

# REVISTA

## ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 5, n. 1 (jan.-abr. 2024)



Neste número:





# REVISTA

# ULTRACONTINENTAL DE

# LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714  
Volume 5, número 1 (jan.-abr. 2024)

#### **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

2024

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

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA  
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 5, n. 1, jan.-abr. 2024)  
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.

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

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

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

Professor Doutor George Mousourakis - Hiroshima  
University - School of Law - Graduate School of  
Humanities and Social Sciences - Higashihiroshima and  
Hiroshima - Japan.

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

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

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

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

Professora Doutora Nesrin Akin - Doğuş University  
Faculty of Law, Commercial Law Department -  
Istambul, Turquia.

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

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

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

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

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

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

Professora 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. 5, n.º 1. Montes Claros/MG, Brasil,  
Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2024.

Quadrimestral

ISSN: 2675-6714

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

CDU: 34:008(05)(06)

**Catálogo:** 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

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

# SUMMARIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	5
---------------------------	---

**DOUTORADO**

<b>Aflaton Castanheira Maluf</b> Pagamento por Serviços Ambientais: Planos Americano e Brasileiro.....	16
<b>Cristián Gárate</b> Diez Preguntas y Respuestas: Convenio de Doble Tributación: Chile v/s Estados Unidos.....	44
<b>Cristina Rabazzi</b> La Sicurezza dei Minori in Ambito Digitale nel CD. DL Caivano.....	54
<b>Edgar J. Moya Millán</b> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la Republica Bolivariana de Venezuela y la Jurisdiccion Normativa.....	70
<b>Edson da Graça Francisco Macuácuá, Cláudio Izidro Batista Saite</b> O Regime Jurídico do Sector Empresarial Local em Moçambique.....	82
<b>José Joaquín Jiménez Vacas</b> De la Función Administrativa de Fe Pública.....	108
<b>Luis Eduardo Rey Vázquez</b> El Procedimiento Administrativo Electrónico: los Procesos Judiciales y Las Reformas Necesarias.....	136
<b>Mauricio Goldfarb</b> Responsabilidad del Estado en la República Argentina.....	154
<b>Miguel da Câmara Machado</b> Como nos Posicionarmos Perante este Mundo Novo da Ciber(in)segurança nos Bancos ou nas Empresas: dos Ciberataques aos “ <i>Smartpayments</i> ” e do “ <i>Smart AML</i> ” à “ <i>Smart Fraud</i> ”.....	173
<b>Nesrín Akin</b> Structuring of Special Purpose Vehicle (SPV) Within the Scope of Public-Private Partnerships (PPPs) under Turkish Law.....	206
<b>Ricardo Maurício Freire Soares, Valdir de Oliveira Jr., Robson Cosme de Jesus Alves</b> Right to Development in the Brazilian Constitutional System.....	226

**MESTRADO**

<b>Diego García Austt Arocena</b> Los Mercados Multinivel. ¿Acción Típica de Estafa o Alea Comercial?.....	238
<b>CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO</b> .....	253

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

APRESENTAÇÃO

Um novo ano não significa apenas uma virada de calendário. Pelo menos, para as pessoas que se acham ativas. Da mesma maneira transitam os veículos científicos. Desta forma, o ano de 2024 começa com a continuidade da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a firme proposta de se consolidar, neste quinto ano de atividade jurídico-intelectual.

No primeiro número de 2024 (ano 5, número 1), a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** traz onze artigos científicos de nove países diferentes, abraçando a África, a América e a Europa. Uma proposta, comprovadamente, ultracontinental. Afinal, os Continentes se unem para dar berço aos autores da Revista. Mesmo irmanados, continuam os Continentes a indicar a ampla penetração da Revista em várias partes do mundo.

Aos costumes, serão apresentados os autores em ordem alfabética. Com indicação do país de origem. E duas são as seções: Doutorado e Mestrado.

## DOUTORADO

BRASIL. Um tema complexo, em termos de legislação brasileira, é o do pagamento por serviços ambientais. A complexidade tem início no fato de uma Lei ter colocado a possibilidade, pendente de regularização. E, somente meia década após, ter nascido outra Lei (não, um Decreto, que é instrumento de regularização por excelência) traçando os pontos necessários para a implementação do sistema. Em artigo científico recheado de citações de doutrinadores e de Leis coligadas, o **Professor Doutor Aflaton Castanheira Maluf** enfrenta o tema. E o faz sem querer deixar um só ponto a ser discutido. Desta forma, fala da questão ambiental, dos instrumentos de proteção à natureza e chega aos contratos de serviços ambientais. Estes contratos são conceituados e, na sequência, há a informação do porquê da necessidade do registro (dos contratos) no Serviço de Registro de Imóveis, na sequência da matrícula do imóvel que é objeto do contrato. Também qualifica as modalidades de obrigações que envolvem o pagador e o recebedor dos serviços ambientais. E busca, na legislação civil (como o Código Civil e as Leis que têm cunho ambiental sem, necessariamente, ser uma “lei ambiental” propriamente dita) o apoio ou fundamentação jurídica. O artigo tem o título “Pagamento por serviços ambientais: planos americano e brasileiro”.

CHILE. As matérias tributárias do Chile são, todas, de conhecimento do **Professor Doutor Cristián Gárate**. Trata-se de estudioso do assunto, autor de diversos textos (livros, artigos científicos e pareceres) acerca do Direito Tributário. Para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o Professor referido escreveu o artigo científico denominado “Diez preguntas y respuestas: convenio de doble tributación: Chile v/s Estados Unidos”. A didática da exposição já começa pelo sistema de fazer a pergunta e, em linhas seguintes, oferecer não somente a resposta, mas a doutrina sobre o tema. A questão envolve o Convênio que os Estados Unidos e o Chile celebraram acerca da tributação dos capitais oriundos dos Estados Unidos para implantação de empreendimentos no Chile. O estudo aponta que a temeridade ocorreu quando da elaboração dos termos do Convênio, sendo que os burocratas encarregados da redação não eram as pessoas que entendiam de Direito Tributário e acabaram deixando constar, no corpo do texto de validade binacional (Estados Unidos e Chile), situações que representam perda fiscal que, em tempos atuais, giram entre meio por cento e 0,75% do Produto Interno Bruto de todo o Chile. As vantagens deveriam ser, segundo expõe o autor, para o país captador de recursos (Chile) e, não, ao fornecedor nato de capital para investir em outras praças (Estados Unidos).

ITÁLIA. A **Professora Doutora Cristina Rabazzi** leciona disciplinas como Direito Digital e Privacidade Digital na European School of Banking Management. Também é conhecedora, com profundidade, da legislação sobre proteção de dados na Itália. É autora de textos envolvendo os temas. A Professora submeteu à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** o seu artigo científico denominado “La sicurezza dei minori in ambito digitale nel CD. DL Caivano”. O assunto é tratado com qualidade e mostra a insegurança que as pessoas têm quando estão em contato com o “mundo digital”, especialmente em relação à (falta de) proteção dos seus dados pessoais. O foco especial é sobre os menores de idade que utilizam a rede mundial de computadores. Ultrapassa, neste momento, o interesse apenas dos pais ou responsáveis pelos menores, chegando a preocupar as autoridades nacionais em níveis como o legislativo, o policial e órgãos e entidades como o “Dipartimento per le Politiche per la Famiglia” e a “Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni”. O texto aponta a legislação existente, variando desde a Constituição italiana como norma maior, e os Decretos que tratam especificamente sobre o assunto. A preocupação varia desde o acesso a conteúdos não apropriados para idades mais baixas (como os sítios pornográficos) até mesmo a possibilidade de exposição de dados pessoais em ambiente pernicioso, perigoso e de difícil localização dos malfeitores.

ARGENTINA. O **Professor Doutor Edgar J. Moya Millán** atua como Professor e Juiz de Direito na Argentina. O estudo que o autor fez, desta vez, foi sobre a Corte Suprema da Venezuela. O estudo mostra que a Câmara Constitucional, encarregada (como é óbvio) de julgar os casos envolvendo violações ao texto constitucional venezuelano, desviou-se do texto constitucional e passou a julgar os casos com base em uma hipótese denominada “recurso abstrato de interpretação constitucional”. A modalidade permite que qualquer



interessado recorra à Corte Suprema alegando que há parte da Constituição venezuelana cujo texto está obscuro ou cuja aplicação pelos Juizes inferiores está sendo feita de forma distinta (do que o recorrente entende ser a forma que diz o texto constitucional). Os membros da Suprema Corte se tornaram “legisladores”, criando normas aplicáveis para cada caso e em atendimento às pretensões favoráveis dos recorrentes aliados, ou contrárias aos requerimentos dos demais. Considerando que as decisões têm tons que variam conforme o recorrente, a Suprema Corte venezuelana tem emitido decisões contraditórias em relação a outras já prolatadas em relação ao assunto (em razão da distinção dos destinatários). O artigo cita diversas decisões, mostrando as interpretações contraditórias para casos inicialmente idênticos, e fundamenta em autores variados, desde clássicos até participantes de Congressos Internacionais cujos trabalhos discutidos, uma vez aprovados, foram publicados em livros de muitos países. O artigo atende pelo título de “La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la Republica Bolivariana de Venezuela y la jurisdiccion normativa”.

MOÇAMBIQUE. O **Professor Doutor Edson da Graça Francisco Macuácu** (atualmente, Vice-Ministro da Educação, responsável maior do Ensino Superior de Moçambique) e o **Professor Mestre Cláudio Izidro Batista Saite** se uniram para a produção de um artigo científico de fôlego. Tratam do tema “O regime jurídico do sector empresarial local em Moçambique”. Abordam as questões legais e constitucionais para a constituição de empresa pública e descem para a particularidade de que houve autorização legislativa para que os Municípios moçambiquenses constituíssem empresas públicas (de capital e atuação municipais). As empresas se alojaram, principalmente, no setor de transporte público urbano. A discussão dos autores, após as definições legais e doutrinárias acerca das diferenças das Autarquias, das Empresas Públicas e o setor econômico privado, é sobre a legalidade do funcionamento destas empresas públicas municipais. Mostram que até mesmo os órgãos encarregados dos registros das empresas públicas, equivalente às Juntas Comerciais do Brasil, não se acham competentes para o registro dos estatutos dessas empresas municipais – e não aceitam os documentos para registro. Os autores apontam que a Constituição de Moçambique e legislação infraconstitucional fixam parâmetros para as empresas públicas em relação à constituição dos seus órgãos internos (como Assembleia Geral, Conselho de Administração e outros). E as empresas públicas propriamente ditas somente são criadas após autorização da autoridade administrativa federal. Já as empresas públicas municipais não estão obrigadas – e tampouco o cumprem voluntariamente – a constituírem os órgãos, estatutariamente definidos, que as caracterizariam como uma empresa pública propriamente dita, ou de uma Autarquia. E nascem por iniciativa dos Municípios, sem autorização do Conselho de Ministros (autoridade federal), que tem competência também para analisar e liberar os textos dos estatutos das empresas públicas. Assim, as empresas públicas municipais, embora com criação autorizada por lei, não se encaixam dentro da legalidade moçambiquense.

ESPAÑA. A fé pública, presente nos atos e nos documentos que os materializam, é uma função do Estado. No sistema anglo-saxônico, o “Estado” é representado pelos Serviços Notariais e Registrais. Os documentos conferidos pelo notário ou registrador são presumidamente autênticos, verdadeiros. Se uma cópia de um documento é apresentada a um notário e ele coloca ali a sua assinatura afirmando que “confere com o original”, somente com muita prova em contrário se poderá alterar a certidão. O autor, **Professor Doutor José Joaquín Jiménez Vacas**, ocupou-se da pesada função de descrever acerca da função da Administração Pública e sobre a fé pública. Sob o título “De la función administrativa de fe pública”, o autor fundamenta em consolidadas doutrinas – de várias origens – e define “fé pública” em seus básicos e profundos elementos. Detalha o porquê de os documentos elaborados sob a fé pública serem os próprios para gerar a segurança jurídica em toda espécie de negociação. E relaciona os sujeitos cujas leis espanholas concede a fé pública elaboradora e certificadora de atos e fatos. Trata-se de um estudo bem fundamentado e, após essa publicação, elemento de estudo quase que obrigatório para todos os integrantes da Administração Pública e dos Serviços Notariais e Registrais.

