y a la exportación de mercaderías (OMA, [S. d.])

Mientras que la “legislación aduanera” será el

*conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias concernientes a la importación y a la exportación de mercaderías cuya aplicación está expresamente encomendada a la Aduana y otras normas eventualmente establecidas por ella en virtud de los poderes que le han sido conferidos por la ley* (BASALDÚA, 2007, p. 40).

El Servicio Aduanero, no se trata de una entidad titular de funciones, sino que el Código se refiere al conjunto de derecho, deberes y funciones que pesan sobre la Administración Nacional de Aduanas, hoy Dirección General de Aduanas, como órgano superior en el orden jerárquico aduanero. No debe identificarse al Servicio Aduanero exclusivamente con la Aduana, pues si bien es una función propia de este organismo, como ya se ha expresado, existen otros organismos nacionales que pueden ejercerla, tales como la Gendarmería Nacional o la Prefectura Naval Argentina (CFCP, “Romero”, Sala IV, 6/9/2012).

El término “Servicio Aduanero”, significa conciliar la facilitación del comercio internacional con un control eficaz, aparente contradicción que no es tal si se cumple mediante controles inteligentes (perfils de riesgo), que permiten controlar menos y mejor. La modalidad de la declaración previa de la operación o destinación de la mercadería y el control selectivo, son ayudados por la determinación de los riesgos que se quieren evitar frente a intereses del Estado que se quieren proteger (recaudación fiscal, la seguridad, la salud, la defensa de los consumidores, la producción nacional, la balanza comercial).

El concepto de “territorio aduanero”, que delimita el ámbito del control

a ser efectuado por el Servicio Aduanero, comprende según establece el art. 2.º del Código Aduanero a aquél en el que “[...] se aplica un mismo sistema arancelario y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y a las exportaciones” (art. 2.º, inc. 1.º del Código Aduanero). El Derecho Aduanero implica además de objetos denominados mercadería, que al cruzar los límites de aquéllos configuran operaciones de importación y exportación (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 26). El ejercicio de control sobre las mercancías y las personas en este contexto constituye la función principal del Servicio Aduanero<sup>3</sup>.

El control aduanero se erige como una herramienta fundamental no sólo para asegurar el pago de tributos que vengan a engrosar las arcas del fisco nacional, sino para evitar el ingreso al territorio nacional de mercadería prohibida por motivos ambientales o sanitarios, resguardar la vigencia de barreras arancelarias que protejan a la industria nacional o garantizar la libre competencia, evitando que a través de la entrada o salida de mercancías que no hayan abonado las tasas legalmente establecidas se configure una ventaja ilegítima respecto de quienes sí han importado o exportado conforme a derecho.

## 2.1 Derecho Penal Aduanero

Cuando el tráfico entre territorios aduaneros se ve afectado por irregularidades que conllevan una vulneración, potencial o efectiva, en dicha tarea de control, podremos estar en presencia de hechos constitutivos de una contravención aduanera o algún supuesto delictivo de contrabando (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 27). El sistema de prohibiciones que la ley 22.415 regula genéricamente en su Sección VII, junto con el concerniente a los tributos y al control sobre el tráfico internacional de mercadería, constituyen el eje principal de la legislación aduanera. (CSJN, Fallos: 319:1049).

La complejidad de la materia, su tecnicismo y su estrecha vinculación con el comercio y transporte internacional determinaron que su regulación se integrase con disposiciones del más diverso origen, en el Código Aduanero se mantiene el criterio tradicional en nuestra legislación de regular la materia penal aduanera en forma separada del Código Penal, desarrollándose su autonomía dentro de derecho penal común (VIDAL ALBARRACÍN, 1978, p. 80)<sup>4</sup>. La CSJN (Fallos 311:372) expresó que “[...] dentro de la concepción actual del Derecho

<sup>3</sup> Art. 112. Código Aduanero: “El Servicio Aduanero ejercerá el control sobre las personas y la mercadería, incluida la que constituyere medio de transporte, en cuanto tuvieran relación con el tráfico internacional de mercadería”

<sup>4</sup> Con referencia al “derecho penal económico” el autor señala que “en las reuniones de juristas y doctrinarios tendientes a estudio y esclarecimiento de ese ordenamiento especial, se ha sostenido el criterio de su autonomía, pero siempre dentro del marco del Derecho Penal Común”

Penal Económico, la finalidad de la figura del contrabando no es primordialmente la preservación de la renta fiscal [...] sino la preservación de los objetivos de política económica fijados por el Estado en su carácter de órgano rector de la economía nacional.”.

No obstante, ese derecho penal especial que va naciendo no adquiere autonomía, sino que necesita alimentarse de los principios generales del derecho penal común, que se aplica supletoriamente (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 36). El Código Aduanero, si bien comprende toda la materia aduanera, es una ley especial, por ello, en materia penal aduanera debe ser enmarcada dentro del Código Penal (art. 861 del Código Aduanero y art. 4 del Código Penal).

Los bienes jurídicos en función de los que se castiga el contrabando son distintos de los tutelados por el régimen penal cambiario (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico – CAPE – Sala A, “Alonso Ibañez, Margarita s/ tentativa de contrabando de divisas” 12/10/05). La distinción entre los bienes jurídicos protegidos del Régimen Penal Cambiario y el Régimen Penal Aduanero, viene dada por el carácter primordial de la función de control del Servicio Aduanero sobre las importaciones y exportaciones atendiendo a los regímenes de prohibiciones y arancelarios correspondientes. No se encuentran incluidas dentro de aquellas funciones primordiales de control, las que les son confiadas al Servicio Aduanero por delegación de otros organismos por una cuestión de practicidad y eficacia (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 163).

La jurisprudencia ha tratado la cuestión sobre las funciones aduaneras cumplidas por otros organismos distintos de la Aduana, y ha entendido que en una causa en la que se investigaba la simulación de operaciones de exportación y el cobro indebido de reembolsos ante el banco interviniente [...], era un hecho configurativo del delito de contrabando. Aclarando posteriormente que, “el Servicio Aduanero es la organización encargada de la aplicación de la legislación aduanera, dentro de la cual la Administración Nacional de Aduanas es el organismo principal pero no el único” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico – CAPE – “Importadora y Exportadora Globus s/ contrabando”, Sala I, 10/10/84).

## **2.2 Ley Penal en Blanco**

En materia penal aduanera las conductas que se reprimen se estructuran en normas penales en blanco, esto es, requieren ser integradas al momento de su aplicación a través de otras leyes, decretos, incluso resoluciones. El Decreto DNU 1570/2001, del 1-12-2001, no legisla sobre materia penal, sino que solo

establece en su artículo 7.º una prohibición de exportar moneda extranjera en las condiciones que indica y tiene su fundamento en razones de política cambiaria. Los ilícitos aduaneros tutelan el adecuado ejercicio del control que tiene a su cargo la Aduana sobre las importaciones y las exportaciones, no solo a los fines tributarios, sino también para el cumplimiento de las restricciones. El citado acto de gobierno se limita a ordenar una medida económica que, por afectar una función que las leyes le acuerdan a la Aduana, comprende el bien jurídico protegido (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 71).

La utilización de tipos penales en blanco ha generado interrogantes en torno a si la modificaciones en las leyes no penales, a las cuales las normas penales remiten, puede constituir un supuesto de ley penal más benigna.

La norma complementaria es *per se* dinámica, es por ello que hay que analizar si cuanto ésta cambia, cambia el tipo de injusto. La CSJN (Fallos 320:763) en el fallo “Argenflora”, dijo que el cambio de la norma complementaria no necesariamente supone el cambio del tipo de injusto, hay que evaluar si el cambio se debe a un cambio de valoración político criminal o no. En “Ayerza” (CSJN, Fallos 321:824), aunque se mantuvo esa doctrina, la minoría, entre ellos Petracchi, dijo que por principio si hay cambio de la norma complementaria, hay que presumir que cambió el tipo de injusto. La jurisprudencia ha reconocido la validez constitucional del Régimen Penal Cambiario como norma penal el blanco que requiere de la norma de complemento para definir la conducta (CSJN, Fallos: 312:1920; 321:821; y 329:1053).

La CSJN en “Cristalux”, vinculando al régimen penal cambiario, pero aplicable a este caso, determinó la posibilidad de considerar a la modificación a la ley no penal como un supuesto de ley penal más benigna, en la medida de que suponga una modificación –en beneficio del imputado– al marco de protección de la ley represiva a la que da contenido (CSJN, Fallos 329: 1053). Con remisión a “Ayerza”, se dijo que el cambio de la norma complementaria supone por principio el cambio del tipo de injusto, por lo tanto rige la prohibición de retroactividad o la aplicación de la ley penal mas benigna. Debe estarse atento a que es un holding que hay que leer con el *obiter dictum*: no se aplicará este holding en caso de que la norma complementaria sea una ley temporal.

En igual sentido, “[...] la supresión de requisitos para permitir la importación no implica desincriminar hechos que podrían constituir el delito de contrabando previsto en los artículos 863 y sgtes. del Código Aduanero” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico – CAPE – Sala “A”, Reg. 268/2013, 21/5/2013; Reg. 444.14 del 19/8/2014), en definitiva y para aclarar la cuestión, la CSJN ha dejado bien en claro que “[...] si bien se ha reconocido que la ley penal más benigna también opera frente a las disposiciones

aduaneras, para que ello ocurra se debe haber producido una modificación en la concepción represiva que sustenta la ley anterior [...]” (CSJN, V. 185. XXXIII, “Vigil, Constancio y otros s/ contrabando”, 9/11/2000).

### **3 DELITO DE CONTRABANDO**

El artículo 863 del Código Aduanero reprime con pena de prisión al que “por cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al Servicio Aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones”.

El delito de contrabando simple se encontraba previsto en el artículo 187 de la ley de Aduana. La Ley 21.898 (B.O. 7/11/78) introdujo un cambio metodológico consistente en dividir el artículo 187 en dos apartados. El primero, al cual le otorgó el carácter de figura genérica de contrabando, exigía que mediase ardid o engaño en la conducta punible, mientras que el segundo, que denominó “supuestos especiales del delito” y que subdividió en incisos, solo requería que se actuase “a sabiendas”, aun sin mediar ardid o engaño (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 151).

El contrabando no ha de ser considerado mero delito económico, pues con la tipificación de este ilícito también se tutela el control sobre objetos cuya introducción afecta la moral y salud pública, la defensa nacional, etc. (BASALDÚA, 2007, p. 43). Los delitos económicos se caracterizan por afectar de modo decisivo los recursos del Estado y el correcto funcionamiento del mercado y la economía del mercado; entre otros bienes jurídicos (BORINSKY, 2014). A diferencia de los delitos económicos, los delitos aduaneros son, el principio, delitos comunes, y pueden ser cometidos por cualquier persona. El delito de contrabando identifica al sujeto activo con la expresión “el que”, referencia legislativa para señalar la falta de exigencia típica de una calidad especial en el autor.

El art. 863 del Código Aduanero no contiene el listado enumerativo de las conductas delictuosas que pueden afectar el control aduanero; se reduce a tipificar las que por acción u omisión dificultan o impiden mediante ardid o engaño, el ejercicio adecuado del control sobre importaciones y exportaciones, mediante las funciones legales del Servicio Aduanero (BIDART CAMPOS, 1990, p. 404). La autoridad aduanera interviniente ejerce el control a su cargo, pero en forma viciada por haber sido inducida a error por el ardid o engaño desplegado por el autor de este delito (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 153).

En lo que corresponde a la acción típica, el agente será importador o exportador por el hecho de traspasar de un territorio aduanero a otro con mercadería, independientemente de que se encuentre legalmente registrado (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 178-179). No existe en realidad una acción determinada que permita definir por sí misma la esencia del delito de contrabando, desde que esa denominación constituye una genérica referencia a un determinado grupo de casos en los que se burla, de manera muy peculiar, el control que el Servicio Aduanero debe ejercer sobre las importaciones y las exportaciones (MEDRANO, 1991, p. 249).

Las características de la práctica aduanera llevan a no requerir maniobras complejas para considerar que se ha inducido a error a la autoridad aduanera interveniente. Así, la celeridad con que este debe actuar frente a la fluidez del tráfico mercantil, en contraposición con los elementos materiales de que dispone, hace que se disminuyan sus posibilidades para advertir el engaño y exige un criterio menos riguroso para determinar su entidad. Tal flexibilidad, susceptible de captar como engaño una falsa declaración dolosa con cierto respaldo objetivo, no constituye una interpretación en perjuicio de los autores del delito, pues debe tenerse en cuenta que en materia aduanera rige la obligación de declarar la verdad para todos los que realizan operaciones o destinaciones aduaneras (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 155). Lo relevante para determinar si el contrabando se ha configurado, no es el carácter condicionante del requisito o recaudo burlado, sino que es su naturaleza inequívocamente aduanera (VIDAL ALBARRACÍN, 2004, p. 135).

El delito de contrabando es un delito de lesión y de resultado. El resultado es el impedimento o dificultad generados sobre el control del Servicio Aduanero mediante determinadas modalidades comisivas (ardid o engaño) y dirigidas contra aquel y que se identifica con una afectación concreta al bien jurídico. El delito puede cometerse por acción o por omisión, en la mayoría de los casos suele presentarse una combinación de actos y omisiones en el marco de un mismo hecho (CNPE, "Marina, Armando", Sala B, 28/2/2013). En lo que a la faz subjetiva se refiere, el contrabando es un delito doloso (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 183).

La definición legal de contrabando debe complementarse con una sólida jurisprudencia<sup>5</sup> que establezca que la función de la Aduana a los fines del contrabando es controlar el tráfico internacional de mercaderías, que es su bien jurídico; y tal unción la cumple con fines arancelarios y de cumplimiento

<sup>5</sup> La "[...] incriminación del contrabando como delito tiene un fundamento económico y, persigue, esencialmente, la protección de las normas establecidas por razones de orden público. Dentro de esta concepción, las funciones aduaneras comprenden las facultades necesarias para controlar la concurrencia de los supuestos que regulan los gravámenes aduaneros o fundan la existencia de restricciones o prohibiciones a la importación y exportación [...]" (CSJN. "Legumbres S.A.", L 119, XXII, 19/10/89).

de las prohibiciones. Toda otra función de contralor que también se le pueda encomendar a la Aduana que no guardase relación directa con tales objetivos es irrelevante para su configuración (VIDAL ALBARRACÍN, 2004, p. 136). De allí que el Código Aduanero regule la modalidad simple del delito de contrabando a través de una fórmula amplia, como es la del art. 863, y de otra más casuística, que es la del art. 864, que enumera una serie de hipótesis que –aún cuando algunas de ellas describen actos engañosos– no exigen la configuración concreta de un ardid o engaño (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 162).

### **3.1 Mercadería como Elemento Normativo del Delito de Contrabando**

El art. 9.º del Código Aduanero (Ley 22.415) establece en su primer inciso que importación es “la introducción de cualquier mercadería a un territorio aduanero”. Según explica Vidal Albarracín, esa introducción puede darse de dos maneras: a) por un acto lícito por el cual la mercadería es librada a plaza o al exterior luego de haberse cumplido los trámites legales exigibles, o b) por un acto ilícito, esto es, en forma irregular, sin observarse la operativa normativamente requerida. Es esta última vía la que constituye la materia penal aduanera (VIDAL ALBARRACÍN, 2004, p. 46), así como la hipótesis que el control aduanero busca prevenir.

Si no resulta posible subsumir la mercadería en una posición arancelaria determinada, ello impide considerar al objeto como mercadería y, en consecuencia, no habrá contrabando (CNCP, “Salazar, Florentino s/recurso de casación” 18/10/1994). El Código Aduanero establece que es mercadería todo objeto que fuere susceptible de ser importado o exportado. El concepto de mercadería, a los fines del delito de contrabando, debe contener dos requisitos: el primero es que se trate de objetos materiales o inmateriales; en segundo lugar, que estén incluidos en el nomenclador arancelario. Ambos requisitos deben darse simultáneamente al momento del inicio de la conducta delictiva (MUCHNIK, 2002). El Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías<sup>6</sup>. Se trata de un sistema internacional de enumeración ordenada y descriptiva, adoptado por la mayoría de los países del mundo, que le asigna a todas las mercaderías un código numérico (posición arancelaria) y las agrupa según su valor agregado, de lo más sencillo hasta lo más complejo.

<sup>6</sup> La República Argentina aprobó el convenio internacional de sistema armonizado de designación y codificación de mercancías mediante la ley 24.206 (B.O. del 6/8/93) modificatoria de los arts. 11, 12 y 13 de la ley 22.415.

### **3.2 Bien Jurídico Protegido**

Encontrándose esta materia penal aduanera legislada fuera del Código Penal, no podemos acudir al bien jurídico contemplado en el capítulo o título respectivo, sino que debemos partir de los elementos que nuclean el tipo penal del delito y su evolución legislativa (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 81)

El verbo típico consiste en *impedir* o *dificultar* el ejercicio del Servicio Aduanero, en lo que hace al control de las importaciones y exportaciones, esto es, no hace falta eliminar o impedir el control, basta con dificultarlo. Pero no es cualquier actividad del Servicio Aduanero la que se debe obturar, sino aquella que hace al control de las importaciones y exportaciones, lo cual de contenido al bien jurídico (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 179). Ese bien jurídico va más allá del aspecto fiscal, o sea, no consiste únicamente en resguardar las rentas de la Aduana por lo que no se torna indispensable el perjuicio fiscal en la consumación del delito, sino que el citado bien jurídico está constituido por el adecuado ejercicio de la función de control sobre el tráfico internacional de mercaderías, asignada a las aduanas exteriores (BIDART CAMPOS, 1990, p. 405).

El legislador ha concebido al delito de contrabando como todo acto u omisión tendiente a sustraer mercaderías o efectos a la intervención aduanera, frustrando con tales conductas el adecuado ejercicio de las funciones legales del Servicio Aduanero. Allí reside el bien jurídico protegido, entendido como la necesidad de la administración pública de controlar y encauzar la actividad comercial de los particulares como bien común y velar por la correcta ejecución de las normas que estructuran el ordenamiento económico nacional (CSJN, “Legumbres S.A. y otros”, 19/10/1989. La Ley 1991-A-78, Disidencia del doctor Caballero). Así, “el núcleo de la tutela jurídica del contrabando es la protección de esa legislación específica de la Aduana, en otros términos, el régimen de control aduanero.” (D’ALBORA, 1970, p. 195). Para que el control aduanero pueda posicionarse como bien jurídico debe ser complementado con una finalidad específica, que da sentido al mero ejercicio funcional. El control se ejerce no solo para la correcta recaudación de tributos, como indican los recurrentes, sino también para el cumplimiento de las prohibiciones (CNPE, Sala A, Reg. 559, F 684, 24/10/11).

Ese es el bien jurídico específicamente protegido por el delito, los otros son derivaciones del control aduanero que debe ejercerse, la salud pública entonces podrá integrar el control aduanero, no porque en sí misma sea resorte de la Aduana sino porque es el fundamento de una prohibición a la importación o a la exportación, que sí es lo específicamente aduanero (VIDAL ALBARRACÍN,

2019, p. 129).

El legislador ha concebido el delito de contrabando como algo que excede el mero supuesto de la defraudación fiscal (*Fallos*: 296:473 y 302:1078), puesto que lo determinante para la punición es que se tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas, concepto que ha sido precisado en la redacción del art. 863 del Código Aduanero, circunscribiendo dichas facultades de control, respecto del contrabando, solamente a los hechos que impiden u obstaculizan el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al Servicio Aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones (*CSJN, Fallos*: 312:1920).

En ese sentido, fallo de CFCP, “Surfabril SRL”, Sala III, 31/08/95.

En contrario, Bidart Campos considera que, excedido en el bien jurídico el supuesto de defraudación fiscal el delito de contrabando y el bien jurídico tutelado poseen un fundamento económico; las aduanas han sido investigas de funciones de inspección, intervención y control para cuidar la correcta recaudación de los gravámenes de importación y exportación y para velar por la también correcta ejecución de las normativas que estructuran el ordenamiento económico del Estado (BIDART CAMPOS, 1990, p. 405).

### **3.3 Contrabando por Simulación de una Operación o Destinación Aduanera para Obtener un Beneficio Económico**

El artículo 864 inc. “e” del Código Aduanero, reprime a quien “simulare ante el Servicio Aduanero, total o parcialmente, una operación o una destinación aduanera de importación o de exportación, con la finalidad de obtener un beneficio económico”.

El verbo típico del supuesto es simular; la acción debe dirigirse al Servicio Aduanero, es decir a la autoridad que lo ejerce, que no siempre es la Aduana (CFCP, “Romero”, Sala IV, 6/9/2012). “Simular” es representar algo, fingiendo o imitando lo que no es. Es un tipo penal de peligro y de mera actividad, pues la simulación se manifiesta en la declaración falaz y no en el éxito de la simulación frente al sujeto pasivo del delito. Cualquier modificación en la declaración que no se identifique con la realidad podrá, al menos desde el aspecto objetivo del tipo, tenerlo por configurado (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 193).

Es esencial para el contrabando que la simulación se cumpla ante el Servicio Aduanero (CNPE, Sala III, Causa 24.520). Dicha previsión legal exige dos

elementos objetivos concretos: a) la simulación de una operación o destinación aduanera de importación o exportación, y b) el Servicio Aduanero como destinatario de dicha simulación [TOPE n.º 1, “Soo Hong Chae s/contrabando”, Causa 181, Reg. 15/04 (16/3/2004)]. Sin perjuicio de que pueda resultar la comisión de otro delito si la presentación se efectúa frente a otro organismo (D'ALESSIO; DIVITO, 2009, p. 784).

Es un tipo penal de peligro y de mera actividad, pues la simulación se manifiesta en la declaración falaz y no en el éxito de la simulación frente al sujeto pasivo del delito. Simular será cualquier modificación en la declaración que no se identifique con la realidad, y podrá, al menos desde el aspecto objetivo del tipo, tener por configurado el tipo. La acción no tiene por qué recaer sobre la mercadería, sino sobre otros aspectos de la operación, inclusive sobre el tipo de destinación (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 193).

Basta para consumar el delito que el autor simule ante el Servicio Aduanero, sin que sea relevante si se burla o no el control aduanero o si se logra o no la obtención del beneficio propuesto (MEDRANO, 1991, p. 363 y 365). En materia de contrabando, a diferencia del delito de estafa<sup>7</sup>, no se requiere que se ocasione un perjuicio patrimonial, pues en la conducta de la estafa, se trata de una especie de fraude y éste necesariamente implica perjuicio, por ello la conducta del sujeto activo debe acarrear una pretensión patrimonial perjudicial. En el tipo enunciado en el art. 863, no se exige perjuicio fiscal y, por ello, aquí tampoco se debería exigir el beneficio indebido para si o para un tercero, ni siquiera como propósito o ingrediente subjetivo alojado en la mente del autor. Medrano entiende que para que se cumpla el requisito de idoneidad del ardid basta con que el autor simule ante el Servicio Aduanero una operación o una destinación aduanera, no exigiéndose que esa maniobra cause o produzca un error en los funcionarios actuantes del control aduanero, y por tanto que se irroge una efectiva afectación a la función de contralor (MEDRANO, 1991, p. 358).

Puede configurar contrabando el acto idóneo para hacer incurrir en error a la autoridad aduanera o bien que impida o dificulte su función específica, con el solo fin de acelerar los trámites operativos o de obviarlos, pues dicha conducta afectaría el bien jurídico tutelado por la norma, independientemente de que no medie posibilidad de un perjuicio para el fisco o beneficio para el autor (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 238). La Cámara Nacional de Casación Penal ha expresado que es preciso que el ardid o engaño representado ante el Servicio Aduanero tenga la idoneidad suficiente como para impedir o dificultar de algún modo el ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan a ese servicio para el control sobre las

<sup>7</sup> Art. 172. Código Penal. “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.”.

mercaderías importadas o exportadas [CNCP, Sala 3A, Causa 2984, Reg. 715/01 (16/11/01) "Peugeot Citröen Argentina S.A. s/ rec. de casación"].

A modo de ejemplo, no sólo se configuraría este delito si se declara como importación suspensiva aquella que es para consumo, o cuando se finge una operación que en realidad no existe, sino también configurarán este delito otros hechos usualmente no subsumidos en el tipo penal por parte de la doctrina y la jurisprudencia, cómo puede ser el ingresar al país computadoras declarando zapatillas (podrán encuadrar en otros supuesto típicos como el art. 864 incs "b" o "c"). (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 19).

En lo que se refiere al delito previsto en el art. 864, inc. "e", del CA "[...] la finalidad de obtener un beneficio económico [...]", constituye un especial elemento subjetivo cuya concurrencia, en primer lugar, está sometida a prueba y, en segundo, tiene por objeto un resultado (beneficio económico) que no es necesario que se efectivice a los fines de la configuración de la figura delictiva<sup>8</sup>. Al exigirse que la simulación de la operación aduanera se efectúe con la finalidad de obtener un beneficio económico, se advierte que para ese supuesto no es suficiente la mera ventaja, sino que ella debe nutrirse de ingredientes económicos (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 238).

El tipo penal en su faz subjetiva requiere dolo, que debe estar acompañado de una finalidad específica, cual es la de obtener un beneficio económico (D'ALESSIO; DIVITO, 2009, p. 785). Este es un elemento subjetivo distinto del dolo<sup>9</sup>; un *beneficio económico*, es decir una ventaja cuantificable económicamente, como puede ser la reducción o eliminación de gravámenes aduaneros (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 194). Si bien es cierto que se trata de una figura de peligro que no requiere para su consumación que se produzca efectivamente la finalidad económica perseguida por su autor, ello no quiere decir que no se exija un mínimo de principio de ejecución, y es evidente que, para ser tal, el acto simulado debe haber superado el ámbito privado, pues si no constituiría un mero acto preparatorio, que, está situado en el tramo de no punibilidad del *iter criminis* (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 237).

En un caso similar al que se analizará posteriormente en los apartados "V" y "VI", la jurisprudencia ha dicho que, "las maniobras que han sido verificadas en el caso ponen de manifiesto la presentación a las autoridades de control aduanero de declaraciones juradas dando cuenta anticipada de importaciones de mercaderías a ser ingresadas a plaza posteriormente"; y que:

<sup>8</sup> Para un análisis de los llamados elementos subjetivos distintos o complementarios al dolo, véase Sancinetti, 1991, p. 301-352.