ARGENTINA. O **Professor Doutor Luis Eduardo Rey Vázquez** é profissional do Direito que atua na Província de Corrientes, na Argentina. Como Magistrado, é Presidente do Tribunal de Justiça da Província. Como Professor, é atuante em Universidade local. É palestrante. Tem publicação de livros e artigos científicos em vários segmentos. É autor do artigo científico “El procedimiento administrativo electrónico: los procesos judiciales y las reformas necesarias”. No texto, a discussão demonstrando que a tecnologia da inteligência está à disposição também da administração da Justiça, mesmo em sede de Poder Judiciário. Muito mais apropriadamente, os recursos da tecnologia da inteligência devem ser aplicados no desenrolar dos processos administrativos. A via eletrônica – demonstra o autor – é irreversível e traz celeridade, o que acaba por representar resultados mais condizentes com o que pretende – e por isso, fez requerimento em vias administrativas – o administrado. O artigo mostra que até processos judiciais já utilizam de meios eletrônicos para as comunicações dos atos, chegando a citar que, há tempos, em um país vizinho (da Argentina e do Brasil) já se utilizou até o antigo Twitter como meio de comunicação dos atos judiciais.

ARGENTINA. A Argentina é dividida, administrativamente, em Províncias. E estas, em Municípios. Cada Província argentina tem grande autonomia para feitura das suas Leis. E as Constituições provinciais têm possibilidade de reger sistemas não necessariamente “copiados” da Constituição Nacional. Há uma Lei que prevê a responsabilidade da Nação argentina em caso de dano que o servidor público federal venha a causar, no exercício das suas funções, aos administrados. Valem, é bom frisar, somente em relação aos servidores do âmbito federal. As Constituições e as Leis provinciais têm que tratar da questão da responsabilidade que os seus funcionários venham a causar aos administrados. O **Professor Doutor Maurício Goldfarb** se ocupou de pesquisar, nas legislações de todas as

Províncias da Argentina, como que é tratada a responsabilidade civil em relação aos danos que os servidores venham a causar. Sob o título “Responsabilidad del Estado en la República Argentina”, o autor começa mostrando que há notícias de condenação do Estado pelos danos que os administrados sofrem desde os anos 1800. Houve continuidade da chamada “responsabilidade objetiva” aplicada sem muita polêmica até que, em 2014, aconteceu uma modificação constitucional determinando a não responsabilidade cogente e objetiva em divisões administrativas, exceto se estas Províncias fizessem leis nesse sentido. O autor mostra diversas Províncias argentinas que têm regras em suas Constituições determinando ora a responsabilidade objetiva estatal e ora a responsabilidade exclusiva do próprio servidor público (responsabilidade subjetiva). Em um dos casos mostrados, a Província é que deve ser demandada se um seu servidor causar dano ao cidadão (responsabilidade objetiva), mas há como a Província buscar o ressarcimento contra o servidor público, em caso de dolo ou culpa do servidor.

PORTUGAL. Questões como “cybercrime” e “cybersegurança” ocuparam a preocupação do Direito, em quase todos os países, em época muito próximo do ano 2020. Uma simples pesquisa na bibliografia utilizada pelo **Professor Doutor Miguel da Câmara Machado**, para elaboração do seu amplo artigo científico, mostrará que há publicações europeias dos anos 2000 e seguintes. Logo, duas décadas antes. O artigo, denominado “Como nos posicionarmos perante este mundo novo da ciber(in)segurança nos bancos ou nas empresas: dos ciberataques aos ‘smartpayments’ e do ‘smart aml’ à ‘smart fraud’”, transporta o estudante para o campo profundo do estudo das inovações tecnológicas e a necessidade de regulamentação por força de lei. Também, as preocupações que devem ter as empresas que têm banco de dados, especialmente – o centro do estudo – as instituições financeiras, porque estas têm não somente os dados dos seus clientes, como têm valores em seus cofres. E essas cifras podem ser transferidas, eletronicamente, por criminosos, da conta do cliente para contas de criminosos. A análise fala da responsabilidade dos bancos, das contas digitais, dos “cyberataques”, dos elementos de defesa, dos pagamentos eletrônicos e todos os temas circunvizinhos. Por ser o autor membro do corpo jurídico de uma instituição bancária imponente em Portugal, o centro do estudo é sobre os bancos. Porém, outras empresas podem se encaixar na discussão. Por sinal, uma discussão cada vez mais necessária, pois se a tecnologia anda “a cavalo”, os criminosos “seguem a conduzir carros de alta cilindrada”, na metáfora empregada pelo autor. Por estarem na frente das técnicas de defesa, os criminosos podem atacar qualquer instituição – bancária ou de outro segmento empresarial – ou órgão governamental de qualquer parte do mundo.

TURQUIA. O ritmo do progresso necessário do Século XX para os atuais tempos tem exigido das Administrações Públicas investimentos cada vez mais substanciais. Uma tendência aplicada mundialmente é a Parceria Público-Privada, estilo de “sociedade” em que as empresas privadas assumem papéis na edificação/construção de bens públicos e, em compensação, passam a perceber

valores diminuídos, porém constantes, que façam não somente a retribuição do investimento, como um lucro nos últimos tempos da parceria. Um exemplo é a construção de uma rodovia, a ser feita por um particular, que será retribuído com o recebimento de pedágio por um tempo longo. Na Turquia, a possibilidade de a Administração Pública firmar Parceria com empresas privadas para execução de obras públicas vem previsto no art. 47 da Constituição (Lei 2.709) e em leis infraconstitucionais. Para explicar o sistema e mostrar as conveniências, inconsistências ou até dificuldades, a **Professora Doutora Nesrín Akin** escreveu, exclusivamente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, um muito bem fundamentado artigo científico. A Professora, que desde janeiro de 2023 atua também no Departamento Jurídico de um grande banco turco, pesquisa o assunto há tempos e, ainda no fim de 2023, foi convidada a proferir palestras em Congressos de Direito. Da esquematização para a fala, ela desenvolveu o artigo que ora é publicado. Um texto que pode ser aplicado em qualquer país que já utiliza as Parcerias Público-Privadas; ou que pode ver nessas Parcerias uma forma de financiamento das obras públicas sem investimento do próprio capital obtido com os tributos cobrados.

BRASIL. O **Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares e Professor Doutor Valdir de Oliveira Júnior** se associaram ao Mestre e Doutorando Robson Cosme de Jesus Alves para produzirem um artigo científico que trata dos “Direitos Fundamentais da Nova Geração” e do “Direito da Solidariedade”, integrante da “terceira geração dos Direitos Fundamentais”. O texto científico aborda o direito fundamental ao desenvolvimento, apresentado como um tema de grande relevância social e científica, que se tornou mais evidente, especialmente, a partir do contexto do isolamento social que o mundo viveu nos anos 2020 e 2021. A análise científica do tema se prendeu aos tópicos: “conceito e origens do desenvolvimento no plano internacional; as nuances do direito do desenvolvimento no plano constitucional brasileiro; e a teoria integral da proteção dos direitos humanos fundamentais como instrumento de implementação do direito ao desenvolvimento”. Apurar ou focar em alguns dos muitos pontos de estudos em um campo do saber é, quase sempre, necessário, em um tempo de especialização e estudos direcionados a todos os detalhes. O foco, por seu lado, resultou em um trabalho bem elaborado, capaz de mostrar que a nova geração de Direitos Fundamentais coloca a solidariedade e os direitos transindividuais e difusos entre os principais campos do saber a serem estudados. Outra vantagem do texto é que, embora a espécie de direitos abordados seja universal, há uma comparação com sistema constitucional brasileiro. Logo, bem contextualizado e tendo a Constituição Federal do Brasil como centro da pesquisa.

## MESTRADO

URUGUAI. O sistema de comercialização denominado “multinível” é caracterizado pela comercialização direta de produtos, da fábrica ou fornecedor/

distribuidor, sem empresas comerciais intermediárias. Em vez de empresas comerciais, há um conjunto de pessoas que podem ser consumidoras ou vendedoras, em que uma se filia à atividade da outra. A pessoa da ponta recebe uma remuneração mais elevada pela utilização ou comercialização do produto, enquanto a que lhe indicou o sistema recebe um valor mínimo sobre aqueles produtos consumidos ou revendidos. E vai retroagindo às camadas anteriores em relação a quem filiou quem ao sistema, sendo que quanto mais distante do consumidor ou revendedor do produto, menor é a remuneração que o fabricante ou distribuidor retribui à pessoa envolvida na rede. A esses “mais distantes” está reservado o fato de que, percebendo quase que insignificantes valores por um produto de fato revendido ou consumido, concentra em si muitos outros revendedores ou consumidores. A princípio, é um mercado em que todos ganham. Uns (os da ponta) ganham nominalmente mais em um só produto; outros (os do início), pouquíssimo em cada produto, mas de vários produtos, representando altas cifras. A discussão proposta pelo **Professor Mestre Diego García Austt Arocena**, no artigo “Los mercados multinivel: ¿acción típica de estafa o alea comercial?” é que, se todos que entrarem no mercado multinível continuarem ativos, haverá um dia em que toda a população estará cadastrada, não havendo ganho no cadastramento de novos integrantes, nem consumidores que não sejam da sua própria filiação. É o que o autor chama de “estafa”, representando um momento em que o mercado se encontra repleto de integrantes do sistema. Claro deve ficar: se todos os que entrarem continuarem ativos não apenas como consumidores, mas também cadastrando outros que cadastrarão outros, e assim por diante. O autor discute a questão do desconhecimento da “estafa” do mercado, colocando-o em um nível de estelionato, se o mercado já estiver saturado e o cadastrado não estiver ciente de que já não há mais a quem ele integrar ao sistema multinível. O autor aponta legislação existente e coloca as grandes empresas mundiais que, de forma absolutamente legal, utilizam o mercado multinível, e, de fato, faz com que muitas pessoas ganhem dinheiro com a atividade. De forma legal.

Com esse grupo de autores, de altíssimo nível, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** fecha o primeiro quadrimestre do primeiro lustro da sua existência. Neste quinquênio o que se busca é chegar a bem mais de uma centena de artigos científicos. Todos, de altíssima qualidade. Quase todos, de autoria de Professores que têm título de “Doutor” em Direito.

Com essa qualidade, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** se sente segura em convidar autores renomados a colaborar com suas obras de pesquisa científica. A publicação destes textos será uma forma de parceria que eleva um conjunto variado de beneficiários: a Revista, os autores e os leitores.

**Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso**

*Editor*

**Autoria**

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

**Urheberschaft**

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

**Authorship**

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

**Paternidad literaria**

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

**Paternité**

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

**Paternità**

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

Colocação <i>Rangfolge</i> Ranking <i>Colocación</i> Classement <i>Classifica</i>	Origem dos autores por países <i>Herkunft der Autoren nach Land</i> Authors' origin by country <i>Origen de los autores por país</i> Origine des auteurs par pays <i>Origine degli autori per paese</i>	Número de artigos publicados <i>Anzahl der veröffentlichten Artikel</i> Number of articles published Numero de artículos publicados Nombre d'articles publiés <i>Numero di articoli pubblicati</i>
1.º	Brasil	24
	Espanha	24
3.º	Argentina	17
4.º	Portugal	16
5.º	Itália	08
6.º	Estados Unidos	07
7.º	Japão	04
	Moçambique	04
	Uruguai	04
10.º	Bolívia	03
	Colômbia	03
	França	03
	México	03
	Turquia	03
15.º	Chile	02
	Índia	02
17.º	Angola	01
	Canadá	01
	Grécia	01
	Polónia	01
	Suíça	01
	Venezuela	01



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

DOCTORADO



## **PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS: PLANOS AMERICANO E BRASILEIRO**

**AFLATON CASTANHEIRA MALUF<sup>1</sup>**

### **1 INTRODUÇÃO**

A Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012 (Código Florestal brasileiro), teve como principal função a atualização das regras de proteção da vegetação nativa brasileira. E o fez ao criar normas novas próprias da Lei em assunto e ao modificar, com novas redações, outras legislações. Foram modificados vários artigos da Lei Federal n.º 6.938, de 31-8-1981; da Lei Federal n.º 9.393, de 19-12-1996; e da Lei Federal n.º 11.428, de 22-12-2006.