<sup>9</sup> En los delitos de intención, se buscan ultrafinalidades o ultraintenciones, caracterizadas generalmente con fórmulas tales como "*para, con el fin de, con el propósito de*", y que exigen que la finalidad tenga una dirección que exceda el querer la realización del tipo objetivo, debe haber un fin más allá del mismo, un "*plus*" en el aspecto subjetivo.

El carácter simulado de esas declaraciones surge de una serie de indicios señalados por el juez y el propósito de obtener un beneficio económico es obvio frente al hecho público y notorio del valor de cotización de las divisas que se conseguían mediante esa simulación”, concluyendo que: “Se trata, por ende, de comportamientos que encuadran en el delito sancionado por el artículo 864 inciso e) del Código Aduanero (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico – CAPE – Sala “A”, “Reg 502/2017”).

Pero esta cuestión no resulta novedosa, ya que se ha venido analizando si cabe hablar de contrabando cuando no hay ingreso o egreso de mercadería al o del territorio aduanero. La jurisprudencia se inclinó por la afirmativa ya desde principios de la década de los 80's, en un caso en el que se simularon operaciones de importación con el fin de obtener ventajas económicas basadas en la diferencia de cambio existente en virtud de normas impuestas por el Banco Central de la República Argentina. Se giraron al exterior sumas de dólares mediante la simulación de pago en concepto de importaciones que no se habrían realizado. La Sala III de la Cámara Nacional en lo Penal Económico en un caso en el que se simularon operaciones de importación con el fin de obtener ventajas económicas basadas en la diferencia de cambio existente en virtud de normas impuestas por el Banco Central de la República Argentina; se giraron al exterior sumas de dólares mediante la simulación de pago en concepto de importaciones que no se habían realizado (CNPE, Sala III, “Incidente de apelación de prisión preventiva de Fried”, 25/02/83). Así, ha dicho que

entrando al fondo de la cuestión traída a estudio puede adelantarse que la misma debe ser confirmada a juicio del Tribunal. Como bien lo dice el señor Juez “a quo&#8223; en el decisorio apelado, en principio surgiría de autos que se habrían simulado dos operaciones de importación con el fin de obtener ventajas económicas basadas en la diferencia de cambio existente en virtud de normas que sobre la materia ha impuesto el Banco Central de la República Argentina. Es así que, se habrían girado al exterior importantes sumas en dólares mediante la simulación de pago en concepto de importaciones que no se habrían realizado; recibida la suma del exterior, la misma habría ingresado ilegalmente al país para posteriormente proceder a la venta de los dólares en el mercado paralelo [...]. (CNPE, Sala III, “Incidente de apelación de prisión preventiva de Fried”, 25/02/83)

### **3.4 Contrabando Agravado por la Cantidad de Sujetos Intervinientes**

El artículo 865 inc. “a” del Código Aduanero contempla el delito de contrabando agravado por la cantidad de sujetos intervenientes. Se prevé el caso de que interviniéren en el hecho tres o más personas en calidad de autor, instigador o cómplice.

Se trata de una figura agravada por el número de personas que

intervinieron en el ilícito. Esta intervención no podrá ser irrelevante, sino que los sujetos deberán haber ejercido el rol, al menos, de partícipes en el hecho (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 195).

El inciso a del artículo 865 del CA incluye en el agravante situaciones que durante la vigencia de la ley anterior (ley 21.898) dieron motivo a interpretaciones según las cuales el número de intervenientes se limitaba solo a quienes ejecutaron el hecho; alcanzando también la nueva ley a quienes no lo ejecuten, como los instigadores (CNPE, "Poggio, O y otros", Sala III, 21/10/82).

Se deberá acreditar, que el hecho haya sido realizado con la intervención de tres o más personas, y que los intervenientes hayan tenido conocimiento y voluntad de que estaban colaborando, en ese número, para el logro de un objetivo común. Debe existir unidad material de delincuencia (hecho delictivo común) y unidad anímica (convergencia intencional) (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 336).

Se trata de un conjunto de personas que en ciertos delitos asume por sí una especial gravedad que la ley debe computar en contra del delinquente por la mayor magnitud del peligro que implica esa participación conjunta para los bienes jurídicos en juego, aumentando así el contenido del injusto (CFCP. "Nieva", Sala IV, 2/10/2015). La circunstancia de que existan personas imputadas que no fueron procesadas no impedirá que igual ese mismo objetivo se encontrara integrado con otras aun no individualizadas (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 343). El motivo de la agravante no es otro que la peligrosidad demostrada por quien se vale de varias personas para cometer el delito por la efectividad que ello representa (CNPE, "Poggio, O y otros", Sala III, 21/10/82).

Se debe constatar la reunión de dos elementos, uno objetivo que será que las probanzas reunidas permitan considerar que el hecho fue realizado con la intervención de tres o más personas, y otro subjetivo, que se pueda extraer que hubo conocimiento y voluntad de los sujetos intervenientes de que estaban colaborando para el logro de un objetivo común, esto es, que exista un mínimo de convergencia intencional (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 342).

Requiere que medie la concurrencia de voluntades al momento de ejecutarse el hecho, sin necesidad de que la intervención haya sido concertada o acordada previamente. De tal forma, la pluralidad de delincuentes, por si sola, agrava el contrabando (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 339)<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> En la Exposición de Motivos, al comentar el inc. a del artículo 865 del CA, se dice "en el inc. a se reproduce el texto del inc. a del apartado w del Artículo 188 de la Ley de Aduanas, pero se precisa al final que la intervención de tres o más personas puede ser tanto en calidad de autor, instigador, como de cómplice. Solo se requiere que medie concurrencia de voluntades al momento de ejecutarse el hecho, sin necesidad de que la intervención hay sido concertada o acordada previamente La pluralidad de delincuentes agrava por si solo el contrabando".

Siguiendo aquella supletoriedad referida en el punto “II. 1”, el artículo 78 del Código Penal definía como “banda”, a “la asociación de dos o más individuos para cometer delitos indeterminados”, pero esta definición se confundía con la del artículo 210 del mismo código que trata la asociación ilícita. Esta fue una de las razones por las que fue derogada. Luego la jurisprudencia se encargó de definir lo que constituía “banda”, es decir la “reunión ocasional de tres o más personas para la comisión de un hecho concreto”.

La Cámara Nacional de Casación Penal, discutió sobre el concepto de “banda” previsto en los artículos 166 inc. 2.º, 167 inc 2.º, y 184 inc. 4.º del Código Penal, que se refieren al robo, para analizarse en la “banda” se requiere que concurran todos los elementos constitutivos de la asociación ilícita, el particular el propósito colectivo, la indeterminación de los hechos delictivos y cierto elemento de permanencia, o no, bastando la mera participación de tres o más personas en la ejecución del hecho. En el plenario “Mouzo” (CNCrim y Correc. “Mouzo”, del 28/07/1944) la mayoría adhirió a la primera postura, requiriendo que concurran en el hecho todos los elementos constitutivos de la asociación ilícita. En “Coronel” (CNCrim. y Correc., Plenario “Coronel, R. A.”, del 07/06/1963), se dijo que es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte activa en la “ejecución del hecho” empleada esta expresión en los términos del art. 45 del Código Penal, sin necesidad de que tales partícipes integren a su vez una asociación ilícita de las que describe el art. 210 Cod. Penal.

El plenario “Quiroz” (CNCrim. y Correc., Plenario “Quiroz, Julio A.”, del 04/09/1989) siguió la línea de “Coronel”. Para Donna, en su voto en “Quiroz” si el intérprete no va al Código Penal a leer el artículo 210, no tiene otra opción posible para definir la banda que inventar lo que es una “banda”, y advierte la dificultad de ver cual es el número necesario para formar una banda. La agravante prevista en el Código Aduanero tiene similares características a la “banda”, en tanto solo exige la participación de tres o más personas, sin hacer referencia a algún “acuerdo de voluntades previo”, ni a la “vocación de permanencia” y mucho menos a la “indeterminación” de los delitos a cometer, propia de la asociación ilícita<sup>11</sup>.

En esa línea, en un sonado caso jurisprudencial se consideró que al haber una asociación integrada por tres estamentos (exportadores, despachantes de aduana y Servicio Aduanero interveniente) el fraude concurrió materialmente con el delito de asociación ilícita (Juzgado Federal de Bahía Blanca, “Vasconcello, Roberto y otros s/ contrabando”, causa 23/88).

<sup>11</sup> La Cam Nac Apelaciones Crim y Corr. en el Plenario “Quiroz” del 04/09/89 ha resuelto en relación al concepto de “banda” que “A los fines de la aplicación de la agravante del art. 167, inc. 2.º del Cód. Penal es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte de la ejecución del hecho –empleado este término, en el sentido del art.45–, sin necesidad de que tales partícipes integren a su vez una asociación ilícita de la que describe el art. 210 del citado texto legal.”.

### **3.5 Contrabando Agravado por la Utilización de Documentos Adulterados o Falsos**

El artículo 865 inc. "f" del Código Aduanero contempla el delito de contrabando agravado por la utilización de documentos adulterados o falsos. Se reprime el contrabando que "se cometiere mediante la presentación ante el Servicio Aduanero de documentos adulterados o falsos, necesarios para cumplimentar la operación aduanera". Los elementos subjetivos y objetivos consisten entonces en la falsedad o adulteración del documento, que se exige para su configuración, resultan fundamentales para distinguirlos de otras figuras afines, que también se contemplan en el régimen actual.

Los elementos constitutivos del inc. f) del art. 865 son: la presentación dolosa ante la Aduana de un documento, que el mismo se encuentre adulterado o sea falso; y que ese documento se idóneo para cumplimentar la operación aduanera. Lo determinante para la norma bajo análisis es la utilización del documento falso o adulterado, presentándolo ante el organismo administrativo de aplicación, con conocimiento de los vicios que adolece el mismo y la voluntad de burlar, mediante esa presentación, el control que el Servicio Aduanero debe ejercer. Así, el hecho principal se consuma con prescindencia de la presentación de la documentación adulterada o falsa, no se habrá realizado esta agravante (MEDRANO, 1991, p. 401).

No se requiere ser autor de la adulteración o falsedad, sino que es suficiente la presentación dolosa del documento ante la Aduana, o sea, con conocimiento de tal ilicitud y su idoneidad para cometer contrabando (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 364), por eso resulta irrelevante a los efectos de la configuración del tipo penal si quien utiliza la documentación ha sido, o no, autor de su falsificación o adulteración (CNCP, "Jaime", Sala I, 4/2/2009. Causa 10.1166).

El documento debe ser "necesario" para cumplimentar la operación aduanera; debiendo ser de aquellos exigidos por la legislación vigente y aplicable a la operación aduanera del caso para llevar a cabo la importación o exportación de mercadería (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 212).

El sujeto que utiliza el documento debe tener conocimiento actual de que tal instrumento se encuentra adulterado o es falso; quien presenta la documentación falsa conozca la falsedad de aquella (dolo) (CNPE. "Furst Zapiola", Sala B. reg. 703/03). El dolo requerido por la norma bajo análisis abarca el conocimiento sobre la ilicitud del documento que se presenta, como su necesidad para cumplimentar la operación aduanera (BORINSKY; TURANO; SCHURJIN ALMENAR, 2017, p. 211).

Cuando dicha conducta es intencional o dolosa, consistiendo el dolo en el conocimiento de la ilicitud que afecta al documento, y su eficacia para el fin propuesto –cometer contrabando–, resulta relevante determinar si la documentación es auténtica, aunque expedida antirreglamentariamente (contrabando simple, artículo 864, inc. c) o si es adulterada o falsa (contrabando calificado, artículo 865, inc. f) (en ese sentido, CNPE, “Furchi, Marrano y Di Palma SRL”, Sala B, reg. 317/2015).

#### **4 LÍMITES AL CONTROL ADUANERO**

En las legislaciones que regulan el comercio exterior de los distintos Estados, se contemplan tanto restricciones directas como indirectas a las importaciones y exportaciones, es decir, las aduanas al aplicar la legislación aduanera deben aplicar restricciones al comercio exterior; ese control que los Estados encomiendan a sus aduanas resulta indispensable e irrenunciable. (BASALDÚA, 2007, p. 41-42). La función de aplicar prohibiciones a la importación o exportación es tan aduanera como lo es la función de percepción de los derechos aduaneros o arancelarios. Las restricciones directas al comercio internacional solo pueden imponerse mediante ley formal, o en su defecto, debe mediar una delegación legislativa (BASALDÚA, 2007, p. 46-47).

El Acuerdo sobre Procedimientos para el trámite de licencia de importación incluido en el Acta final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay y el Acuerdo de Marrakech (aprobados por la Ley n.º 24.425 promulgada el 23 de diciembre de 1994), establece la reglamentación aplicable a las licencias previas de importación, tanto automáticas como no automáticas. La selección de riesgos, aunque tenga relación con los intereses del Estado no debe ser arbitraria.

El convenio de Kyoto Revisado (CKR) de la OMA deja en claro que para el control inteligente sea eficaz hay que uniformar los riesgos, y categorizar las medidas por oponer según la frecuencia y entidad del daño, con estricta observancia de los principios de legalidad. Más allá de que las medidas no pueden restringir el comercio<sup>12</sup>, lo que es inaceptable es su implementación, pues no se brinda ningún parámetro o criterio a los cuales ceñirse al decidir el otorgamiento o la denegación (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 111).

Las licencias previas, sean del género que sean, se consideran restricciones no arancelarias (RNA) a la importación. La OMA promovió “el marco normativo

<sup>12</sup> Artículo 11 del GATT, establece que las licencias a las importaciones “no deberán constituir una protección indirecta de los productos nacionales”, en cuyo caso existen medidas específicas para proteger a la industria nacional que desequilibrados en la balanza comercial, como las medidas de salvaguardia, legitimadas por la Corte Suprema.

para asegurar y facilitar el comercio mundial" (SAFE), que habla de incorporar técnicas de análisis de riesgo en relación con la detección de contenedores y mercaderías sensibles (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 110). En nuestro país rige el procedimiento de "canales": si es verde, la mercadería se libera sin control físico ni documental previo; si es naranja, el control es solo documental y por último, si es rojo, el control previo es tanto documental como físico.

#### **4.1 Derechos de Importación**

Desde el año 1999, el Gobierno Nacional comenzó a implementar diferentes medidas para controlar las importaciones de determinados productos, con el objeto de "*proteger*" la industria nacional y fomentar su desarrollo. A partir de la vigencia de la Resolución Ministerio de Industria n.º 45/11 –Ref. Licencias No Automáticas– Modificaciones (Resolución MI 45/11), la cuestión de las licencias no automáticas de importación (LNAI) se popularizó en razón del amplio universo de productos que abarcaba la cantidad de empresas nacionales y multinacionales a las que afectaba; y con ello comenzaron los primeros reclamos de la Unión Europea, Los Estados Unidos e, incluso, de Brasil (VECCHIO, [S. d.]).

Todos los países recurren a medidas tendientes a proteger sus actividades económicas, pero al ser Miembros de la OMC deben hacerlo ateniéndose a los compromisos asumidos, constituidos por las disciplinas de esa organización internacional, expresadas en sus diversos acuerdos (BASALDÚA, 2020, p. 219). En 2004, el Ejecutivo Nacional instaló una política de sustitución de importaciones con licencias que alcanzaron su clímax en 2009 y que se reforzaron (por falta de divisas) en 2012, con las DJAI.

#### **4.2 DJAI**

La Administración Federal de Ingresos Públicos a fines de 2012, sin ley que lo autorice, se consideró con atribuciones suficientes para ordenar a los importadores que, antes de emitir una orden de compra al un proveedor extranjero, debían solicitar "*autorización*" presentando una "*Declaración Jurada Anticipada de Importación*" (DJAI) (BARREIRA, 2007, p. 123-124).

La Resolución General dictada por la Administración Federal de Ingresos Públicos n.º 3252/12 establecía, entre otros puntos, el alcance del régimen de información, que implicaba (u obligaba) la producción de información de forma previa a la nota de pedido, orden de compra o documento similar por parte

del importador. Una vez obtenido el número de declaración jurada (número de DJAI), éste debía cargarse en el, otrora, Sistema Informático María (Reemplazado por el “Sistema Informático Malvina”. Resolución General n.º 3.560/2013) de la Dirección General de Aduanas. Ello, ante la eficacia y omnipotencia de las DJAI, llevó a que la relevancia de las LNAI (Resolución MI 45/11) se tornara absolutamente secundaria y se transformó en una carga administrativa que agobiaba a las autoridades (VECCHIO, [S. d.]).

A partir de la necesidad de contar con un comercio internacional seguro, la OMA había impulsado un sistema que derivó en el procedimiento de “ventanilla única”<sup>13</sup>, que unifica en una oficina aduanera las inquietudes que pudieran tener los diferentes organismos en el trámite de importación correspondiente. Establece la existencia de acuerdos de cooperación entre la Aduana y otros organismos gubernamentales relacionados con el comercio internacional para facilitar el flujo de información e intercambiar datos sobre riesgos (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 107-108). La información resultante en la DJAI se presentaba ante la AFIP-D.G.A., siendo éste el organismo que comunicaba a los importadores las novedades producidas (BASCONCELLO; BONIFACIO; IBÁÑEZ, 2012). La Resolución General alcanzaba a sujetos regidos por el Código Aduanero (Art. 1, RG 3252/12), la carga de la información se realizaba a través de un micrositio de AFIP-D.G.A.<sup>14</sup>, éste organismo comunicaba a los importadores las novedades producidas<sup>15</sup>. “[...] Ésta autorización previa [...] debe ser peticionada ante la AFIP-D.G.A., por intermedio de su micrositio web, como paso primerísimo a la compra de un producto extranjero [...]” (COTTER, 2012).

Con el probable objetivo de proteger el superávit de la balanza comercial de nuestro país, haciendo uso de las DJAI, la ex Secretaría de Comercio Interior comenzó no solo a limitar o dilatar las importaciones de mercancías que pudieran competir con productos nacionales, sino también las importaciones de cualquier producto que eventualmente pudieran afectar la balanza comercial (VECCHIO, [S. d.]). Si bien no existe ninguna normativa de la AFIP ni de la Secretaría de Comercio Exterior que exigiera tener autorizada la DJAI para tramitar las licencias no automáticas, el sistema informático exigía cargar el número de DJAI autorizada para poder avanzar.

Este régimen no es “*de información*” sino un pedido de “*autorización para importar*” (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 109). La DJAI resultaba ser

<sup>13</sup> Con el enfoque de ventanilla única, los ciudadanos y las empresas acceden a servicios gubernamentales a través de un solo punto de contacto con el gobierno.

<sup>14</sup> Art. 2 RG 3252/12 Los importadores, “en forma previa a la emisión de la nota de pedido, orden de compra o documento similar” deben “producir la información que se indica en el micrositio “Declaración Jurada Anticipada de Importación (DJAI)”.

<sup>15</sup> Art 3 RG 3252/12. Esa información “será puesta a disposición de los Organismos que adhieran al mecanismo instaurado por la presente, en función de su competencia en la materia considerando la naturaleza de la mercadería a importar u otras condiciones establecidas por los mismos o por esta Administración Federal.”

tanto iniciadora como inescindible de la declaración aduanera del artículo 234 del Código Aduanero<sup>16</sup>. A continuación de esta norma, el propio código reafirma que corresponde a la AFIP-D.G.A. el regular sus formalidades. Según el art. 235<sup>17</sup> del Código Aduanero: “La Administración Federal de Ingresos Públicos determinará las formalidades y los demás requisitos con que deberá comprometerse la declaración prevista en el artículo 234 [...]” y del mismo modo el Decreto 618/97 faculta al Administrador Federal a impartir normas generales obligatorias en materias en que las leyes lo autoricen a reglamentar la situación de los responsables y terceros (art. 7.º, primera parte, Dec. 618/97).

Arribada la importación de la mercadería a territorio aduanero argentino, el importador debía cumplir definitivamente sus obligaciones cambiarias que se hubieran originado anticipadamente con obtención de los DJAI correspondientes, y a partir de las cuales se utilizaban y luego eran llevados a las entidades bancarias que efectuarían el seguimiento de las futuras importaciones para que se autoricen los giros al exterior a cuentas bancarias extranjeras y así no fueran objetadas en ese circuito.

Las mentadas DJAI, eran la documentación que el pretenso importador real debía presentar oficialmente para que las autoridades de control examinaran diferentes factores de riesgo. En referencia a ello, el mismo Estado Argentino autorizaba a tramitar DJAI, para luego obtener divisas según las reglamentaciones vigentes para cumplir con tales importaciones a futuro.

<sup>16</sup> Art. 234: “1.- La solicitud de destinación de importación para consumo debe formalizarse ante el Servicio Aduanero mediante una declaración efectuada: a) Por escrito, en soporte papel, con constancia de la firma del declarante y el carácter en que éste lo hace; o b) Por escrito, a través del sistema informático establecido por la Administración Federal de Ingresos Públicos, en cuyo caso éste, sin perjuicio del trámite del despacho, exigirá la ratificación de la declaración bajo la firma del declarante o de la persona a quien éste representare, salvo que el sistema permitiera la prueba de la autora de la declaración por otros medios fehacientes; o c) Verbalmente o mediante la simple presentación de los efectos cuando se trate de regímenes especiales que tuvieran contemplada esta manera de declaración. 2.- La declaración a que se refiere el apartado 1 incisos a) y b) debe indicar toda circunstancia o elemento necesario para permitir al Servicio Aduanero el control de la correcta clasificación arancelaria y valoración de la mercadería que se trate. 3.- Cuando la declaración se realizare utilizando un procedimiento informático, el Servicio Aduanero podrá codificar los elementos de la declaración. No obstante, si a juicio del declarante el sistema de codificación no llegara a contemplar ciertos datos relativos a la descripción de la mercadería o a las circunstancias concernientes a la operación, que fueren necesarios para la correcta clasificación arancelaria y valoración de la mercadería o que tuvieran relevancia para la correcta aplicación del régimen tributario o de prohibiciones o restricciones, el declarante podrá optar por registrar la destinación solicitando la intervención del Servicio Aduanero y brindando los elementos que considerare necesarios para efectuar una correcta declaración. 4.- En el supuesto en que el declarante hubiera hecho uso de la solicitud contemplada en el apartado 3, el Servicio Aduanero dentro del plazo de CINCO (5) días, se expedirá con los elementos aportados por el declarante y los que tuviera a su disposición. Contra dicho acto procederá la impugnación prevista en el artículo 1053 de este Código.”.

<sup>17</sup> Art. 235: “La Administración Federal de Ingresos Públicos determinará las formalidades y los demás requisitos con que deberá comprometerse la declaración prevista en el artículo 234, como así también la documentación complementaria que deberá presentarse con aquélla.”.

La existencia de “aprobaciones”, “regularizaciones” y “validaciones” que condicionaban la aprobación, siendo ésta necesaria para poder presentar el despacho de importación, deja en claro que no se trataba de una mera información anticipada, sino de un pedido de aprobación previa al posterior (y nuevo) pedido aduanero de importación. Esto indica que nos hallábamos ante una nueva versión nacional de lo que los acuerdos de la OMC caracterizan como “licencias previas de importación” (BARREIRA, 2007, p. 127). Esas expectativas de importación de mercadería, tenían un plazo de un año para ser cumplidas, a lo largo que a la poste, eran controladas por el Banco Central al vencimiento de aquellas.

Los estados de trámite de las DJAI eran, “oficializada”<sup>18</sup>, “observada”<sup>19</sup>, “salida”<sup>20</sup>, “cancelada”<sup>21</sup>, “anulada”<sup>22</sup>. Su carácter obligatorio queda reflejado en el hecho de que su inobservancia impedía, nada menos que presentar al Servicio Aduanero la solicitud de importación que es exigida por la ley de fondo (BARREIRA, 2007, p. 124). La falta de una implementación adecuada de las DJAI significó una importante traba a las importaciones que buscaron subsanarse a través de medidas informales como la exigencia a los importadores de que se compensen sus compras externas con exportaciones de productos propios o de terceros, de modo de registrar saldos comerciales equilibrados en sus operaciones con el resto del mundo. Este sistema de DJAI, se convirtió en una grave traba al comercio internacional (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 112).

La Resolución General n.º 3823 de la AFIP del 21 de diciembre de 2015 creó el Sistema Integral de Monitoreo de Importaciones (SIMI) que sustituyó a las DJAI. La Resolución n.º 5/2015 del Ministerio de Producción del 22 de diciembre de 2015 legisla sobre la tramitación de licencias de importación automáticas y/o no automáticas; manteniendo un régimen de comercio administrado.

<sup>18</sup> Se produce inmediatamente luego de registrada en el SIM la DJAI y entendemos que no debería permanecer en él por un tiempo que superara el máximo de los plazos dictados por los organismos intervenientes; esto es 15 días hábiles. Si durante ese plazo no se hubieran producido novedades en la DJAI, la misma debería pasar al estado de “Salida”, en cuyo caso se permitirá solicitar la destinación de importación para consumo correspondiente ante el Servicio Aduanero.

<sup>19</sup> Se produce cuando el organismo que tomara intervención sobre la DJAI, formulará “observaciones” sobre la petición; en cuyo caso, el interesado debe presentarse ante el organismo pertinente a fin de cumplir con la eventual “regularización” cumpliendo con las exigencias que dicho organismo dispusiere.

<sup>20</sup> Se produce cuando la DJAI fue autorizada y, en su caso, se hubieran efectuado satisfactoriamente todas las intervenciones de los organismos pertinentes y se formalizará a partir de la hora “cero” del día siguiente a aquél en que hubieran finalizado favorablemente las intervenciones.

<sup>21</sup> Se produce cuando la DJAI hubiera sido afectada en forma total a una o varias destinaciones autorizadas.

<sup>22</sup> Se produce cuando la DJAI fuera voluntariamente desistida por el importador o su despachante.