Teve, quando da sua vinda a lume, a informação de que se tratava de um Código Florestal, o que não adere ao que a nomenclatura tradicionalmente reserva para a edição de “Códigos”. Esses são mais abrangentes e devem aglutinar todas as regras de um segmento. O normal é que um Código, quando do seu nascimento, contenha em si a principal legislação, sobre o tema, existente naquele momento. Poderá até vir a sofrer inserções de novos artigos no futuro, ou podem aparecer leis esparsas dominando assunto que deveria estar no Código. Mas, apenas por força da mutabilidade das condições e das necessidades de adaptação das normas ao que se encontra, como elemento vivo, carecendo de regramento em tempos que se sucedem.

Por não ter essa característica mínima, a Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, não deve ser classificada como um “Código” Florestal. Trata-se de mais uma Lei que expede condições e imposições referentes à proteção, conservação e

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela FADISP. Mestre e Doutorando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder 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)

recuperação da vegetação nativa. Em sentido mais técnico e abrangente: Código Ambiental do Rio Grande do Sul (Lei Estadual n.º 15.434, de 9-1-2020). Um crédito especial: a Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, trouxe em seu corpo a seguinte parte, incipiente e receptáculo de então futura legislação complementar e específica:

**Art. 41.** É o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sem prejuízo do cumprimento da legislação ambiental, programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, bem como para adoção de tecnologias e boas práticas que conciliem a produtividade agropecuária e florestal, com redução dos impactos ambientais, como forma de promoção do desenvolvimento ecologicamente sustentável, observados sempre os critérios de progressividade, abrangendo as seguintes categorias e linhas de ação:  
I - pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais, [...].

Por menos que tenha sido, o artigo 41, inciso I, da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, considera-se o embrião do *pagamento por serviços ambientais*, que viria a receber legislação especialmente para ele voltada, quase *nove anos* depois. Interstício no qual funcionou a parte ora transcrita como norma programática. A parte “é o Poder Executivo federal autorizado” teve a função de ser uma programação. A título complementar inicial, é necessário perscrutar aportes estrangeiros precedentes.

## 2 PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS NAS AMÉRICAS

Ressalte-se que no plano internacional, essa relevante questão ambientalista – que pode ser considerada um eficaz *instrumento econômico a favor do meio ambiente* – começou a ser engendrada no estrangeiro, na década de 90 do séc. XX

En 1993 el Banco Mundial fue uno de los primeros en usar el concepto de “capital natural”, el cual incluye, como su nombre lo indica, todo lo natural que existe en el planeta (4). Dicho concepto fue clave para el avance del capitalismo, debido a que su definición vaga y amplia lo engloba todo. Así, todos los componentes de la naturaleza pueden ser considerados capital naturales y, por ende, ser comercializados. Para ello fue necesario avanzar hacia un enfoque que incluya nuevas formas de consumo; algunos “bienes que produce el capital natural” ya estaban en el mercado como los alimentos, la madera, las fibras vegetales, el petróleo, los minerales, etc. En 1997 surge un concepto clave que aparece en un artículo titulado “el valor de los servicios ecosistémicos y el capital natural del planeta”, publicado por la revista

Nature y el libro “los servicios de la naturaleza”, editado por Gretchen Daily (5). En estas publicaciones se usaron los términos “servicios ecosistémicos” o “servicios naturales”, hoy generalizados como servicios ambientales. La noción de “servicio ambiental”, ligado al de “capital natural” entra automáticamente en la lógica de la privatización y la explotación (6), y permitirá apropiarse no sólo de amplios espacios del planeta, sino también de elementos intangibles de los ecosistemas. “Por ser intangibles, los servicios pueden agruparse o separarse en partes libremente, de acuerdo con los criterios del vendedor. Por ejemplo, una empresa podría vender “regulación climática”, pero le sería mucho más conveniente vender por separado “lluvias de cantidad apropiada”, “temperaturas adecuadas”, “veranos perfectos”, etc., El único límite a la creación de nuevos “servicios” será el de la imaginación de las empresas. Los dos Convenios, de Diversidad Biológica, y Cambio Climático, se han convertido en los instrumentos internacionales que dan cabida a la venta explícita de servicios ambientales. Esto no hubiera sido posible sin la injerencia de organismos financieros internacionales, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, los cuales “han financiado y diseñado varios proyectos que contienen elementos importantes para el desarrollo de los pagos por servicios ambientales y que, en muchos casos, aparecen como los principales impulsores y promotores de la propuesta, pues la presentan como alternativa a la pobreza económica y marginación social que existe en las regiones del Tercer Mundo, y que dicen estar combatiendo.”<sup>2</sup>

As iniciais vazadas no texto transcrito linhas atrás, P.S.A., significam “Pagamento por Serviços Ambientais”. São cópias de outras regiões do planeta que, muito antes, já utilizavam as iniciais P.E.S. como sendo “Payments for Environmental Services” ou “Payments for Ecosystem Services” ou, em Espanhol, “Pago por Servicios Ambientales”. Em visão latino-americana e tropical do assunto central, há a seguinte informação:

Los servicios ambientales son aquellos que brindan –fundamentalmente pero no exclusivamente– las áreas silvestres (sean bosques, pantanos y humedales, arrecifes, manglares, llanuras, sabanas), las áreas que en su conjunto conforman ecosistemas, paisajes, cuencas hidrográficas y eco-regiones. Estos servicios todavía no se valoran adecuadamente y generalmente no se pagan con excepción de unos pocos países. Estos servicios son, entre otros, los siguientes: (i) mitigación de las emisiones de gases con efecto invernadero; (ii) conservación de la biodiversidad; (iii) protección de recursos hídricos, en términos de calidad, distribución en el tiempo y cantidad de agua; (iv) belleza escénica; y, (v) mitigación de los impactos de desastres asociados con fenómenos naturales (ESPINOZA; GATICA; SMYLE, 1999, folhas XII).

Infere-se, de forma clarividente, que essa temática não foi uma invenção brasileira, normatizada aqui no Brasil em 2012. A prova é que o pesquisador Sven Wunder, do Center for International Forestry Research (Indonésia) e do European Forest Institute, em 2005, publicou o seguinte:

<sup>2</sup> Disponível em: <<https://www.semillas.org.co/es/qu-son-los-servicios-ambientales>>. Acesso em: 30 jun. 2023.

Payments for environmental services (PES) are part of a new and more direct conservation paradigm, explicitly recognizing the need to bridge the interests of landowners and outsiders. Eloquent theoretical assessments have praised the absolute advantages of PES over traditional conservation approaches. Some pilot PES exist in the tropics, but many field practitioners and prospective service buyers and sellers remain skeptical about the concept (WUNDER, 2005, p. 1).<sup>3</sup>

O autor demonstra que alguns programas já estavam implantados – em 2005 –, os quais ainda não tinham muita adesão, porque os destinatários se mostravam céticos. Muito certamente, por falta de uma normatização em várias partes do mundo.

Dois anos após a primeira publicação referida (e ainda cinco distantes anos antes de a primeira lei brasileira se referir ao assunto), o texto original foi revisitado e relacionado às florestas tropicais, e publicado como artigo científico em uma Revista de Jakarta, na Indonésia, no qual ensina:

Payments for environmental services represent a new, more direct way to promote conservation. They recognize the need to address difficult trade-off by bridging the interests of landowners and external actors through compensations. Theoretical assessments praise the advantages of PES over indirect approaches, but in the tropics, PES application has remained incipient (WUNDER, 2007, p. 48).<sup>4</sup>

Em artigo científico publicado em 2008, em coautoria deste mesmo autor com Stefanie Engel e Stefano Pagiola, escreveram que “Payments for environmental services (PES) have attracted increasing interest as a mechanism to translate external, non-market values of the environment into real financial incentives for local actors to provide environmental services (ES).” (ENGEL; PAGIOLA; WUNTER, 2008, p. 663).<sup>5</sup>

Os serviços ambientais compõem um mercado no qual atuam poucos vendedores mas, principalmente, pouquíssimos compradores (pode ser que essa

<sup>3</sup> Tradução nossa: “Pagamentos por serviços ambientais (PSA) fazem parte de uma nova e mais direta conservação paradigma, reconhecendo explicitamente a necessidade de unir os interesses dos proprietários que estão fora do local. Eloquentes avaliações teóricas elogiaram as vantagens absolutas do PSA sobre as tradicionais abordagens de conservação. Alguns PSA-piloto existem nos trópicos, mas muitos produtores rurais, compradores e vendedores de serviços em potencial permanecem céticos quanto ao conceito”.

<sup>4</sup> Tradução nossa: “Os pagamentos por serviços ambientais representam um jeito novo e mais direto de promover a conservação. Eles reconhecem a necessidade de abordar os difíceis compromissos, aproximando os interesses dos proprietários de terras e dos atores externos por meio de compensações. Avaliações teóricas elogiam as vantagens do PSA sobre as abordagens indiretas, mas nos trópicos, a aplicação do PSA permaneceu incipiente.”.

<sup>5</sup> Tradução nossa: “Os pagamentos por serviços ambientais (PSA) têm atraído cada vez mais interesse como mecanismo para traduzir valores ambientais externos e não mercantis em incentivos financeiros reais para que os atores locais forneçam serviços ambientais (S.A.).”.

realidade mude). Não que haja grande número de provedores, mas a própria reduzida quantidade de interessados faz com que não haja um valor expressivo e atraente para a atuação em tom “comercial”

El establecimiento de mercados de servicios ambientales contribuyen de distinta manera al desarrollo sostenible en el medio rural y, en algunos casos, su ámbito de beneficios trasciende el nivel local y adquiere importancia regional y global. Estos servicios aportan y sugieren mecanismos nuevos y novedosos para atender, tanto la conservación de los recursos naturales, la responsabilidad de la sociedad por los impactos de las actividades económicas, como la posibilidad de crear nuevas actividades económicas, más empleos e ingresos en el medio rural. Asimismo, permiten la transferencia de conocimientos y de tecnología, transferencia de recursos financieros de otros ámbitos, nacionales e internacionales, al medio rural. No menos importante, son la oportunidad que ofrece una política de servicios ambientales en el aumento de la conciencia pública por los problemas ambientales locales y globales y un eventual cambio de actitud en los patrones de consumo y de producción (ESPINOZA; GATICA; SMYLE, 1999, folhas 7).

No plano internacional sul-americano, cite-se como primeiro exemplo, a Colômbia (Decreto n.º 953/2013)<sup>6</sup>



Destaque-se aqui, como modelo paradigmático, a Costa Rica. Décadas atrás, esse país da América Central se encontrava em situação de iminente *calamidade nacional ecológica*. Na década de 1980, a Costa Rica já se dera conta de que o colapso ambiental rondava o seu território. Em 1987, o país

<sup>6</sup> Disponível em: <<https://www.minambiente.gov.co/negocios-verdes/pagos-por-servicios-ambientales/>>. Acesso em: 30 jun. 2023

estava reduzido a apenas 18% de sua cobertura florestal original, estando a maior parte dos remanescentes compreendidos em unidades de conservação (MILARÉ, 2013, p. 863). Tendo em vista essas condições extremas, a Costa Rica normatizou o Pagamento por Serviços Ambientais (P.S.A.) na década de 90, em seu Código Florestal (Lei 7.575, de 5-2-1996). Eis a definição do vigente Código Florestal Costa-Riquenho, de 1996:

**ARTÍCULO 3.- Definiciones**

Para los efectos de esta ley, se considera:

[...].

**k) Servicios ambientales:** Los que brindan el bosque y las plantaciones forestales y que inciden directamente en la protección y el mejoramiento del medio ambiente. Son los siguientes: mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero (fijación, reducción, secuestro, almacenamiento y absorción), protección del agua para uso urbano, rural o hidroeléctrico, protección de la biodiversidad para conservarla y uso sostenible, científico y farmacéutico, investigación y mejoramiento genético, protección de ecosistemas, formas de vida y belleza escénica natural para fines turísticos y científicos.<sup>7</sup>

As transcrições são propositais. Além de didáticas, demonstram as datas das publicações dos textos, alguns *lustros* antes de a primeira lei brasileira fazer uma ligeira referência a “pagamento por serviços ambientais”, e *décadas* antes de a Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, tratar o tema minuciosamente.