#### **4.3 Políticas Cuestionables de Comercio Exterior**

La AFIP, excediendo sus facultades, adoptó una serie de medidas para intentar controlar la fuga de divisas de la que ha adolecido el país desde la segunda mitad del siglo pasado, en función de la política económica errada, y la inseguridad jurídica que afecta a los emprendimientos económicos con una política económica intervencionista. Así se adoptó una serie de medidas, tales como: su intervención en todas las operaciones cambiaria, limitación de los particulares en la compra de divisas, prohibición a los bancos de la compra de bonos en dólares para pagarlos en el exterior, recargo para las compras con tarjeta o internet en el exterior, entre otras.

Perjudicados en sus exportaciones, al Unión Europea, EEUU, Japón y otros países cuestionaron las medidas ante la OMC, que condenó a la Argentina el 22/08/2014 a cumplir con los compromisos asumidos en la OMC, basándose en que el desconocimiento de esos compromisos dinamitaron el flujo del comercio, amenazando con el bloqueo de las importaciones, si no se cumplían ciertas condiciones. Se constató que no había norma que estableciera el sistema cuestionado pero que éste era conocido y se manifestaba por sus efectos (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 112).

Entre licencias y DJAI, el gobierno estableció el sistema *no escrito*, sistemático y generalizado para eliminar el déficit comercial y sustituir importaciones. Se acreditaron las restricciones en diferentes sectores negando las licencias o DJAI a quien no cumplía con estas condiciones: exportar por el equivalente a lo importado; reducir el volumen o precio de importaciones; no girar utilidades o repatriar inversiones; realizar o incrementar inversiones, y/u otorgar mayor participación nacional a la producción (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 112).

Ahora bien, la selección de riesgos no debe ser arbitraria, aunque tenga relación con los intereses del Estado. El Convenio de Kyoto Revisado (CKR) de la OMA deja en claro que para que el control inteligente sea eficaz hay que uniformar los riesgos, y categorizar las medidas por oponer según la frecuencia y entidad del daño con estricta observancia de los principios de legalidad. La decisión de la OMC explicita un patrón de conducta del gobierno, estructurado como una política con claros objetivos, llevada a cabo con discrecionalidad de modo sistemático, reiterado y durable, haciendo previsible su reiteración en el futuro. La OMC aclaró la mera posibilidad de que la conducta de un Estado miembro restrinja el comercio es suficiente para considerarla indebida (VIDAL ALBARRACÍN, 2019, p. 112).

También se apartó de las normas del orden jurídico nacional. Así,

en su proceder desconoció sistemáticamente lo establecido en nuestra Constitución Nacional<sup>23</sup>; en el Código Civil<sup>24</sup>; en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos<sup>25</sup>; y en el Código Aduanero<sup>26</sup>. (BASALDÚA, 2020, p. 219) Estos cuestionamiento, distan de ser actuales, ya que en 2013, autores ya expresaban que “pocos pueden dudar que su velado objetivo no sea otro que poner coto al saldo cada vez más favorable arrojado por la balanza comercial, espoleada quizás por una ficticia sobrevaluación de la moneda de curso legal” (MARÍN, 2013).

La decisión de la OMC enseña que tras el dictado de una paralizante reglamentación se genera la necesidad de una solución y el consecuente condicionamiento que acaba con la libertad y da pie a la corrupción (BARREIRA, 2015). Los agravios consistieron en que el Gobierno argentino, al imponer estas medidas, actuaba en forma incompatible con lo dispuesto en el GATT en los arts. III, ap. 4, X, ap. 1, y XI, así como con el Acuerdo sobre licencias de importación (BASALDÚA, 2020, p. 220).

Las llamadas “Licencias No Automáticas de Importación” (Derogadas por la Res. MEFP 11/2013), fueron un obstáculo para obtener la importación. Ello implica desandar el difícil camino que en más de veinte años había venido realizando exitosamente la Aduana argentina, buscando “el mayor control con la menor demora”, imperativo de un comercio internacional moderno cuya competitividad requiere la disminución de los costos operativos (BARREIRA, 2007, p. 124).

## 5 CASO “INVERSUR WORLD S.A.”

El caso hipotético planteado corresponde a la creación de una asociación ilícita que, en forma coordinada entre las personas físicas y mediante la creación de personas jurídicas –Sociedades Anónimas (S.A.) y Sociedades de Responsabilidad Limitada (S.R.L.)–, desde el año 2012 y hasta el 2016 giró divisas al exterior

<sup>23</sup> Art. 1º, ya que la forma republicana de gobierno impone la publicidad de sus actos; Art. 19, que garantiza que ningún habitante sea obligado a hacer lo que no manda la ley; Art. 14, que consagra el derecho a comerciar; Art. 28 que determina que los derechos reconocidos no pueden ser alterados por las normas que reglamenten su ejercicio, y 44, que reserva al Congreso el ejercicio del Poder Legislativo

<sup>24</sup> Art. 2, que establece que las leyes son obligatorias sólo después de su publicación.

<sup>25</sup> Art. 8, el acto administrativo debe ser escrito y contener la firma de la autoridad que lo emite; Art. 9, que veda a la administración comportamientos que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho; y Art. 11, necesidad de notificación y publicación de los actos administrativos.

<sup>26</sup> Art. 616, que exige la publicación de las prohibiciones a la importación)

mediante transferencias bancarias –SWIFT– a distintos países como Seychelles y Bahamas, montos que fueron liberados con la utilización de “Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAIs)”, las que se tramitaron a través de los canales ordinarios y formales en forma electrónica ante los organismos estatales correspondientes –A.F.I.P. y Secretaría de Industria y Comercio–, en beneficio propio y/o para terceros, simulando operaciones de comercio exterior, importación de mercadería que finalmente no ingresó a la República Argentina. La empresa principal de esta maniobra se denominaba “*Inversur World S.A.*”, de ahí el nombre que se le da a la operación.

Esta organización delictiva implicó una comunidad de voluntades, cuyos fines –entre otros– fueron cumplir una trazabilidad con miras a quebrantar progresivamente las normas tuitivas, a la sazón de fortalecer organizativamente esa estructura ilícita. Por trazabilidad, se entiende la identificación del inicio y fin de las maniobras, que, en su mayoría, resultaron ser conductas consumadas por parte de los integrantes que pertenecían a la asociación ilícita en hechos concretos de contrabando, y delitos posteriores como el de lavado de dinero. El contenido de esas maniobras se generaba para conseguir una ingeniería que, por su diseño jurídico, contable, aduanero, cambiario y tributario, se realizaba con el único fin de dar apariencia sólida a sus verdaderos fines ilícitos.

Esta organización, cuyos comportamientos y conductas tenían como único fin la pluriafectación a los diferentes controles de los organismos competentes, ya tenía de manera previa a las presentaciones de DJAI's un funcionamiento aceptado de la “maquinaria” de las personas jurídicas utilizadas, mediante las cuales las personas físicas ilícitamente se valieron al agruparse con los fines referidos. Las operaciones de comercio exterior de las sociedades intervenientes, a partir de las cuales se tramitaron y se obtuvieron aprobaciones de las DJAI's respectivas, fueron utilizadas con el propósito final de posibilitar el giro de divisas al exterior, por intermedio de las personas jurídicas y de las DJAI's presentadas en nombre de aquéllas. La estrategia dirigida a burlar el control aduanero apuntaba a concretar giros de divisas al exterior y para ello se diseñó el plan, con el conocimiento suficiente de cuál debía ser la actividad desplegada por cada uno de los miembros de la banda, y se seleccionaron las herramientas orientadas a ejecutar dicha burla y obtener las autorizaciones que habilitaran aquellas transferencias. En definitiva, el objetivo final de burlar los controles aduaneros y conseguir la aprobación de las DJAI presentadas, permitía la obtención del sistema COC<sup>27</sup> y la liberación de las divisas, para su posterior transferencia a cuentas bancarias en el exterior.

<sup>27</sup> Consulta de Operaciones Cambiarias: La AFIP, mediante la Resolución General n.º 3210, implementó el Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias, a fin de controlar “en línea” la situación fiscal y económico-financiera de quien realiza compras de moneda extranjera.

Cada DJAI era en sí misma una presentación ante el Servicio Aduanero. Y en este caso, transcurrido el plazo de 365 días corridos a partir de la fecha de cada una de las DJAI, no se ingresó la mercadería por las que fueron autorizadas, pero tampoco se reingresaron las divisas transferidas al exterior por las operaciones señaladas y por tanto pasaron a tener calidad de "incumplidas" parcial o totalmente. Entonces las expectativas de importación de mercadería tenían un plazo de un año para ser cumplidas, al vencimiento de éstas eran controladas por el Banco Central, y además, aquellas empresas no concretaron ante la Aduana las declaraciones de importaciones definitivas dado que el plan ilícito estaba diseñado para que las divisas lleguen al exterior, sin que fuera constatado en este país las importaciones lícitas de las mercadería consignadas en las DJAI.

En virtud de la RG AFIP n.º 3255, que estableció el régimen de DJAI como "ventanilla única electrónica", la D.G.A. era el organismo que comunicaba a los importadores las novedades producidas, es decir la Aduana no era solo uno de los Organismos intervenientes en el régimen; sino que era el Organismo rector. La DJAI se iniciaba en el kit del Sistema Informático María, sistema en que se gerenciaba exclusivamente desde la Aduana. Era una presentación, ergo, ante el Servicio Aduanero de una importancia tal que su observación impedía la importación. Por consiguiente, y dado no sólo su valor administrativo sino también la calidad de sus datos, se trataba de una declaración jurada que, además, debía coincidir con la declaración posterior. "Ante una presentación inexacta de la DJAI se podría suponer que le cabrían similares consecuencias que las que se presentan ante la presentación de declaraciones juradas inexactas" (MOREIRA; SAPORITI Y SEGAL, 2012).

La DJAI resultaba ser tanto iniciadora como inescindible de la declaración aduanera del artículo 234 del Código Aduanero. A continuación de esta norma, el propio código reafirma que corresponde a la AFIP-D.G.A. el regular sus formalidades. La presentación de éstas declaraciones juradas ante el Servicio Aduanero, exteriorizaron la voluntad de realizar operaciones de importación que no eran tales, sino que únicamente tenían como objetivo conseguir la aprobación del sistema para liberar divisas –que lejos estaban de destinarse al pago de exportadores en el exterior–, al valor oficial de la divisa –cuando la brecha en el mercado real generaba una diferencia sustancial en dicho valor, sumado a las restricciones para el acceso a la misma–, cumplen los requerimientos objetivos de la modalidad de contrabando bajo análisis. Además, cabe poner de resalto que todas las operaciones fueron informadas por el BCRA como "*incumplidas*" y que la simulación ante el Servicio Aduanero se comprueba con la circunstancia de que tales operaciones no se llevaron a cabo en término, ni fuera de éste.

La simulación de importaciones que no se materializaron siquiera, constituye claramente la afectación del bien jurídico protegido por la norma,

debe entenderse total ya que no se simuló alguna característica de la mercadería (v.gr. precio, origen, calidad) sino que se falseó todo el circuito de importación desde la carga de datos, que luego se demostró eran apócrifos hasta el hecho en sí mismo de importar, a fin de obtener la DJAI que permitiera girar divisas. Esto determina que los hechos objeto de esta investigación constituyan la simulación tipificada en el art. 864 inc. e) del Código Aduanero; el trámite aduanero fue el medio comisivo, la simulación de una importación fue la condición necesaria e ineludible para cometer el ilícito investigado.

Como se evidencia, el beneficio económico exigido por el tipo fue alcanzado mediante de esa simulación que hizo posible transferir la divisa estadounidense al extranjero a precio oficial, aprovechando la brecha de valores que existía entre el mercado formal y el mercado informal de cambios.

## 6 ANÁLISIS DEL CASO Y CONCLUSIONES

1.- Luego de repasar el marco jurídico y las constancias del caso referido, no quedan dudas de que la trama de conductas desarrolladas por los sujetos intervenientes afectó al debido control aduanero argentino y, además, vulneraron el ejercicio del efectivo y correcto control de los activos que fueron girados a cuentas del exterior en perjuicio del Estado y en beneficio de quienes participaron en las maniobras.

La incorrecta aplicación de medidas para dificultar el comercio internacional mediante las DJAI, o los fines políticos o económicos de rumbo erróneo tomados por el Ejecutivo durante el periodo 2011-2015, no son óbice para quitar entidad o legitimidad en el ámbito interno a la operatividad que las DJAI's tuvieron sobre los importadores, ante la imposibilidad de poder hacerse de divisas, o siquiera de intentar iniciar una destinación aduanera por la vía impuesta por el regulador. Es decir, las DJAI, durante el periodo de su vigencia fueron el requisito central y necesario para que un importador pudiera hacerse de las divisas necesarias para poder realizar una importación; sin declaración jurada, era imposible importar. De no haber existido esa falsa refrendación, la autorización de la destinación aduanera no se hubiera realizado, ello así porque fue el medio eficiente para llevar a error o engaño al organismo aduanero y, por consiguiente, a la consumación del ilícito.

2.- Es evidente que en las maniobras investigadas se configuró el delito de contrabando según el art. 864 inc. e) del Código Aduanero. Esto es así ya que, también cabe hablar de contrabando cuando no hay ingreso o egreso de mercadería al o del territorio aduanero si se dan las características de

simulación que perpetraron los sujetos intervenientes en las maniobras exemplificadas, tanto de manera personal, como a través de personas de existencia ideal.

3.- La simulación de destinaciones que no se materializaron, constituye el lábaro de la violación al control aduanero. No se simuló alguna característica de la mercadería (precio, origen, calidad), sino el hecho de destinar; se falseó, de hecho, todo el circuito de importación, esto es desde la carga de datos que serían, a la postre, apócrifos, hasta el hecho mismo de importar. Las maniobras, fueron llevadas a cabo por las sociedades y sus responsables, quienes se beneficiaron económicamente del giro de divisas al exterior a través de la simulación de importaciones, porque éstas nunca se realizaron. La maximización de beneficios para los sujetos activos y los demás involucrados estaba condicionada al no traspaso de frontera de mercadería alguna, una situación distinta hubiera tornado la maniobra antieconómica.

Toda vez que se trata de declaraciones juradas ante el Servicio Aduanero, que exteriorizaron la voluntad de realizar operaciones de importación que no eran tales, sino que únicamente tenían como objetivo conseguir la aprobación del sistema para liberar divisas, que lejos estaban de destinarse al pago de exportadores en el exterior, al valor oficial de la divisa, cuando la brecha en el mercado real generaba una diferencia sustancial en dicho valor, sumado a las restricciones para el acceso a la misma, cumplen los requerimientos objetivos de la modalidad de contrabando bajo análisis.

4.- La Aduana fue el medio comisivo, el vehículo necesario para transferir la divisa estadounidense al extranjero a precio oficial. Así se contaba con la disponibilidad de la misma generando, en el contexto de la existencia innegable de un mercado de cambio informal, una evidente ganancia derivada del contrabando. Cuando la simulación es total, el factor empírico no puede aceptar la existencia de una destinación. De lo contrario, se colige que la simulación será parcial. Por ello es que buscar la existencia de una efectiva destinación resulta absurdo de acuerdo a la propia redacción del artículo 864 inc. e) del Código Aduanero. La Aduana, ante esta maniobra cayó en el engaño y así se impidió el control aduanero sobre la "*importación*", ya que de haber conocido el Servicio Aduanero esa falsedad, no habría autorizado la entrada de la mercadería, autorización sin la cual no hubieran recibido la autorización del BCRA para hacerse de las divisas que luego giraron al exterior. La adecuada exégesis del artículo que recepta el contrabando mediante simulación admite que la acción típica pueda desplegarse no sólo en referencia a una operación o destinación aduanera de importación o exportación –supuestamente– ya acaecida, sino que nada obsta a que la simulación pueda realizarse con respecto a una operatoria en expectativa –

es decir aún pendiente de ser perfeccionada-, con afectación al bien jurídico tutelado por aquella disposición.

Queda claro entonces, como y cuando la competencia de la Aduana fue irritada; en lo que respecta a la utilización de documentos apócrifos que agraven el contrabando, no estamos aquí ante la obtención de un certificado falso (Conforme el artículo 865 inc. f) del Código Aduanero). Se siguieron todos los pasos para no importar, pero sí girar las divisas al exterior. En otros términos, en la maniobra analizada en el presente trabajo, no queda lugar a dudas que, la simulación de una importación fue condición necesaria e ineludible para cometer el ilícito tipificado. El caso en análisis, a diferencia de lo analizado por la CSJN el “Legumbres”, se trató de un caso en el cual la maniobra recayó sobre materia aduanera y no cambiaria, que sí sería resorte del BCRA. El reproche a este tipo de maniobras no radica en el giro de divisas al exterior de manera aislada. La remesa de los dólares estadounidenses es parte de la maniobra que tipifica el delito de contrabando, pero sería errado solo por ello creer que sería análogo el caso Legumbres, pero que si aplicará en aquellos fragmentos de *obtier dictum*, que demuestran el encastre de este caso en la figura penal del art. 864, inc. e) del Código Aduanero. No obstante, a diferencia de aquel precedente, lo imputado por este delito está vinculado a la simulación de operaciones de importación (y no una refrendación bancaria independiente de aquéllas). la concurrencia del aspecto aduanero y el cambiario no resulta ajena al Código Aduanero<sup>28</sup>, tal como puede verse, en el ámbito infraccional, con la figura prevista en el art. 954, 1, inc. “c”, CA. Por el contrario, en el caso analizado en “Legumbres” lo afectado en términos penales fue, exclusivamente, el régimen cambiario.

- 5.- Esta situación analizada, no resulta novedosa, ya que en la década de los 80s, existen precedentes que consignan que, si por razones cambiarias – falta de divisas-, el gobierno establece restricciones a la importación, la Aduana tiene a su cargo controlar que no ingrese mercadería prohibida y a tal fin exigirá la correspondiente DJNI (Declaración Jurada de Necesidad de Importación creadas por la Res. 1325/1984 del Ministerio de Economía).

La falsificación de una de estas declaraciones y su presentación ante la Aduana constituirá contrabando, pero no porque pueda existir evasión de divisas, sino porque se eludió la prohibición a la importación que si está comprendida dentro del control que la ley otorga al Servicio Aduanero (VIDAL ALBARRACÍN, 2004, p. 117).

<sup>28</sup> En el mismo sentido, CNPE, Sala III, “Incidente de apelación de prisión preventiva de Raúl Pedro FRIED” en causa nro. 22.150, Fº 409- orden 5072, reg. 11/83, rta. 25/2/1983: “[...] Que independientemente de que la simulación de operaciones habría importado infracción al régimen cambiario vigente, los hechos deben investigarse también desde la óptica del delito de contrabando por cuanto se habrían simulado dos operaciones de importación ante el Servicio Aduanero con la finalidad de obtener un beneficio económico (art. 864 inc. „e” del Código Aduanero [...]).

Resulta evidente que, el control de la existencia de dicha refrendación bancaria se encuentra incluido dentro de las distintas sanciones que comprende el control aduanero. La presentación que se realizaba ante el Servicio Aduanero era de una importancia tal que su observación impedía la importación, la DJAI era una declaración jurada que además debía coincidir con la declaración posterior en los términos del art. 235 del Código Aduanero.

- 6.- El que se hayan reemplazado las DJAI's a fines del año 2015, no elimina automáticamente el reproche penal sobre las maniobras aquí expuestas. Solamente cuando haya un cambio sustancial y permanente de régimen legal que resulte más benigno, por dar mayor amplitud a la esfera de libertad de comportamiento, debido a la modificación de la normativa de complemento de una ley penal en blanco será aplicado el posterior, sin que quepa dejar fuera de este principio a ninguna rama del derecho represivo ni a ningún objeto de protección de manera genérica.
- 7.- Aunque el análisis específico de este delito, excede el marco del presente trabajo, corresponde referir que aquí se presentó una “reunión de tres o más personas destinada a cometer delitos” constitutivo de la asociación ilícita del art. 210 del Código Penal, y que además si estos configuran contrabando simple y se intentan o concretan, existe un concurso real con la asociación ilícita, máxime por el elevado número de partícipes en los hechos referidos, y la cantidad de delito indeterminados que concertaron cometer. Una comunidad de voluntades entre las personas físicas (con intención de integrar y pertenecer) que conformaron la asociación ilícita, cuyos fines –entre otros– fueron cumplir una trazabilidad para quebrantar progresivamente las normas tuitivas y fortalecer organizativamente la estructura ilícita, consolidando así la asociación entre personas de existencia física, las cuales pudieron intensificar su plan, gracias a la cobertura de personas físicas real con la imagen formal de otras personas –que no reunían capacidad económica–, y que sólo resultaron ser la apariencia de lo simulado para, de esa forma, concretar las transferencias de divisas al exterior.

## BIBLIOGRAFÍA

ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (CAPE).

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Battistini, Eduardo Ruben c/ Sec. de Industria y Comercio de la Nación s/ Amparo.

ARGENTINA. Decreto DNU 1570/2001, del 1-12-2001. Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.). Boletín Oficial número 29787, p. 1, del 03-dic-2001.

ARGENTINA. Ministerio Público Fiscal. Cámara Federal de Casación Penal (CFCP).

BARREIRA, Enrique C. La declaración jurada anticipada de importación. En: **Revista de Estudios Aduaneros**, Buenos Aires, Ed. Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, n.º 18, p. 123-138, 2007.

BARREIRA, Henrique C. Un fallo previsible contra medidas lamentables: la sanción de la OMC contra la Argentina se basó en un patrón sistemático, no escrito, sancionatorio y duradero de restricciones a las importaciones. En: **La Nación**, Buenos Aires, 1 abril 2015.

BASALDÚA, Ricardo Xavier. La aduana: concepto y funciones esenciales y contingentes. En: **Revista de Estudios Aduaneros**, Buenos Aires, Ed. Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, n.º 18, p. 37-54, 2007.

BASALDÚA, Ricardo Xavier. La reciente decisión condenatoria de la OMC: no por previsible menos frustrante. En: **Revista de Estudios Aduaneros**, Buenos Aires, Ed. Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, p. 219-221, 2020.

BASCONCELLO, L.; BONIFACIO, F.; IBÁÑEZ, S. **Las declaraciones juradas anticipadas de importación**. Buenos Aires: Asociación Argentina de Estudios Fiscales, 2012.

BIDART CAMPOS, Germán J. El delito de contrabando: bien jurídico penalmente tutelado y principio de legalidad penal. En: **El Derecho, Jurisprudencia**. t. 136. Buenos Aires: La Ley, 1990.

BORINSKY, Mariano Hernán. Competencia de las dos "clases" de juzgados de Fuero Penal Económico. En: **Revista Jurídica La Ley**, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014.

BORINSKY, Mariano Hernán; TURANO, Pablo Nicolás; SCHURJIN ALMENAR, Daniel (Dir.). **El delito de contrabando**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2017.

COTTER, Juan Patricio. Las nuevas regulaciones a las operaciones de comercio exterior y la infracción de declaración inexacta. Buenos Aires: Asociación Argentina de Estudios Fiscales, 2012

D'ALBORA, Francisco J. En: AFTALIÓN, Enrique (Dir.). **Tratado de derecho penal especial**. t. IV. Buenos Aires: La Ley, 1970.

D'ALESSIO, Andrés José (Dir.); DIVITO, Mauro A. (Coord.). **Código penal de la nación**: comentado y anotado. t. III. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.

MARÍN, Ignacio B. Declaraciones Juradas de Importación (DJAI): los

importadores frente a la disyuntiva que genera la más reciente jurisprudencia. En: **Mercojuris**, Buenos Aires, 26/04/2013.

MEDRANO, Pablo H. **Delito de contrabando y comercio exterior**. Buenos Aires: Lerner, 1991.

MOREIRA, M. S.; SAPORITI Y SEGAL, D. **Las declaraciones juradas anticipadas de importación**. Buenos Aires: Asociación Argentina de Estudios Fiscales, 2012.

MUCHNIK, Javier D. Elementos básicos del derecho penal aduanero. En: **Jurisprudencia Argentina**, v. 4, p. 829-836, 2002.

OMA - Organización Mundial de Aduanas. Organización Mundial del Comercio. Glosario de Términos Aduaneros Internacionales de la Organización Mundial de Aduanas. [S. d.]

SANCINETTI, Marcelo A. **Teoría del delito y disvalor de la acción**: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

VECCHIO, Augusto. El órgano de apelación de la OMC confirma condena a las restricciones a la importación de la Argentina. En: **El Derecho**, año LIII, n.º 13.681, Ed. 261.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo. **Delitos aduaneros**. Corrientes: Mave, 2004.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo. **Derecho penal aduanero**. Buenos Aires: Didot, 2019.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo. **Lineamientos de derecho penal especial**. Buenos Aires: Juris, 1978.

Submissão em: 16 de outubro de 2023

Último Parecer favorável em: 4 de dezembro de 2023

### Como citar este artigo científico

AUSTT AROCENA, Diego García. El delito de contrabando por simulación mediante el uso de DJAI's. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 3, p. 206-236, set.-dez. 2023.

Áframhaldandi Rannsóknir  
Astudiaethau Parhaus  
Continued Studies  
Devam Eden Çalışmalar  
Estudios Continuados  
Estudis Continuats  
Études Continues  
Folytató Vizsgálatok  
Fortsat Studier  
Fortsatte Studier  
Fortsättningsstudier  
Fortsetzung der Studien  
Jätkuõpingud  
Jatkuvat Tutkimukset  
Континуиране студије  
Континуирани студии  
Kontinuéierter Studien  
Kontynuowane Badania  
Nadaljevanje Študij  
Nastavak Studija  
Nastavne Studije  
Оқытуға Арналған Оқу  
Оқуды Жалғастыру  
Pokračovanie Štúdie  
Pokračující Studia  
Pokračujúce Štúdie  
Sgrùdaidhean Leantainneach  
Staidéar Leanúnach  
Studi Continua  
Studii Continue  
Studimet e Vazhdueshme  
Studji Kkontinuti  
Studji Kontinwi  
Tęstinių Tyrimai  
Turpinājumi  
Turpinot Studijas  
Vervolgstudies  
Voortgezette Studies  
Продължава Проучвания  
Продовження Навчання  
Продолжени Студии  
Продолжение Обучения  
Продукты  
Συνεχίσμενες Μελετες



## **PROPUESTA PARA INCORPORAR EL DELITO DE ECOCIDIO EN EL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN**

**MIGUEL ÁNGEL ASTURIAS<sup>1</sup>**

**L**a humanidad y los demás seres vivos que habitan el planeta están en serio riesgo de extinción. El grave daño y la destrucción masiva de los ecosistemas, es decir, el ecocidio, cometido durante décadas y sin una ley que lo sancione, es sin dudas una de las causas de la actual crisis ambiental y climática, así como del colapso de la biodiversidad. El aumento de los graves crímenes ambientales nacionales e internacionales está poniendo en peligro nuestro futuro y el de millones de seres vivos más, y con ello las posibilidades de vida de las generaciones venideras.