Demonstra, especialmente, que o alcunhado “legislador” brasileiro (entenda-se, o Congresso Nacional ou Parlamento Federal) necessita ombrear mais rapidamente com os avanços ambientalistas operados no estrangeiro. Em outras palavras, no plano das normas ambientais, o “legislador” brasileiro precisa sair da “popa”, assumindo a visão conferida pela “proa”, a fim de acompanhar “em tempo real” as novas temáticas ambientalistas.

### **3 PAGAMENTOS POR SERVIÇOS AMBIENTAIS NO BRASIL**

O P.S.A. tem suas bases no *princípio ambiental* do Protetor-Recebedor. Princípio que preconiza que aqueles que contribuem para a restauração e preservação da natureza (e dos serviços ecossistêmicos, conseqüentemente) percebam uma justa retribuição. Para Rech (2012), o princípio do Protetor-Recebedor tem no PSA “a forma mais eficaz de multiplicar agentes motivados a preservar a natureza, para que ela continue prestando serviços indispensáveis à preservação da biodiversidade e da própria dignidade humana.” (ALTMANN; NUSDEO, 2022, p. 47).

<sup>7</sup> Disponível em: <[https://www.sica.int/busqueda/busqueda\\_archivo.aspx?Archivo=leys\\_6991\\_1\\_27032006.pdf](https://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?Archivo=leys_6991_1_27032006.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2023.

Há elementos presentes na natureza que são tidos como ofertados permanente e graciosamente pelo próprio meio ambiente. A produção de oxigênio, as nascentes das águas, as chuvas e a produção de alimentos têm essa conotação. No entanto, há dois componentes que afetam esses elementos. Um deles é a ação humana que destrói a capacidade de a natureza produzir alguns desses elementos. O outro – especialmente, a produção de alimentos – vem claramente acrescido da mão humana como fator importante. A plantação, o cuidado, a colheita, o armazenamento e a distribuição são atitudes humanas que agregam força à natureza para que haja a produção alimentícia.

Ainda que a força humana não faça chover, há como colaborar com a formação das condições para a chuva. Se o ser humano não tem a capacidade para fazer o solo, tem habilidade para preservá-lo ou diminuir os impactos que tiram a sua pujança.

Essa parte do trabalho humano, que colabora para que a natureza faça a sua parte, é feito pelos produtores rurais, pelas empresas especializadas em ensino do manejo e pelas Organizações com fins específicos ligados ao meio ambiente.

A Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, trouxe o reconhecimento de que os produtores rurais, ao exercerem o seu labor, estão permanentemente aumentando a força da natureza – ainda que o façam de forma despercebida – para a oferta dos elementos vitais para a vida como um todo. Não somente a vida humana é a beneficiária. E, para retribuir esse reconhecimento, há vias de recomposição de alguns dos gastos levados a efeito não em benefício próprio ou nem em busca de maior produtividade, mas como conservação da natureza.

A Lei em assunto, embora lançada em 2012, no que tange o pagamento de serviços ambientais, figurou mais como norma programática, porque não havia o que se pode chamar de pagamento direto. As formas indiretas existentes sempre se apresentaram de implementação cara, dispendiosa e burocrática. Uma constatação pode ser medida por uma publicação, de 2008, patrocinada pelo Ministério do Meio Ambiente, que reconhecia que, em relação ao pagamento por serviços ambientais “Além do conhecimento insuficiente a respeito da situação fundiária da maioria dos potenciais provedores de serviços ambientais, existem lacunas de conhecimento em relação a aspectos de P.S.A., que podem ou não se tornar barreiras significativas para sua implementação na Amazônia.” (WUNDER; BÖRNER; TITO; PEREIRA, 2008, p. 88). Um temor que venceu o tempo e varou décadas.

Ainda quanto à possibilidade do pagamento por serviços ambientais, às vezes uma terceira pessoa interessada ou necessitada na aquisição de um direito sobre uma servidão ambiental – implantada a duras penas pelo proprietário ou possuidor do imóvel – vê maior facilidade em pagar a esse alguém que já executou o serviço, do que a própria interessada tomar as providências.

Algum ponto de amenização apareceu com a Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021. Foi quando se deu a instituição da “Política Nacional e o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais”. Referida norma federal alterou, também, as Leis n.ºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Com a Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, apareceu, efetivamente, a definição do que se classifica como *serviços ambientais* e suas variações de pagamento, bem como identificou quem são o pagador e o beneficiário do pagamento. Também, as diversas vias de remuneração.

### 3.1 Definição Quanto a Serviços Ambientais

A expressão “serviços ambientais” recebeu a primeira definição na Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, em cujo art. 2.º, inciso III, faz constar que se tratam de “atividades individuais ou coletivas que favorecem a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos;”. Na visão de Édís Milaré (2013, p. 864), “*Serviços ambientais* são os benefícios que a sociedade e os indivíduos auferem dos ecossistemas naturais”. A nomenclatura “P.S.A.”, embora vigente no Brasil há mais de uma década, só mereceu publicações e definições doutrinárias em quantidade significativa, após referida lei específica, de 2021.

### 3.2 Participantes

No presente tópico e, em verdade, em todo esse texto, aparecerão algumas vezes as expressões “pagador de serviços ambientais” e “provedor de serviços ambientais”. Assim, comporta a definição, nesse subitem, da seguinte forma, com colheita feita na Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021:

**Art. 2.º** Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...].

V - pagador de serviços ambientais: poder público, organização da sociedade civil ou agente privado, pessoa física ou jurídica, de âmbito nacional ou internacional, que provê o pagamento dos serviços ambientais nos termos do inciso IV deste **caput**;

VI - provedor de serviços ambientais: pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou grupo familiar ou comunitário que, preenchidos os critérios de elegibilidade, mantém, recupera ou melhora as condições ambientais dos ecossistemas.



Para que haja o pagamento por serviços ambientais, mister se faz que haja um contrato bilateral. Logo, o pagamento por serviços ambientais envolve um vendedor (ou provedor) e um pagador (ou comprador). Em quaisquer dos lados, pode haver uma coletividade, um condomínio ou uma reunião de entidades. Eis que

Em princípio, pode ser comprador de um serviço ambiental qualquer pessoa física ou jurídica que tenha disposição a pagar pelo mesmo. Isto inclui empresas privadas, setor público e Organizações Não-Governamentais – ONG nacionais ou internacionais, entre outros. Uma distinção básica relacionada ao tipo de comprador pode ser feita, por um lado, entre PSA privados (aqueles financiados diretamente pelos usuários dos serviços) e, por outro lado, por PSA públicos (onde o Estado atua como comprador, representando os usuários de serviços ambientais) (WUNDER; BÖRNER; TITO; PEREIRA, 2008, p. 29).

Em complemento, o estudo indica que

[...] os compradores podem ser os próprios beneficiários ou intermediários (por exemplo, governo, organizações não-governamentais ou agências internacionais). Como notam Pagiola e Platais (2007), a compra de serviços ambientais por governos e outras fontes financiadoras frequentemente ocorre quando se trata de serviços ambientais com caráter de bem público (por exemplo, captação de carbono), que se caracterizam por trazerem benefícios a serem usufruídos pela sociedade como um todo, sem possibilidade de exclusão de determinados grupos. Os beneficiários desses serviços geralmente não têm informação suficiente para a sua valoração, nem podem controlar sua provisão. Teoricamente existem três modalidades de PSA compatíveis com a definição mencionada na seção anterior [...]. Estas se referem à compra direta e sem intermediação; à compra direta com intermediação e à compra indireta de serviços ambientais. Na realidade, no entanto, a modalidade em que os compradores pagam diretamente aos provedores praticamente ainda não se estabeleceu (WUNDER; BÖRNER; TITO; PEREIRA, 2008, p. 31).

São pagadoras por definição as empresas que têm por exercício profissional alguma atividade produtora de gases que provocam o efeito estufa e que são deficitárias quanto aos efeitos capazes de mitigação. Também as empresas hidrelétricas e pessoas naturais autorizadas a construir represas que submergem a mata e, destarte, tiram a vida da vegetação e dos seres vivos que não conseguem fugir, além de expulsar os seres vivos que podem se mover. A indústria química, a mineração, a indústria farmacêutica, as empresas e pessoas naturais que extraem minerais (pedras de toda espécie, areia e metais preciosos) e vegetais não renováveis, são outra espécie de público-alvo que sempre tem necessidade de adquirir os serviços ambientais que os provedores podem produzir.

A parte que atua como fornecedora do serviço ambiental é conhecida como vendedora ou provedora. E

Provedor de serviços ambientais pode ser apenas quem demonstra domínio sobre o serviço ambiental, no sentido de poder garantir sua provisão durante o período definido no contrato de transferência. Isto faz com que o grupo de potenciais provedores se limite a pessoas ou entidades com capacidade e direito de excluir terceiros do acesso e/ou uso da terra que provê o serviço ambiental em questão (WUNDER; BÖRNER; TITO; PEREIRA, 2008, p. 30).

Como provedores, podem aparecer Universidades que, por atuarem em segmento do saber destinado à natureza (Geografia, Biologia, Oceanografia, etc.) e empresas de pesquisas ambientais que utilizam dos imóveis rurais tanto para o ensino aos alunos quanto para fins produtivos ou para repassar, aos produtores, as técnicas. As comunidades indígenas, por terem apoio de órgãos da Administração Pública, têm maior facilidade de vencer os degraus para chegar à qualificação de conhecidos fornecedores de serviços ambientais.

Em relação às pessoas naturais que têm imóveis rurais, têm mais dificuldades de acesso, às vezes por estarem distanciados dos centros urbanos e às vezes por não terem como cumprir para com a burocracia para obtenção dos benefícios. Desta forma, as organizações empresariais têm mais facilidade de se habilitar a ser fornecedoras de serviços ambientais.

Por outro lado, em se tratando de “áreas de exclusão de pesca, podem ser recebedores os membros de comunidades tradicionais e os pescadores profissionais que, historicamente, desempenhavam suas atividades no perímetro protegido e suas adjacências, desde que atuem em conjunto com o órgão ambiental competente na fiscalização da área.” (§ 3.º do art. 8.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021).

Recebedores – termo citado na lei em destaque na linha anterior – são os provedores ou vendedores de serviços ambientais. Recebem valores, recebem pagamento.

### **3.3 Definições Legais**

A Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, trouxe alguns conceitos e definições sem os quais não somente não há facilidade para se aplicar a Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, e a própria Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021. E que colaboram muito com definições que, se feitas com palavras menos

técnicas, não trariam clareza. O que faz com que a transcrição dos conceitos resulte em uma informação muito mais técnica. A didática indica que, antes de falar de um objeto, ele deve ser definido. Nestes termos, tem-se que transcrever a Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, no seguinte segmento:

**Art. 2.º** Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

III - serviços ambientais: atividades individuais ou coletivas que favorecem a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos;

IV - pagamento por serviços ambientais: transação de natureza voluntária, mediante a qual um pagador de serviços ambientais transfere a um provedor desses serviços recursos financeiros ou outra forma de remuneração, nas condições acertadas, respeitadas as disposições legais e regulamentares pertinentes;

V - pagador de serviços ambientais: poder público, organização da sociedade civil ou agente privado, pessoa física ou jurídica, de âmbito nacional ou internacional, que provê o pagamento dos serviços ambientais nos termos do inciso IV deste **caput**;

VI - provedor de serviços ambientais: pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou grupo familiar ou comunitário que, preenchidos os critérios de elegibilidade, mantém, recupera ou melhora as condições ambientais dos ecossistemas.

**Art. 3.º** São modalidades de pagamento por serviços ambientais, entre outras:

I - pagamento direto, monetário ou não monetário;

II - prestação de melhorias sociais a comunidades rurais e urbanas;

III - compensação vinculada a certificado de redução de emissões por desmatamento e degradação;

IV - títulos verdes (**green bonds**);

V - comodato;

VI - Cota de Reserva Ambiental (CRA), instituída pela Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012.