Como ejemplos de crimen ambiental, podemos citar los incendios forestales intencionales en nuestro país y en el Amazonas, pulmón verde del planeta; la invasión humana de zonas naturales y la destrucción de los humedales, impulsadas por la tala ilegal, la expansión agrícola y sus modos de cultivo, así como por la ganadería industrial; la extracción indiscriminada de

<sup>1</sup> Cofundador, director e investigador de la Asociación de Investigadores de Derecho Penal Ambiental y Climático (AIDPAC); doctor en Derecho Penal y Ciencias Sociales (USAL); especialista en Derecho Penal (USAL) y Ambiental (UB); profesor universitario de grado y posgrado (UB); conferencista internacional y miembro evaluador de varias universidades y revistas científicas; director de la *Revista en Ciencias Penales y Sistemas Judiciales* de la Universidad de Belgrano (IJ Editores); director, coordinador, autor e investigador en múltiples libros y artículos publicados de especialización en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Ambiental, entre los que se destacan para el caso las obras *Delitos contra la salud y el medio ambiente*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009 (coautor); *Código Penal. Comentado y anotado*, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2018 (director y autor); *Leyes penales especiales*, Ed. Cathedra Jurídica, 2018 (director y autor); *Crímenes, delitos o agresiones ambientales nacionales e internacionales*, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires 2018 (autor); *Derecho ambiental y del cambio climático global*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2021 (colaborador de Dino L. Bellorio Clabot); *Derecho penal ambiental y climático*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2022 (director y autor). e-mail: miguelaasturias@hotmail.com

recursos naturales, especialmente con la obtención de petróleo y la minería; el tráfico ilícito de flora y fauna; la contaminación del agua, la tierra y el aire; la pesca ilegal y sus desperdicios volcados al mar; el comercio y la eliminación de residuos, entre ellos de plásticos y materiales peligrosos –radiactivos y atómicos–; y el tráfico de recursos naturales como metales y piedras preciosas; el uso de armamento y químicos en los conflictos bélicos y el flagelo del bioterrorismo, entre otros.

La incorporación del ecocidio como crimen no es la única solución para combatir los delitos ambientales, pero sin dudas es la piedra angular para proteger la vida en nuestro planeta, o “casa común”.

Los tratados, las convenciones, los acuerdos y, en general, los ordenamientos jurídicos internos no contemplan los crímenes ambientales y permiten que estos se sigan cometiendo con total impunidad. La creación de una ley que los criminalice o de un tratado o acuerdo que sea vinculante actuará como el marco legal para proteger a los pueblos originarios, el ambiente, la paz y los derechos humanos a nivel global.

El problema actual es que esos graves comportamientos que afectan a la humanidad –crimen ambiental organizado o internacional– no se encuentran regulados en el ámbito internacional.

En este sentido, existe un movimiento global que, desde la organización Stop Ecocidio, pretende incorporar en el Estatuto de Roma el ecocidio como el quinto delito de competencia de la Corte Penal Internacional.

Ello también está motivando que varios países en el mundo hayan incluido en su legislación interna esta importante figura que, aunque no es excluyente de otras normas de protección penal ambiental también necesarias, es un primer avance para proteger el ambiente.

Como ejemplo de esos países, podemos citar Francia, Vietnam, Rusia, Kazajstán, Kirguistán, Tayikistán, Georgia, Bielorrusia, Ucrania y Moldavia. Incluso el Parlamento Europeo resaltó recientemente la necesidad de legislar en las normas internas el ecocidio, y algunos países, como España y Bélgica, están trabajando en ello.

En América, algunos estados mexicanos como Jalisco ya lo hicieron y hay propuestas para incorporarlo al Código Penal Federal. En nuestra región existen varias propuestas, como en Chile, Ecuador y Brasil.

Actualmente, no hay dudas de que la forma principal de proteger el derecho a un ambiente sano y a la biodiversidad (art. 41, CN) de estos actos ilícitos o arbitrarios, graves, extensos o duraderos producidos por el hombre es a través

del derecho penal, el cual debe perseguir y sancionar los comportamientos de las empresas multinacionales, los Estados y el crimen organizado que producen graves agresiones ambientales.

Asimismo, con el fin de proteger el ambiente en sentido amplio es fundamental avanzar en un cambio de paradigma ambiental y dejar atrás las posturas antropocéntricas para abrazar una postura biocéntrica o ecocéntrica. También es fundamental contemplar estos delitos como delitos de peligro o de resultado, para zanjar una vieja disputa doctrinaria, que –jugando a favor del interés de poderosos grupos económicos– impide que se legislen los delitos ambientales en el ámbito nacional. Igualmente necesario es aplicar a estas figuras agravantes que se correspondan con la realidad nacional e internacional, y no dejar de contemplar una figura culposa para el ecocidio, así como la responsabilidad de la persona jurídica principal responsable de los delitos de ecocidio, muchas veces en connivencia con funcionarios públicos.

Con base en estos parámetros, entendemos necesario que el Estado argentino manifieste su apoyo a Stop Ecocidio, que promueve un cambio de paradigma para lograr un mundo sin ecocidios.

Por nuestra parte, desde el grupo de investigación de la Asociación de Investigadores de Derecho Penal Ambiental y Climático (AIDPAC), y tras un estudio histórico, completo y sistemático de las distintas normativas existentes sobre el crimen de ecocidio y de nuestro derecho ambiental y penal –Código Penal de la Nación y normas penales complementarias–, buscando no modificar la armonía y con base en nuestras necesidades internas y de protección del ambiente en sentido amplio, hemos elaborado una propuesta para la incorporación del crimen de ecocidio en el Código Penal. En este sentido, destacamos que la propuesta es aplicable al proyecto de Reforma del Código Penal (Comisión Dec. 103/2017), todo ello sin desconocer que los delitos ambientales también pueden ser considerados como crímenes de lesa humanidad.

Como base para elaborar la propuesta, tomamos la definición del grupo de panel de expertos independientes convocados por Stop Ecocidio, a lo cual sumamos –además del ya referido estudio de las normas de derecho ambiental y de la sistematización de todo nuestro Código Penal– las bases y las experiencias recogidas de propuestas anteriores de inclusión de un título sobre “delitos contra el ambiente” en nuestro Código Penal. Así, buscamos proponer una solución salomónica y armónicamente posible, con la idea de abrir el camino a la incorporación de la figura de ecocidio en nuestro Código Penal, por ser la figura de más relevancia en la materia, sin excluir la necesidad y la urgencia de ampliar el abanico de delitos contemplados en el Código Penal, para terminar con la anomia en materia penal ambiental y lograr el cese de la impunidad.

Es por ello que, desde AIDPAC, pedimos al Gobierno argentino y demás autoridades nacionales, a las instituciones académicas y profesionales, a las asociaciones no gubernamentales y sociales protectoras del ambiente, a los defensores del ambiente, a los especialistas en materia ambiental y penal ambiental y a todos los ciudadanos, que declaren públicamente su apoyo y lleven el reclamo a los organismos nacionales e internacionales, a fin de que de manera urgente se incluyan o se creen normas, tratados o acuerdos internacionales o regionales, para que los crímenes ambientales internacionales sean contemplados como crímenes internacionales, y asimismo que se disponga la modificación del Estatuto de Roma para incluir el ecocidio como nuevo delito autónomo en la Corte Penal Internacional o la creación de un nuevo tribunal internacional con competencia para juzgarlos.

Principalmente, los invitamos a que nos apoyen en esta propuesta, para que se convierta en un anteproyecto de reforma del Código Penal, a fin de que el delito de ecocidio cubra un importante vacío legal y una función de prevención en la protección del ambiente a nivel nacional y global, con el objetivo de luchar contra la crisis ambiental y climática que afecta a nuestro planeta.

En síntesis, buscamos brindar una respuesta a la necesidad real y urgente que está llevando al mundo a un punto de no retorno de la humanidad tal como la conocemos.

Por eso, los invitamos a apoyar la propuesta que busca brindar un elemento jurídico para la tipificación de los crímenes ambientales en la Argentina.

Nuestra propuesta será publicada y se abrirá al debate ciudadano, académico y de los operadores judiciales, para lograr un consenso y mejorar la propuesta de ser necesario, a fin de que tome la fuerza necesaria para ser legislada. Por ello, los invitamos a abrazar el lema “Argentina sin ecocidio ni delitos ambientales”.

Sin perjuicio de la necesidad de implementar una política de Estado en materia penal ambiental, **proponemos incorporar en el Código Penal de la Nación el Título XIV: Delitos contra el Ambiente. Capítulo 1: ECOCIDIO:**

Art. 313 bis: Será reprimido con prisión de TRES (3) años y SEIS (6) meses a DIEZ (10) años y multa de PESOS TRESCIENTOS MIL (\$300.000) a PESOS DOS MILLONES (\$2.000.000) el que cometiere cualquier acto ilícito o arbitrario a sabiendas de que existen grandes probabilidades de que cause daño grave que sea extenso o duradero al ambiente.

Se entiende por ambiente a las capas terrestres que conforman el suelo de la Nación Argentina, su biosfera, criósfera, litosfera, hidrosfera y a la atmósfera; por arbitrario, el acto temerario de hacer caso omiso de un daño que sería manifiestamente excesivo en relación con la ventaja social o económica prevista; por grave, el daño que cause cambios muy adversos,

perturbaciones, o daño notorio para cualquier elemento del ambiente, incluidos los efectos serios para la vida humana o de cualquier especie o de los recursos naturales, culturales o económicos; por extenso, el daño que excede una zona geográfica limitada o afecte de manera irreversible a un ecosistema o a una especie o a un gran número de vidas humanas; por duradero, el daño irreversible o que no se pueda reparar mediante la regeneración natural en un plazo razonable.

La pena se elevará de OCHO (8) a VEINTE AÑOS (20) años de prisión y multa de PESOS UN MILLON (\$1.000.000) a PESOS CINCO MILLONES (\$5.000.000) si el daño grave, extenso o duradero al ambiente tuvieren lugar.

Art. 313 ter: La pena será de CINCO (5) a QUINCE (15) años de prisión en el caso del párrafo primero del artículo 313 bis y de prisión de DIEZ (10) años a VEINTICINCO (25) años en el caso del párrafo tercero artículo 313 bis.

1. Cuando interviniere de algún modo en la ejecución del delito un funcionario público o existiera una conexión notoria con una organización criminal internacional.
2. Si el delito se cometiere en una zona protegida o en una reserva natural.
3. Si el delito se cometiere durante un conflicto armado o mediante un acto de bioterrorismo.
4. Si se produjera un desplazamiento o una migración humana o la muerte o resultaren lesiones graves o gravísimas de un gran número de personas o cuando para lograr su cometido o procurar su impunidad se afectaren bienes de organizaciones públicas o privadas o la integridad física o la vida de una persona que promuevan la defensa del ambiente o de una comunidad originaria o vulnerable.

Art. 313 *quater*: Si el hecho fuera cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá una pena de prisión de UN (1) año a TRES (3) años y multa de PESOS DOS CIENTOS MIL (\$200.000) a PESOS UN MILLON (\$1.000.000) en el caso del párrafo primero del art. 313 *bis*, y con pena de DOS (2) a CINCO (5) años de prisión y multa PESOS DOSCIENTOS CINCUENTA MIL (\$250.000) a PESOS UN MILLON QUINIENTOS MIL (\$1.500.000) en el caso del párrafo tercero de dicha norma.

Art. 313 *quinquies*: En el caso de condena por un delito previsto en este capítulo, el culpable, si fuera funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena o perpetua si el daño grave extenso o duradero al ambiente tuvieren lugar.

Art. 313 *sexies*: Cuando los hechos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona jurídica, se le impondrán las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:

1. Multa de dos a diez veces del valor del posible daño causado y la obligación de restablecer dentro de las posibilidades la posible afectación al ambiente en un plazo determinado.

2. Suspensión total o parcial de actividades por el tiempo que se estipule en la sentencia.
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado por el tiempo que se estipule en la sentencia.
4. Cancelación de la personería.
5. Perdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviera.
6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.
7. La obligación para las empresas de establecer programas de diligencia debida para mejorar el cumplimiento de las normas medioambientales.
8. Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores o participes, la extensión del posible daño causado, el monto de dinero que deberá invertirse en la posible reparación o calcular un perjuicio económico en caso de ser irreversible, el posible tamaño del daño causado, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inc. 2.º y el inc. 4.º.

Submissão em: 12 de setembro de 2023

Último Parecer favorável em: 20 de novembro de 2023

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

ASTURIAS, Miguel Ángel. Propuesta para incorporar el delito de ecocidio en el Código Penal de la Nación. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 3, p. 238-243, set.-dez. 2023.