**§ 1.º** Outras modalidades de pagamento por serviços ambientais poderão ser estabelecidas por atos normativos do órgão gestor da PNPSA.

**§ 2.º** As modalidades de pagamento deverão ser previamente pactuadas entre pagadores e provedores de serviços ambientais.

O próprio conceito de pagamento por serviços ambientais aparece no art. 6.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, para colocar a União como pagadora, “nas ações de manutenção, de recuperação ou de melhoria da cobertura vegetal nas áreas prioritárias para a conservação, de combate à fragmentação de **habitats**, de formação de corredores de biodiversidade e de conservação dos recursos hídricos.”. Ações que são centralizadas junto ao Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais (PFPSA).

Para a Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, (inciso IV do art. 2.º) pagamento por serviços ambientais se caracteriza como “transação de natureza voluntária, mediante a qual um pagador de serviços ambientais transfere a um provedor desses serviços recursos financeiros ou outra forma de remuneração, nas condições acertadas, respeitadas as disposições legais e regulamentares pertinentes;”.

### 3.4 Definições Doutrinárias

Como já informando anteriormente, a primeira legislação acerca do pagamento por serviços ambientais, no Brasil, veio às claras em 2012, mas somente no início de 2021 apareceu uma legislação que possibilitou efetivar algum possível benefício. Mesmo passada uma década da implantação da possibilidade, os primeiros passos – pode-se dizer – ainda estão por ser dados.

Em uma síntese, pode-se dizer que o pagamento por serviços ambientais é espécie contratual em que uma atividade até então voluntária de conservação na natureza é adquirida por uma empresa, um ente estatal ou entidade ligada ao segmento ambiental, sob a condição de o vendedor continuar com as obrigações de manutenção do benefício, considerando que a conservação ou o fomento às condições ambientais, que foram negociadas, continuam fixas no imóvel da origem. Trata-se da possibilidade legal de recompensar, financeiramente, quem consegue manter, melhorar ou recuperar um serviço ecossistêmico. Para conceituar serviços ecossistêmicos, melhor mesmo é buscar suporte na Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, que assim expõe:

**Art. 2.º** Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...].

II - serviços ecossistêmicos: benefícios relevantes para a sociedade gerados pelos ecossistemas, em termos de manutenção, recuperação ou melhoria das condições ambientais, nas seguintes modalidades:

a) serviços de provisão: os que fornecem bens ou produtos ambientais utilizados pelo ser humano para consumo ou comercialização, tais como água, alimentos, madeira, fibras e extratos, entre outros;

b) serviços de suporte: os que mantêm a perenidade da vida na Terra, tais como a ciclagem de nutrientes, a decomposição de resíduos, a produção, a manutenção ou a renovação da fertilidade do solo, a polinização, a dispersão de sementes, o controle de populações de potenciais pragas e de vetores potenciais de doenças humanas, a proteção contra a radiação solar ultravioleta e a manutenção da biodiversidade e do patrimônio genético;

c) serviços de regulação: os que concorrem para a manutenção da estabilidade dos processos ecossistêmicos, tais como o sequestro de carbono, a purificação do ar, a moderação de eventos climáticos extremos, a manutenção do equilíbrio do ciclo hidrológico, a minimização de enchentes e secas e o controle dos processos críticos de erosão e de deslizamento de encostas;

d) serviços culturais: os que constituem benefícios não materiais providos pelos ecossistemas, por meio da recreação, do turismo, da identidade cultural, de experiências espirituais e estéticas e do desenvolvimento intelectual, entre outros;

[...].

### 3.5 Possíveis Serviços Ambientais

Há uma variedade em potencial dos modelos de serviços ambientais que podem ser comercializados. Alguns exemplos são:

- captura de carbono. Existem certos tipos de culturas agroflorestais que captam uma maior quantidade de carbono. Se em vez de o proprietário ou o possuidor da terra utilizarem o imóvel para atividades pecuárias, decidirem reflorestar ou utilizar o manejo do solo de maneira a produzir maior quantidade de ar puro, poderão ser compensados financeiramente. E o são por dois básicos motivos: a abstinência da utilização do imóvel para atividades mais poluidoras e por ter que empregar horas de trabalho na implantação do sistema produtor de melhor ambiente (alínea “a” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012);
- “conservação de paisagens de grande beleza cênica;” (inciso IV do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021) ou “conservação da beleza cênica natural;” (alínea “b” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012);
- “conservação de remanescentes vegetais em áreas urbanas e periurbanas de importância para a manutenção e a melhoria da qualidade do ar, dos recursos hídricos e do bem-estar da população e para a formação de corredores ecológicos;” (inciso II do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- conservação e apoio à continuidade das nascentes e fontes geradoras de recursos hídricos – como manguezais e veredas – bem como a recuperação das bacias hidrográficas;
- “conservação e melhoria da quantidade e da qualidade da água, especialmente em bacias hidrográficas com cobertura vegetal crítica importantes para o abastecimento humano e para a dessedentação animal ou em áreas sujeitas a risco de desastre;” (inciso III do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- “conservação e o melhoramento do solo;” (alínea “g” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012);
- “conservação e recuperação da vegetação nativa, da vida silvestre e do ambiente natural em áreas rurais, notadamente naquelas de elevada diversidade biológica, de importância para a formação de corredores de biodiversidade ou reconhecidas como prioritárias para a conservação da biodiversidade, assim definidas pelos órgãos do Sisnama;” (inciso I do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- construção de barreiras, barragens e minirrepresas não com o fim de reter água em seu próprio imóvel, mas como meio de controlar enchentes nas partes baixas e deslizamentos das encostas, bem como poder liberar a água para as regiões mais baixas em época de pouca chuva;
- desmatamento evitado. Quando um imóvel rural ainda é coberto por vegetação – em área excedente à reserva legal, cuja conservação é obrigatória – o proprietário ou possuidor podem ser ressarcidos por não desmatar;

- diminuição da emissão de gases que provocam o efeito estufa, o que se consegue ou reduzindo a própria produção ou usando de retenção do carbono, como o reflorestamento com árvores nativas e regionais;
- favorecimento à biodiversidade conservada (alínea “c” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012), com a proteção das espécies animais e vegetais de uma região, a conservação dos ecossistemas e a preservação da diversidade biológica;
- fomento ao turismo ecológico em razão da conservação da beleza das florestas e paisagens naturais, em ambiente apropriado para a permanência da biodiversidade;
- “manejo sustentável de sistemas agrícolas, agroflorestais e agrossilvopastoris que contribuam para captura e retenção de carbono e conservação do solo, da água e da biodiversidade;” (inciso VI do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- “manutenção das áreas cobertas por vegetação nativa que seriam passíveis de autorização de supressão para uso alternativo do solo.” (inciso VII do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- “manutenção de Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito;” (alínea “h” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012);
- preservação de florestas, manguezais, veredas e pântanos com o fim de evitar ou controlar enchentes e deslizamentos em época de chuva, e seca em épocas de menos chuvas;
- “recuperação e recomposição da cobertura vegetal nativa de áreas degradadas, por meio do plantio de espécies nativas ou por sistema agroflorestal;” (inciso V do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- “regulação do clima” (alínea “e” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012).

Para definir alguns itens transcritos nos tópicos e marcadores deste subitem, vereda é “fitofisionomia de savana, encontrada em solos hidromórficos, usualmente com a palmeira arbórea *Mauritia flexuosa* - buriti emergente, sem formar dossel, em meio a agrupamentos de espécies arbustivo-herbáceas;” (inciso XII do art. 3.º da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012), enquanto que manguezal é

ecossistema litorâneo que ocorre em terrenos baixos, sujeitos à ação das marés, formado por vasas lodosas recentes ou arenosas, às quais se associa, predominantemente, a vegetação natural conhecida como mangue, com

influência fluviomarinha, típica de solos limosos de regiões estuarinas e com dispersão descontínua ao longo da costa brasileira, entre os Estados do Amapá e de Santa Catarina; [...]. (inciso XIII do art. 3.º da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012).

Os pântanos fazem parte das áreas úmidas, são “pantanais e superfícies terrestres cobertas de forma periódica por águas, cobertas originalmente por florestas ou outras formas de vegetação adaptadas à inundação;” (inciso XXV do art. 3.º da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012), definição que tem algum liame com as várzeas de inundação ou planícies de inundação, classificadas como “áreas marginais a cursos d’água sujeitas a enchentes e inundações periódicas;” (inciso XXI do art. 3.º da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012).

Para culminar o subitem, é só lembrar que a Lei Federal n.º 6.938, de 31-8-1981, é portadora, em seu art. 9.º, inciso XIII, de alguns instrumentos econômicos que compõem a Política Nacional do Meio Ambiente. E o faz com duas demonstrações de que não se trata de *numerus clausus*, pois utiliza da conjunção exemplificativa “como” e, ao fim, acrescenta “e outros”, para, no meio do inciso, relacionar “concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental”.

### **3.6 O Mercado de Serviços Ambientais**

Se a própria consciência ecológica é incipiente, e a ideia de pagamento pelos serviços ambientais prestados pelos provedores ainda engatinha, o mercado para colocação dos serviços ambientais também não se acha sequer bem iniciado. Muito tempo levará para se consolidar.

Há muitas empresas poluidoras que, em vez de colocar os fortes braços em favor da recuperação ou preservação do meio ambiente, lutam com todas as forças para obter elisão. Ou buscam caminhos sinuosos e obscuros na tentativa de evitar ter que parar de poluir ou pagar pela degradação que causam. Poderiam, simplesmente, adquirir serviços ambientais produzidos por outrem, para compensação da condição de serem deficitárias na conservação da natureza.

Da parte do povo, poucos são os que, simplesmente, exigem o fechamento das atividades que poluem ou degradam. O que mais se busca é a diminuição da poluição e da degradação, se essas forem da essência da manutenção da atividade. A reivindicação é que as atividades degradadoras ou poluidoras ajam de maneira a compensar o estrago que causam. Uma das modalidades à disposição é a aquisição de direitos sobre as servidões ambientais ou os serviços ambientais.

### 3.7 A Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA)

A Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, criou a Política Nacional de Pagamentos por Serviços Ambientais, com as iniciais PNPSA. Política a ser gerida pelo Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama). A PNPSA tem objetivos e diretrizes especificadas em vários incisos dos arts. 4.º e 5.º. Dentre os objetivos, destacam-se:

- conscientização e operacionalização para melhoria das condições climáticas, especialmente com a redução das emissões perniciosas de gases; emissões danosas que vêm, principalmente em razão da dizimação (dizimar é reduzir, porque vem da mesma origem do vocábulo e “dízimo” ou da expressão “dez por cento”) ou destruição total das florestas;
- conscientização para que não haja perda da vegetação nativa brasileira;
- incentivo à pesquisa científica em favor da biodiversidade;
- orientação a atuação do poder público, das denominadas organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) e das entidades privadas quanto ao pagamento dos serviços ambientais.

Dois objetivos, porém, são destaques maiores: “reconhecer as iniciativas individuais ou coletivas que favoreçam a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos, por meio de retribuição monetária ou não monetária, prestação de serviços ou outra forma de recompensa, como o fornecimento de produtos ou equipamentos;” (inciso VII do art. 4.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021) e “incentivar a criação de um mercado de serviços ambientais;” (inciso XIII do art. 4.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021).

Os dois últimos são o coração e o cérebro dos objetivos. Somente em havendo um trabalho de reconhecimento de que os produtores rurais contribuem, com suas atitudes, para a segurança do meio ambiente saudável, é que podem a eles ser destinada alguma recompensa pelo bem que agregam ao meio ambiente quando exercem o seu labor. E, sem que haja um mercado para a colocação das espécies de pagamento que são feitos em modo distinto da pecúnia (títulos, por exemplo), não há circulação dos bens. Afinal, nada adianta pagar a alguém com uma moeda nova que ninguém aceita, que não tem circulação.

Segundo a Política Nacional de Pagamentos por Serviços Ambientais,

**Art. 5.º** São diretrizes da PNPSA:

[...];

II - o reconhecimento de que a manutenção, a recuperação e a melhoria dos



serviços ecossistêmicos contribuem para a qualidade de vida da população;  
III - a utilização do pagamento por serviços ambientais como instrumento de promoção do desenvolvimento social, ambiental, econômico e cultural das populações em área rural e urbana e dos produtores rurais, em especial das comunidades tradicionais, dos povos indígenas e dos agricultores familiares;  
IV - a complementaridade do pagamento por serviços ambientais em relação aos instrumentos de comando e controle relacionados à conservação do meio ambiente;

V - a integração e a coordenação das políticas de meio ambiente, de recursos hídricos, de agricultura, de energia, de transporte, de pesca, de aquicultura e de desenvolvimento urbano, entre outras, com vistas à manutenção, à recuperação ou à melhoria dos serviços ecossistêmicos;

[...];

IX - a adequação do imóvel rural e urbano à legislação ambiental;

[...].

### 3.8 O Pagamento

Quando se fala em pagamento, pensa-se logo em retribuição financeira em moeda corrente nacional – dinheiro em espécie ou creditado em conta. Há, porém, a possibilidade de pagamento monetário – com entrega de dinheiro – ou não monetário, o qual pode se dar por meio de oferta de produtos ou serviços úteis ao provedor.

Há, destarte, diversos caminhos utilizáveis para a realização de pagamentos, além da entrega de dinheiro, de seta direta, ao produtor dos serviços ambientais. Algumas modalidades complementares dos métodos de pagamento são:

- apoio no trâmite para a exportação, bem como o suporte para que os produtos conseguidos pelo provedor contratante atinjam o patamar exigido pelo mercado externo;
- armazenamento de grãos produzidos pelo provedor, que esperará o melhor momento para a comercialização;
- “comodato;” (inciso V do art. 3.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- “compensação vinculada a certificado de redução de emissões por desmatamento e degradação;” (inciso III do art. 3.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- “Cota de Reserva Ambiental (CRA), instituída pela Lei Federal n.º 12.651, de 25 de maio de 2012” (inciso VI do art. 3.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- diminuição dos juros para que se consiga empréstimos destinados a área de belezas naturais, de conservação ambiental ou de pesquisas científicas;

- diminuição dos juros para que se consiga empréstimos destinados a área de transporte e hospitalidade (hotéis, pousadas, guias, etc.) para os ecoturistas;
- ensinamentos tecnológicos por parte das empresas governamentais de pesquisas agropecuárias e agroflorestais;
- entrega de sementes e defensivos agrícolas;
- “prestação de melhorias sociais a comunidades rurais e urbanas;” (inciso II do art. 3.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- prestação de serviços ao vendedor, com utilização de equipamentos que o pagador tem necessidade. Por exemplo, uma empresa compradora que tem um trator que poderá, com ele, abrir um tanque para o vendedor; ou uma roçadeira que cuidará da área de pasto; ou uma empresa que pode utilizar de drones para pesquisas que o vendedor precisa fazer; ou a realização de georreferenciamento do imóvel do provedor ou de alguém do seu contato; ou a colheita mecanizada de plantações; ou o transporte de grãos ou outros produtos que o provedor dos serviços ambientais realiza em seu imóvel, etc.;
- “títulos verdes (**green bonds**);” (inciso IV do art. 3.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021).

Para se fazer um pagamento, há que se ter um parâmetro, um valor. Para a valorização e métrica dos serviços ambientais, há duas regras principais. A Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, descreve que a quantificação pode ser feita por empresa habilitada, já que há a programação de um fomento para a qualificação para a prestação de assistência técnica. Logo, não será, necessariamente, o Poder Público que desempenhará a atividade de medição e valorização dos serviços ambientais. Pode haver delegação da atividade, mediante parâmetros previamente fixados. Eis como compõe a Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021:

**Art. 11.** O poder público fomentará assistência técnica e capacitação para a promoção dos serviços ambientais e para a definição da métrica de valoração, de validação, de monitoramento, de verificação e de certificação dos serviços ambientais, bem como de preservação e publicização das informações.

**Parágrafo único.** O órgão central do Sisnama consolidará e publicará as metodologias que darão suporte à assistência técnica de que trata o **caput** deste artigo.

Uma das modalidades de pagamento é a emissão de crédito de carbono que é um “título de direito sobre bem intangível e incorpóreo transacionável” (inciso XXVII do art. 3.º da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012). É emitido em

favor de quem faz, “o sequestro, a conservação, a manutenção e o aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono” (alínea “a” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012).

Em favor do provedor também poderá ser emitida a Cota de Reserva Ambiental (CRA) que, quando criada, tinha as finalidades definidas no art. 44 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, a seguir transcrito e que, por acréscimo, contém a definição do objeto:

**Art. 44.** É instituída a Cota de Reserva Ambiental - CRA, título nominativo representativo de área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação:

- I - sob regime de servidão ambiental, instituída na forma do art. 9.º-A da Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981;
- II - correspondente à área de Reserva Legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais exigidos no art. 12 desta Lei;
- III - protegida na forma de Reserva Particular do Patrimônio Natural - RPPN, nos termos do art. 21 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000;
- IV - existente em propriedade rural localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público que ainda não tenha sido desapropriada.

O inciso VI do art. 3.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, colocou a CRA como um título emitido como pagamento ao provedor de serviços ambientais.

A CRA poderá ser resgatada (transformada em dinheiro) ou “transferida, onerosa ou gratuitamente, a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito público ou privado, mediante termo assinado pelo titular da CRA e pelo adquirente.” (art. 48 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012). O adquirente é o já identificado como comprador ou pagador de serviços ambientais, muitas vezes citadas neste texto. Para segurança do adquirente – de que a CRA é, de fato, um título de crédito válido – há o seu registro “em bolsas de mercadorias de âmbito nacional ou em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados pelo Banco Central do Brasil.” (art. 47 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012) no prazo máximo de trinta dias, a partir da data da respectiva emissão. É uma obrigação do órgão emissor.

A necessária análise – ou crítica – é quanto às dificuldades para se obter uma CRA. A Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, especifica:

**Art. 45.** A CRA será emitida pelo órgão competente do Sisnama em favor de proprietário de imóvel incluído no CAR que mantenha área nas condições previstas no art. 44.

**§ 1.º** O proprietário interessado na emissão da CRA deve apresentar ao órgão referido no caput proposta acompanhada de:

- I - certidão atualizada da matrícula do imóvel expedida pelo registro de imóveis competente;

- II - cédula de identidade do proprietário, quando se tratar de pessoa física;
- III - ato de designação de responsável, quando se tratar de pessoa jurídica;
- IV - certidão negativa de débitos do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR;
- V - memorial descritivo do imóvel, com a indicação da área a ser vinculada ao título, contendo pelo menos um ponto de amarração georreferenciado relativo ao perímetro do imóvel e um ponto de amarração georreferenciado relativo à Reserva Legal.

**Art. 48.** [...].

**§ 1.º** A transferência da CRA só produz efeito uma vez registrado o termo previsto no **caput** no sistema único de controle.

**§ 2.º** A CRA só pode ser utilizada para compensar Reserva Legal de imóvel rural situado no mesmo bioma da área à qual o título está vinculado.

**§ 3.º** A CRA só pode ser utilizada para fins de compensação de Reserva Legal se respeitados os requisitos estabelecidos no § 6º do art. 66.

**§ 4.º** A utilização de CRA para compensação da Reserva Legal será averbada na matrícula do imóvel no qual se situa a área vinculada ao título e na do imóvel beneficiário da compensação.

Essa providência de averbação da Cota de Reserva Ambiental (CRA) na matrícula do imóvel provedor (§ 4.º do art. 48 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012) é uma obrigação atribuída ao adquirente (comprador ou pagador de serviços ambientais). Mesmo diminuídas as obrigações de averbação em caso de aquisição por terceiro (que é por conta do adquirente) e do registro da CRA (que o órgão emissor fará) nos órgãos de controle de títulos públicos, as obrigações atribuídas ao provedor ou vendedor dos serviços ambientais estão na casa da quase impossibilidade, quando se trata de uma pessoa natural. É coisa para empresa ou empresários rurais com infraestrutura à disposição. É um alto custo para obtenção de um título que deveria ser um benefício. Por exemplo, precisa estar com o Cadastro Ambiental Rural (CAR) e o georreferenciamento rigorosamente *pari passu* com a legislação.

### 3.9 O Contrato de Pagamento de Serviços Ambientais

A Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, contém, em seu art. 6.º, em meio a outras especificações, duas referências imperiosas para o desenvolvimento do presente estudo. Fala da “formalização de contrato específico;” (inciso III do § 4.º) e que “O contrato de pagamento por serviços ambientais pode ocorrer por termo de adesão, na forma de regulamento.” (§ 5.º).

Para que haja a celebração do contrato de reconhecimento e pagamento dos serviços ambientais, o primeiro requisito do beneficiário contratado é que haja “importância ecológica da área”. Atingindo esse critério, busca-se por atender, primeiramente, aos “serviços providos por comunidades tradicionais, povos indígenas, agricultores familiares e empreendedores familiares rurais” (§

3.º do art. 6.º da Lei 14.119, de 13-1-2021), sendo os agricultores familiares e os empreendedores familiares rurais os conceituados como aqueles da atividade rural que não utilizam área maior do que quatro módulos fiscais; que trabalham em família – portanto, sem colaboradores externos – na atividade; que a família seja a dirigente da atividade e que a renda da família, em maior parte, seja oriunda dessa atividade (art. 3.º da Lei 11.326, de 24-7-2006).

E em condições de igualdade, serão firmadas, também prioritariamente, “parcerias com cooperativas, associações civis e outras formas associativas que permitam dar escala às ações a serem implementadas.” (§ 3.º do art. 6.º da Lei 14.119, de 13-1-2021).

A Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, deixou as minúcias do contrato de pagamento de serviços ambientais por conta do regulamento. Mas inseriu cláusulas obrigatórias tanto no contrato quanto a serem mais bem definidas no regulamento da Lei. A redação é a seguinte:

**Art. 12.** O regulamento definirá as cláusulas essenciais para cada tipo de contrato de pagamento por serviços ambientais, consideradas obrigatórias aquelas relativas:

I - aos direitos e às obrigações do provedor, incluídas as ações de manutenção, de recuperação e de melhoria ambiental do ecossistema por ele assumidas e os critérios e os indicadores da qualidade dos serviços ambientais prestados;  
II - aos direitos e às obrigações do pagador, incluídos as formas, as condições e os prazos de realização da fiscalização e do monitoramento;  
III - às condições de acesso, pelo poder público, à área objeto do contrato e aos dados relativos às ações de manutenção, de recuperação e de melhoria ambiental assumidas pelo provedor, em condições previamente pactuadas e respeitados os limites do sigilo legal ou constitucionalmente previsto.

**Parágrafo único.** No caso de propriedades rurais, o contrato pode ser vinculado ao imóvel por meio da instituição de servidão ambiental.

### 3.10 Obrigação *Propter Rem*

Quando se firma um contrato de pagamento de serviços ambientais, o provedor se compromete não somente a entregar, no ato, um produto ou um serviço, e se livrar do encargo. Compromete, ao contrário, a manter o serviço ambiental pelo prazo contratual. É uma obrigação *propter rem*, com direito à sequência. Em palavras introdutórias, a sequência se caracteriza por seguir o imóvel independentemente de quem quer que o detenha, ou o possua ou o adquira. É um misto de obrigação vinculada à coisa, e não unicamente à pessoa. A obrigação *propter rem* é

Aquela que recai sobre uma pessoa por força de um determinado direito real, permitindo sua liberação pelo abandono do bem. A sua força vinculante

manifesta-se conforme a situação do devedor ante uma coisa, seja como possuidor, seja como titular do domínio. [...] Encontra-se na zona fronteira entre os direitos reais e pessoais, visto que por um lado vincula o titular de um direito real e por outro tem caracteres próprios do direito de crédito, consistindo num liame entre o sujeito ativo e passivo, sendo que este último deverá realizar uma prestação positiva ou negativa. Vincula-se a um direito real, objetivando uma prestação devida ao seu titular (DINIZ, 1998, p. 416).

Quem mais bem explica sobre a sequela que é componente da obrigação **propter rem** é Orlando Gomes (1999, p. 21) para quem “As obrigações **propter rem** nascem de um direito real do devedor sobre uma determinada coisa, a que aderem, acompanhando-o em suas mutações subjetivas. [...] Esse cordão umbilical jamais se rompe. Se o direito de que se origina é transmitido, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo”.