ОБУСЛОВЛЕНІ  
СУМІСІСТВУЮЩІ  
УМОВИ ПОДАННЯ  
ПОДСУМКОВІ УМОВИ

A Benyújtás Feltételei  
Amodau Cyflwyno  
Başvuru Koşulları  
Bedingungen für die Einreichung  
Betingelser for Indsendelse  
Betingelser for Innsending  
Coinníollacha Maidir le hAighneacht  
Condiciones de Envío  
Condicións para o Envío  
Condicions per a L'enviament  
Condițiile de Depunere  
Conditions de Soumission  
Conditions for Submission  
Condizioni per la Presentazione  
Criteri Redazionali  
Cumhachan Airson Tagradh  
Esitamise Tingimused  
Esityksen Ehdot  
Iesniegšanas Nosacījumi  
Konditioune fir d'Soumissioun  
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni  
Kushtet e Paraqitjes  
Norme Editorial  
Pateikimo Sąlygos  
Podmienky Predkladania  
Podmínky pro Předkládání  
Pogoji za Oddajo  
Skilyrði fyrir Framlagningu  
Тапсыру Шарттары  
Uslovi za Podnošenje  
Uvjeti za Podnošenje  
Villkor för Inlämning  
Voorwaarden voor Inzending  
Warunki Przedłożenia  
Услови за поднесување  
Услови за подношење  
Условия подачи  
Условия за Подаване  
Умовы для Прадстаўлення  
Умови подання  
Проўточтэсціс για Υποβολή

## **CAPÍTULO I** **DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS**

**Art. 1.º** As regras para a recepção e publicação de textos científicos, pela **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são as descritas no presente Regulamento, respeitadas as condições fixadas no art. 26 deste Regulamento.

**Art. 2.º** Para o presente Regulamento, entende-se por textos científicos os artigos científicos, e outras manifestações jurídicas, descritos com as formalidades e padrões da norma culta e observância das normas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, especialmente a ABNT 6023.

**Art. 3.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é um periódico de divulgação científica da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, tem periodicidade quadrimestral e não tem fins lucrativos.

**Art. 4.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** não cobra qualquer valor pela publicação de textos de cunho científico e, em contrapartida, não paga aos autores quaisquer valores a título de direitos autorais.

**Parágrafo único.** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** divulgará sem custo para os destinatários, e sem fins lucrativos, os exemplares publicados.

**Art. 5.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem por objetivo a divulgação científica do segmento do Direito, constituída de:

- I – artigos científicos;
- II – diálogos que a Academia Jurídica tem para com os seus membros;
- III – resenhas ou críticas de livros da área do Direito;
- IV – Sentenças, Acórdãos ou Pareceres, na íntegra, com temas inovadores e que não sejam segredo de Justiça.

**Parágrafo único.** Em se tratando de Sentenças ou Acórdãos, os nomes das pessoas envolvidas com qualidades de partes ou procuradores deverão ser, em regra, omitidos ou apresentados de forma abreviada ou fictícia, impossibilitando a identificação direta.

**Art. 6.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica textos científicos escritos em:

- I – Idioma Espanhol;
- II – Idioma Francês;
- III – Idioma Inglês;
- IV – Idioma Italiano;
- V – Idioma Português;
- VI – demais Idiomas da Europa.

**Art. 7.º** Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são de inteira responsabilidade dos seus autores não somente quanto à autoria e isenção de plágio, quanto a conceitos, opiniões e desenvolvimento de teses doutrinárias e acadêmicas.

**Art. 8.º** A submissão de textos de cunho científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** significa imediata e incondicional aceitação das presentes regras e a cessão de direitos autorais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

**Parágrafo único.** Após a publicação de um texto científico na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, uma republicação em qualquer parte do Brasil, em qualquer época, somente poderá acontecer com autorização prévia da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a necessidade de a ela ser feita referência, alternativamente, de forma:

- I – direta, indicando nome completa da Revista, número do volume, número da edição, e páginas iniciais e finais da publicação; ou
- II – indireta, mediante referência simplificada indicativa da publicação, como “Agradecimentos especiais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, pela divulgação deste trabalho científico”.

**Art. 9.º** Toda a digitação, incluindo citações e referências, deve obedecer às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**§ 1.º** Os tipos ou fonte da digitação serão Times New Roman, tamanho 12 para o texto, e este digitado com espaço 1,5 entre as linhas.

**§ 2.º** O sistema de citação será no próprio corpo do texto, incluindo o nome do autor, a data da publicação e o número da página em que há a citação.

**§ 3.º** As notas de rodapé poderão ser utilizadas apenas para identificação dos autores e para as demais informações complementares do texto.

**§ 4.º** As referências serão insertas ao fim do texto, com:

- I – espaço simples entre linhas;

- II – o texto das referências alinhadas à esquerda;
- III – o título da obra em letras com efeito negrito;
- IV – o subtítulo “Referências”, em letras maiúsculas, em negrito e centralizado;
- V – uma só linha de distância entre uma entrada e outra.

**§ 5.º** O Resumo, em Língua Portuguesa, e correspondentes em Língua original do autor do artigo científico, deverão ser digitados em espaço simples entre as linhas.

**§ 6.º** As publicações mais atuais da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** serão os modelos e exemplos das regras contidas no presente artigo.

**Art. 10.** Em atenção aos autores de outros países, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, será admitida a recepção de textos científicos segundo outras normas, respeitadas as condições expressas no art. 24 deste Regulamento.

**Art. 11.** Os nomes e endereços dos autores que têm textos científicos publicados ou, simplesmente, submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, são por ela usados com exclusividade, e não serão disponibilizados a pessoas, naturais ou jurídicas, fora do âmbito da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

**Parágrafo único.** Excetuam, quanto à divulgação, a inserção do endereço eletrônico do(s) autor(es) na qualificação junto ao texto publicado, em atendimento às normas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), órgão do Ministério da Educação, quanto aos dados mínimos para efeitos de classificação do periódico.

## CAPÍTULO II

### ARTIGOS CIENTÍFICOS

**Art. 12.** Os artigos científicos devem ser de autoria de, no máximo, três pessoas, sendo preferência que pelo menos um deles tenha título Acadêmico de Doutor.

**Art. 13.** Para os artigos científicos que contenham resultados de pesquisas patrocinadas por órgão de fomento, serão admitidos o máximo de quatro autores, sendo pelo menos um deles obrigatoriamente com título Acadêmico de Doutor, desde que identificado o órgão de fomento junto à qualificação e à filiação acadêmica.

**Art. 14.** Os artigos científicos que sejam resultado de pesquisas de campo, com aplicação de entrevistas ou questionários, devem ser acompanhados de comprovante de registro da correspondente pesquisa na Plataforma Brasil.

**Art. 15.** Os artigos científicos devem:

I – conter, no mínimo, dez laudas, com observância, quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil.

### **CAPÍTULO III**

#### **DIÁLOGOS, RESENHAS, SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS**

**Art. 16.** Para efeitos da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, entende-se por:

I – Acórdãos ou Sentenças: peças jurídicas de autoria de Juízes e Desembargadores, com temas ou decisões inovadoras, oriundas de processos judiciais, e que possam ser divulgadas em razão do teor;

II – diálogos que a Academia tem para com seus membros:

a) estudos especiais envolvendo o Direito;

b) falas em aulas inaugurais de Curso de Direito;

c) falas em Bancas Examinadora de candidatos a títulos acadêmicos;

d) textos de cunho científico, ligados ao Direito, mas não sendo o foco principal no Direito;

III – Pareceres: peças jurídicas de autoria de Juízes, Desembargadores e integrantes do Ministério Público, com temas inovadores, que possam ser divulgadas em razão do teor, e que possam vir a servir de base para futuras decisões no segmento jurídico;

IV – resenhas ou críticas de livros da área do Direito:

a) análise de livros da área do conhecimento do Direito;

b) considerações comparativas de um livro de Direito com outro livro ou de Direito ou de disciplina afim ao Direito;

c) crítica, equiparada à crítica literária, em relação a livros de Direito.

**Art. 17.** Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, para as seções “Estudos Continuados”, “Acórdãos, Pareceres e Sentenças” ou outra que venha a ser criada na forma do presente Capítulo III deste Regulamento, deverão:

I – conter, no mínimo, cinco laudas, com observância quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil;

III – ter autoria individual ou, em casos excepcionais e especiais, dois autores.

## CAPÍTULO IV A SUBMISSÃO

**Art. 18.** A submissão de texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é ato de decisão unilateral do autor ou dos autores e não correspondente a uma responsabilidade da Revista para que haja publicação.

**Parágrafo único.** O caráter de ato unilateral e responsabilidade única do autor ou dos autores acontecerá ainda que o autor ou os autores tenham recebido comunicação da Revista, ou do seu Editor, ou de membro da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, quanto à abertura de Edital ou outra forma de divulgação da existência do periódico e da possibilidade de submissão de textos científicos.

**Art. 19.** A submissão representa a declaração do autor ou dos autores de que o texto científico:

- I – é inédito;
- II – não contém plágio ou qualquer apropriação de textos de terceiros;
- III – não contém sistemas de identificação, por via oblíqua, que possa prejudicar a análise pelo sistema cego de avaliação;
- IV – não foi submetido, no todo ou em parte, à avaliação de outro periódico, embora ainda não publicado.

**§ 1.º** Considera-se inédito o texto científico que foi apenas:

- I – objeto de apresentação de resumo oral em evento científico, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;
- II – publicado em Anais em forma de resumo, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;
- III – resultado de trabalho de curso – Monografia, Tese, Dissertação – cuja divulgação foi apenas quanto à apresentação oral e/ou encadernação para depósito junto à Instituição de Ensino.

**§ 2º.** Até que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** altere a redação do presente artigo deste Regulamento, especialmente em seu inciso III, a identificação do nome do autor, com sua qualificação e filiação a uma Instituição de Ensino Superior não são itens considerados como forma de identificação que prejudica o sistema cego de avaliação, porque esses dados serão retirados, pelo Editor, quando da remessa para a análise dos membros do Conselho de Pareceristas.

**Art. 20.** Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor ou os autores se responsabilizam quanto às informações referentes à titulação, ao vínculo com Instituição de Ensino ou de Pesquisa e outros dados que forem insertos na qualificação.

**Art. 21.** A submissão representa a declaração de certeza e conhecimento de que não haverá pagamento ou retribuição ao autor, nem a título de *pro labore*, bem como não há outra prevista vantagem como compensação pelos direitos autorais automaticamente cedidos.

**Art. 22.** Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os autores de textos com autoria coletiva se declaram cientes de que, ainda que o texto seja remetido indicado autoria em outra ordem, aparecerão na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como autores os nomes na seguinte ordem e prioridade:

- I – quem tiver título Acadêmico de Doutor, se único entre os coautores;
- II – os coautores que tenham título Acadêmico de Doutor, na ordem constante do texto científico recebido;
- III – quem tiver título Acadêmico de Mestre, se único entre os coautores;
- IV – os coautores que tenham título Acadêmico de Mestre, na ordem constante do texto científico recebido;
- V – quem tiver título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, se único entre os coautores;
- VI – os coautores que tenham título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, na ordem constante do texto científico recebido;
- VII – quem for apenas graduado, sem títulos Acadêmicos, na ordem constante do texto científico recebido.

**Parágrafo único.** Quando um autor fizer a submissão de texto científico de autoria coletiva, torna-se o responsável pelas informações também referentes aos coautores.

**Art. 23.** Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o(s) autor(es) declara(m) saber que o texto poderá sofrer adaptações quanto à formatação, para seja adaptado à padronização do material publicado.

**Art. 24.** Especialmente quanto aos autores não brasileiros, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, a submissão de texto científico fora das regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme art. 10 deste Regulamento, significa a imediata e incondicional autorização para que o Editor faça as transformações e padronizações segundo as normas da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**Art. 25.** Uma vez submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os artigos científicos serão analisados por avaliadores pelo sistema cego de análise (*double blind review*), sendo obedecidas as seguintes condições:

- I – dois pareceres positivos representam aprovação para publicação;
- II – dois pareceres negativos representam reprovação e não aceitação;
- III – um parecer positivo e um parecer negativo representará a necessidade de submissão a um terceiro avaliador, cujo voto decidirá como o segundo voto de uma das categorias que levarão à aprovação ou à reprovação.

## CAPÍTULO V

### DISPOSIÇÕES FINAIS

**Art. 26.** As condições omissas no presente Regulamento serão decididas pelo Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, que considerará:

- I – a decisão para o caso concreto, com solução especial e válida somente para a dúvida ou proposta apresentadas;
- II – a possibilidade de submissão da dúvida ou proposta apresentadas à Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, para inserção no presente Regulamento e passar a ser regra geral do momento em diante.

**Art. 27.** O presente Regulamento poderá ser modificado por decisões da Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**.

**Parágrafo único.** As alterações entrarão em vigor no quadrimestre que se seguir ao quadrimestre em que ocorrer a alteração, ainda que não tenha ainda sido publicada a Revista contendo o Regulamento com o texto alterado.

**Art. 28.** O presente Regulamento entrará em vigor com a publicação do volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Montes Claros (Minas Gerais, Brasil), 21 de maio de 2020.

**Professor Mestre Richardson Xavier Brant**

**Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso**

**ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS**

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



ISSN 2675-6714



9 772675 671007