Assim fica claro: se o vendedor ou provedor de serviços ambientais transferem a propriedade a outrem, esse outrem arcará com o encargo da manutenção da coisa negociada (os serviços ambientais) conforme as cláusulas do contrato.

Dentre os temas tratados no presente texto, não somente o contrato de pagamento por serviços ambientais é uma obrigação **propter rem**. Também quando há a comercialização da Cota de Reserva Ambiental (CRA), a “responsabilidade plena pela manutenção das condições de conservação da vegetação nativa da área que deu origem ao título.” (**caput** do art. 49 da Lei 12.651, de 25-5-2012) é transferida a qualquer adquirente ou sucessor, a qualquer título. Isto porque “A transmissão **inter vivos** ou **causa mortis** do imóvel não elimina nem altera o vínculo de área contida no imóvel à CRA.” (§ 2.º do art. 49 da Lei 12.651, de 25-5-2012).

Para segurança do adquirente, e para que ele não possa alegar inocência quando for cobrado quanto ao encargo, o contrato de pagamento de serviços ambientais é registrado no Serviço de Registro de Imóveis. Tema para o próximo e último item desse texto.

#### **4 O REGISTRO DO CONTRATO PAGAMENTO DE SERVIÇOS AMBIENTAIS**

Preliminarmente, sobretudo para quem não tem conhecimentos específicos sobre o microssistema jurídico “notarial e registral” brasileiro, torna-se necessário empreender *noções básicas* sobre referida temática específica. O *ordenamento sequencial* dos atos (físicos ou eletrônicos) destinados aos Ofícios de Registros de Imóveis no Brasil compreende: Matrícula => Registros => Averbações ou Averbamentos. Todos eles (Matrícula + Registros + Averbações)

vão coexistir dentro de um *único* “organismo jurídico” destinado ao imóvel. Anote-se que os atos posteriores (Registros + Averbações, contidos na Matrícula) complementam e/ou sucedem os atos lançados anteriormente. Ensina Veloso (2023, p. 156):

Matrícula é o ato inaugural, no Serviço de Registro de Imóveis, para o cadastro do imóvel. [...] A Matrícula não é título de propriedade, mas é o cadastro que comporta os registros e averbações. E esses registros e averbações são os atos registrais que trocam a propriedade do imóvel, atualizam os dados do imóvel e das pessoas a ele relacionadas e apontam a existência, e marcam suas baixas, quanto aos gravames que incutem sobre o imóvel. [...] Somando a Matrícula e os seguintes registros e averbações, a folha do livro de registro funciona como um espelho da “vida” do imóvel, considerando a matrícula o nascimento do imóvel e, nela, o imóvel recebendo o inicial registro do proprietário e sofrendo as modificações referentes as mudanças de propriedade, a existência de ônus e gravames, as baixas desses empecilhos e as atualizações que têm ligação com os dados tanto dos proprietários quanto do próprio imóvel.

Uma vez celebrado um contrato de pagamento de serviços ambientais, a primeira providência das partes ou interessados (um deles haverá de ser, em regra, o *proprietário do imóvel*) é dirigir-se ao Ofício de Imóveis competente (ou pela *internet*, eletronicamente), formalizando um *requerimento escrito inaugural*.

O *requerimento escrito preliminar* com informações e identificações é necessário, nos termos do Provimento CNJ 61, de 17-10-2017, da Corregedoria Nacional de Justiça, que “Dispõe sobre a obrigatoriedade de informação do número do Cadastro de Pessoa Física (CPF), do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e dos dados necessários à completa qualificação das partes nos feitos distribuídos ao Poder Judiciário e aos serviços extrajudiciais em todo o território nacional”.

O requerimento inaugural, correspondente a uma “petição inicial” destinada ao Fórum, porém, sem necessidade de Advogado (seja físico ou na forma eletrônica), dará início ao procedimento, para fins do respectivo registro do contrato de pagamento de serviços ambientais, no Serviço de Registro de Imóveis em que se acha matriculado o imóvel. O registro compreende a base obrigacional e real, apta a conferir segurança jurídica *pro futuro* e conhecimento de terceiros (publicidade), na prestação do serviço ambiental, formalizada via contrato.

Portanto, quaisquer imóveis – urbanos e/ou rurais – que estejam “legalizados”, ou seja, que se encontrem de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, terão necessariamente as respectivas matrículas que os identifiquem e individualizem. Para cada imóvel – seja urbano ou rural – haverá uma *única* matrícula. Dentro da matrícula (física ou eletrônica) do imóvel, ocorrerão os *lançamentos dos atos registrais*.

O registro é feito ao pé da matrícula do imóvel, no fólio registral. Ou seja, a lavratura das informações da existência de um contrato de pagamento por serviços ambientais se dá no primeiro espaço disponível, para lançamento, na parte (livro ou ficha) em que está a matrícula do imóvel em que está implantado o serviço ambiental negociado.

No caso em tela (P.S.A.) haverá o *lançamento* de um registro específico – dentro da matrícula – do respectivo *contrato de pagamento por serviços ambientais*. O registro do Contrato de P.S.A. será lançado na matrícula de *forma descritiva* – jamais opinativa – contendo, exemplificativamente: quem são os contratantes, os prazos e eventuais prorrogações, valores, área a ser atingida dentro do imóvel, obrigações ambientais, etc.

O registro tem por fundamento o art. 167, inciso I, item 45, da Lei Federal n.º 6.015, de 31-12-1973. Este item condiciona o registro do contrato de pagamento por serviços ambientais “quando este estipular obrigações de natureza **propter rem**;”. Em verdade, por natureza, essa espécie de contratação sempre contém obrigações de natureza **propter rem**, pois é uma prestação de um serviço de trato continuado. O proprietário ou possuidor do imóvel que negociam um serviço ambiental deverão garantir a manutenção e a existência do serviço, pelo prazo contratado.

Pode ser objeto da contratação até mesmo algo muito maior do que uma manutenção, pois há casos de obrigação contraída visando à recuperação de um produto ambiental. Para manter ou para pegar uma parte degradada e recuperá-la, está mais do que evidente que se trata de uma obrigação continuada. Não é como uma compra e venda cuja transferência da coisa se dá com a transição, com a mudança de mão. No caso de contrato de pagamento de serviços ambientais sequer há troca de mãos quanto ao local do serviço ambiental. Segundo Veloso (2023, p. 292),

Em uma síntese, pode-se dizer que o pagamento por serviços ambientais é espécie contratual em que uma atividade até então voluntária de conservação da natureza é adquirida por uma empresa, um ente estatal ou entidade ligada ao segmento ambiental, sob a condição de o vendedor continuar com as obrigações de manutenção do benefício, considerando que a conservação ou o fomento as condições ambientais, que foram negociadas, continuam fixas no imóvel da origem. Trata-se de possibilidade legal de recompensar, financeiramente, quem consegue manter, melhorar ou recuperar um serviço ecossistêmico.

Se não se tratasse de uma obrigação **propter rem**, não haveria a responsabilidade de eventual adquirente ou sucessor. A própria Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, é portadora da descrição de que se se tratar de contratos de pagamento por serviços ambientais, as obrigações assumidas



quanto a “conservação ou restauração da vegetação nativa em imóveis particulares, ou mesmo à adoção ou manutenção de determinadas práticas agrícolas, agroflorestais ou agrossilvopastoris, têm natureza **propter rem** e devem ser cumpridas pelo adquirente do imóvel nas condições estabelecidas contratualmente.” (art. 22).

Para que o eventual adquirente – por título gratuito ou oneroso, ou mesmo por meio de sucessão hereditária ou testamentária – não se veja obrigado por situações com as quais não concordaria a ponto de não fechar o negócio, é que há necessidade de registro do contrato no Serviço de Registro de Imóveis. Mesmo em caso de doação ou legado, o donatário pode não aceitar a coisa, se perceber que o encargo é oneroso, pesado ou penoso acima das vantagens concedidas pelo objeto doado (Código Civil, arts. 539, 553, e 1.938).

Anote-se que o item 45 do inciso I do art. 167, da Lei Federal n.º 6.015, de 31-12-1973 (registro do contrato de pagamento por serviços ambientais), foi inserção da Lei 14.119, de 13-1-2021. Em complemento, esse item 45, foi posteriormente modificado pela Lei 14.382, de 27-6-2022. Ressalte-se, por fim, que referida Lei 14.119, de 13-1-2021 entabulou expressamente “novo registro / cadastro”: **Art. 13.** O contrato de pagamento por serviços ambientais deve ser registrado no Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais.”. Esse dispositivo – nos moldes do(Sistema Nacional de Cadastro Ambiental Rural (SICAR/CAR) – ainda não foi regulamentado.

Essa condição é de suma importância para garantir segurança jurídica aos programas de PSA. O registro do contrato de PSA não se confunde e não substitui o Cadastro Ambiental Rural (CAR). Também a averbação da Reserva Legal, prevista no art. 29 da Lei 12.651/2012 (Código Florestal Federal), não afasta a obrigatoriedade de registro do contrato de PSA. O registro do PSA no Registro de Imóveis é formalidade, portanto, complementar ao CAR. É importante lembrar que, de acordo com o art. 6.º, § 4.º, inciso II, da Lei 14.119/2021, o CAR é um dos requisitos gerais para a participação no Programa Federal de PSA e serve como prova do uso ou ocupação regular dos imóveis privados.<sup>34</sup> Também destaca-se que, além da necessidade do registro no CRI dos contratos de PSA que impliquem obrigações *propter rem*, todos os contratos de PSA devem ser registrados no Cadastro Nacional de PSA (ALTMANN; NUSDEO, 2022, p. 91).

Essa sobreposição de registros governamentais para o mesmo tema específico (CAR/SICAR, CNPSA ou PNPSA, Ofício de Registro de Imóveis, etc.) operam desfavoravelmente aos interessados, tendo em vista que agregam *complicadores* (vários registros) em vez de *facilitadores* (registro único). Dessa forma, não estão em sintonia com a correta *técnica legislativa* (Decreto Federal n.º 9.191 de 1.º-11-2017):

**Simplificação administrativa.**

17. O ato normativo implicará redução ou ampliação das exigências procedimentais?

17.1. Em que medida os requisitos necessários à formulação de pedidos perante autoridades podem ser simplificados?

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo proposto analisou o Código Florestal e a Lei dos Serviços Ambientais. Foi evidenciado o foco ambientalista desse instrumento, no plano nacional e internacional. Atentou-se ao aspecto registral dos Serviços Ambientais. Buscou-se demonstrar, como objetivo geral, que os Serviços Ambientais devem ser um dos instrumentos protagonistas, de linha de frente, nas questões protetivas ambientais.

Os objetivos específicos dessa investigação compreenderam a demonstração das possíveis ações ambientais, judiciais e extrajudiciais, existentes no sistema jurídico nacional, especialmente a favor dos bens ambientais em sentido macro e micro. No objeto dessa pesquisa, ou estudo de caso proposto – Serviços Ambientais – os protagonistas das ações ambientais, judiciais e extrajudiciais, são os proprietários e posseiros, de forma individual ou coletiva.

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).

As Súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) n.º 613, n.º 618 e n.º 623, compreendem desdobramentos desse princípio.

## REFERÊNCIAS

ALTMANN, Alexandre; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). **Política nacional de pagamento por serviços ambientais**: lei n.º 14.119, de 13 de janeiro de 2021: reflexões para a sua implementação e efetividade. Caxias do Sul: Educs, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. Provimento 61, de 17 de outubro de 2017. Dispõe sobre a obrigatoriedade

de informação do número do Cadastro de Pessoa Física (CPF), do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e dos dados necessários à completa qualificação das partes nos feitos distribuídos ao Poder Judiciário e aos serviços extrajudiciais em todo o território nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário do Judiciário Eletrônico n.º 171, Brasília, DF, 18 out. 2017, p. 13-14.

BRASIL. Decreto 9.191, de 1.º de novembro de 2017. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1.º novembro 2017.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1973.

BRASIL. Lei 6.938, 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 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 11.326, de 24 de julho de 2006. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 2006.

BRASIL. Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n.ºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis n.ºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 maio 2012.

BRASIL. Lei 14.119, de 13 de janeiro de 2021. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis n.ºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 jan. 2021, retificada no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 jan. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

ENGEL, Stefanie; PAGIOLA, Stefano; WUNDER, Sven. Designing payments for environmental services in theory and practice: an overview of the issues. In: **Ecological economics**, Ed. Elsevier, v. 65, n. 4, p. 663-674, 2008.

ESPINOZA, Nelson; GATICA, Javier; SMYLE, James. **El pago de servicios ambientales y el desarrollo sostenible en el medio rural**. San José (Cuesta Rica): Unidad Regional de Asistencia Técnica (RUTA), 1999.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Registro de imóveis: da matrícula à averbação: doutrina completa e descomplicada**. Curitiba: Juruá, 2023.

WUNDER, Sven. **Payments for environmental services: some nuts and bolts**. In: **CIFOR Occasional Paper**, Jakarta (Indonesia), Ed. Center for International Forestry Research (CIFOR), n. 42, p. 1-32, 2005.

WUNDER, Sven. The efficiency of payments for environmental services in tropical conservation. In: **Conservation Biology**, Jakarta (Indonesia), Ed. Wiley, v. 21, n. 1, p. 48-58, feb. 2007.

WUNDER, Sven (Coord.); BÖRNER, Jan; TITO, Marcos Rüginitz; PEREIRA, Lígia. **Pagamentos por serviços ambientais: perspectivas para a Amazônia Legal**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2008. (Série *Estudos*, 10).

Submissão em: 5 de fevereiro de 2024

Último Parecer favorável em: 21 de março de 2024

### Como citar este artigo científico

MALUF, Aflaton Castanheira. Pagamento por serviços ambientais: planos americano e brasileiro. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 1, p. 16-43, jan.-abr. 2024.

## **DIEZ PREGUNTAS Y RESPUESTAS: CONVENIO DE DOBLE TRIBUTACIÓN: CHILE V/S ESTADOS UNIDOS<sup>1</sup>**

**CRISTIÁN GÁRATE<sup>2</sup>**

### **1 ¿LOS PAÍSES EN DESARROLLO OBTIENEN VENTAJAS NEGOCIANDO CON OTROS PAÍSES DESARROLLADOS CONVENIOS DE DOBLE TRIBUTACIÓN?**

Cuando se trata de contrapartes de un convenio asimétrico, con países pequeños como Chile importadores netos de capital y Estados Unidos exportador neto de capital, es necesario negociar con resguardos a los flujos de rentas contenidos en las normas distributivas del convenio (Art. 5 a 21). Para los que organizamos la IFA en Buenos Aires, en la que el suscrito fue el Investigador Científico de IFA, esta era “la cuestión principal” debatida en todo el Congreso.

Es decir, en términos prácticos actuales, al negociar se debe pensar en no aumentar la amplitud de las definiciones de rentas en la fuente, impedir la rebaja de tasas de fuente local, mantener al máximo las normas distributivas para ambas jurisdicciones, tener buenas normas de precios de transferencias, buenas normas antielusión convencionales y normas antielusivas domésticas; impedir cláusulas de nación más favorecida y otras cláusulas que impliquen resignación, disminución o rebaja tributaria, que significa un perjuicio en la recaudación del Fisco.

<sup>1</sup> Este documento contiene un análisis técnico y práctico que no constituye consejo profesional. El contenido es de propiedad intelectual de su autor Dr. Cristián Gárate, LL.M., profesor, abogado y consultor internacional.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho, en International Tax Law, Intellectual Property, Competition, State Aid, Technology, R & D + i (Ludwig-Maximilian-Universität München). Master en Derecho Tributario Internacional (LL.M.) en la Universidad de Economía de Viena entre 2001 y 2002. Profesor de Derecho (desde 1997) en la Facultad de Derecho, Departamento Económico y Jurídico (Santiago-Chile). Coordinador del Departamento de Investigación y Desarrollo. Estudió Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. e-mail: cristiangarate@yahoo.com

Para esto, es imprescindible que la negociación sea llevada a cabo por personas versadas en la ley tributaria nacional, con buena formación profesional y conocimiento del lenguaje jurídico del país de origen, de lo contrario se producen fallas en las negociaciones, con evidentes disminuciones en los flujos específicos de rentas respecto de los cuales existen normas internas con calificaciones especiales, exenciones, incentivos, vacíos definicionales, que deben conversar bien con el convenio de doble tributación. Además, cada flujo de renta contenida en las normas distributivas de los convenios deben ser analizados específicamente respecto de los impactos recaudatorios y financieros que se producen por la aplicación posterior del convenio en la legislación doméstica, que impide o disminuye la retención en la fuente.

Hasta ahora, la negociación de convenios de Chile, incluyendo el de Estados Unidos, se ejecutó sin un equipo liderado por una persona que conociera la ley tributaria chilena interna, ni siquiera dominaba el lenguaje jurídico-económico de Chile. Asimismo, los informes realizados respecto de todos los convenios aprobados por el Congreso de Chile, son errados en su metodología de valoración respecto de los impactos jurídicos en la legislación doméstica y son errados respecto de la pérdida fiscal pasada y futura en el presupuesto nacional. Hasta ahora las autoridades no han respondido responsablemente con un cálculo agregado de todas las pérdidas fiscales irrogadas por las cláusulas de convenios vigentes con otros países; que son un porcentaje no menor del PIB desde 1990 cuando comenzaron a negociarse convenios modelo OECD. Estas pérdidas fiscales en forma comparativa a otros países en desarrollo podrían estimarse **entre 0.50% y 0.75%** del PIB de Chile.

Esto no significa académicamente, políticamente o prácticamente que no deban negociarse convenios de doble tributación con países asimétricos. Sino, al contrario, deben negociarse estratégicamente, para obtener sus ventajas y mitigar sus costos.

## **2 ¿HAY ESTUDIOS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE CONVENIOS DE DOBLE TRIBUTACIÓN Y AUMENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA?**

No existe ningún estudio que avale una relación positiva entre la firma de un convenio de doble tributación por un país en desarrollo y un eventual aumento de la inversión del otro país contratante, en caso que fuera uno exportador de capital. No existen estudios que avalen una relación positiva entre un aumento de capitales extranjeros con otro país contratante por la coexistencia de un convenio de doble tributación, más la firma un convenio de protección de inversiones; y menos hay evidencia de aumento de la inversión por cláusulas contenidas en convenios de libre comercio. Es decir, la trilogía anterior no tiene correlación positiva en ningún estudio de inversión extranjera,

de libre comercio o de tributación internacional vinculado al crecimiento que se haya hecho en los últimos 50 años.

Si, es efectivo, que hay factores exógenos que han sido estudiados en forma comparativa describiendo la firma de convenios de doble tributación como:

- a) mejora del ambiente de inversiones local;
- b) mejora de seguridad jurídica para empresas extranjeras;
- c) mejora en la estabilidad de reglas tributarias y aumento del intercambio de información entre administraciones tributarias contratantes;
- d) posibilidad de acuerdos mutuos en caso de conflictos normativos con administraciones foráneas.

Lo anterior, puede resultar reforzado por los convenios de inversión extranjera y los tratados de libre comercio signados por un país con todas las libertades que ello implica en el flujo de inversiones y comercio exterior.

### **3 ¿SON COSTOSAS LAS NEGOCIACIONES DE CONVENIOS DE DOBLE TRIBUTACIÓN?**

Las negociaciones de convenios de doble tributación requieren conocimiento acabado de tributación nacional y conocimiento preciso de tributación internacional, lo que implica contratación de funcionarios especializados, tanto en legislación internacional como de legislación doméstica. Los funcionarios deben ser elegidos por sus méritos. Si bien el trabajo tiene un costo personal por viajes, reuniones y mucha discusión por las diversas materias ello se ve compensado ampliamente por los honorarios, sobresueldos y diversos gastos en encuentros diplomáticos que pueden sumar más que el sueldo de un Ministro de Estado. Todo lo cual significa para cada país un gasto importante de recursos en traslados, hoteles, servicios, insumos, y pagos de sobresueldos a los funcionarios que salen al extranjero por extensos periodos de tiempo. En Chile, dichos gastos nunca han sido transparentados por la autoridad tributaria respecto de la negociación de los convenios de doble tributación de Chile, lo que daría una ratio respecto de la “productividad” de los funcionarios respecto de cada convenio negociado.

#### **4 ¿LOS CONVENIOS DE DOBLE TRIBUTACIÓN NEGOCIADOS, APROBADOS POR EL CONGRESO Y FIRMADOS POR CHILE RESPONDEN A UN MODELO DE NEGOCIACIÓN?**

Los primeros convenios chilenos fueron negociados conforme al Modelo Pacto Andino. Posteriormente, se estableció la necesidad de negociar convenios bajo el Modelo OECD, lo que facilitó también el ingreso de Chile a esa organización y supuestamente facilitó la interpretación de las convenciones que tienen un Modelo de Negociación y un Modelo de Comentarios. Finalmente, la estrategia fue incorporar algunas cláusulas del Modelo ONU para compensar las discusiones que nacieron de críticas de países de economías extractivas, tales como India, Nigeria, Indonesia, Brasil, China, que siempre han presionado por cláusulas más equitativas que fortalecieran la imposición en la fuente, desde donde se extraen los recursos o se ejecutan servicios. Con el advenimiento de la economía digital y la globalización todos los conceptos de convenios de doble tributación han tenido que ser revisados progresivamente, lo que se advierte de las discusiones actuales, la pugna entre la OECD y en la ONU por el Modelo BEPS y las normas del Pilar I y Pilar II.

Los convenios de doble tributación de Chile no responden a un Modelo publicado, como otros países OECD (i.e. Estados Unidos, Holanda). Esto permitiría apreciar las líneas de negociación en función de las prioridades del país, que debieran estar alineadas con el sistema tributario chileno doméstico, el que debe contemplar cláusulas específicas (transporte marítimo, transporte terrestre, minería, agricultura, pesca, bosques, intangibles, regalías). Esta ha sido una crítica constante del suscrito por cuanto nunca se estableció una estrategia país de negociación de convenios.

Resulta problemático que el SII ha impedido realizar un examen reflexivo respecto de la pertinencia y alcance de las cláusulas de los convenios negociados, en vista de la resignación de soberanía fiscal que afecta a Chile en muchos convenios en forma bastante poco racional para una economía emergente. Esto ha sido comentado en publicaciones internacionales en las principales universidades y centros de Europa, pero no se han atendido las críticas respecto de la mala factura de las negociaciones de los convenios de Chile, que no lo ponen a resguardo de la pérdida fiscal subyacente, la que no se encuentra cuantificada en forma específica, siendo un país en que el Ministerio de Hacienda se vanagloria de ser tan preciso en sus cálculos fiscales.

Finalmente, en el Congreso de Chile no existen especialistas asesores en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, ni en la Cámara del Senado, la que no ha realizado su trabajo, con un examen serio respecto del fondo del contenido de los convenios de doble tributación. Esto se aprecia



fácilmente en las actas de todas las discusiones desde el inicio de estos convenios en que las argumentaciones distan de ser técnicas y pasan de ser anecdóticas a casi tragicómicas. En todos los casos estos convenios y sus anexos han sido aprobados sin conocimiento de sus consecuencias estratégicas, financieras, económicas y políticas, bastando solo una discusión superficial de su contenido y aprovechando la instancia para generar réditos políticos.

## **5 ¿HAY UN ESTUDIO OFICIAL DEL IMPACTO DE LOS EFECTOS RECAUDATORIOS POSITIVOS O NEGATIVOS DE LOS CONVENIOS FIRMADOS POR CHILE?**

El mandato legal en Chile señala que antes de discutirse en el Congreso Nacional, la División de Presupuesto (Dipres) debería realizar un informe financiero de la pérdida fiscal que proyecta el convenio de doble tributación al momento de firmarse. No obstante, dicho mandato ha sido totalmente inefectivo, dado que la Dipres resulta incapaz de acertar los datos correctos respecto de los impactos de pérdida fiscal de cada uno de los convenios que Chile ha firmado hasta ahora, fallando en todos los casos con informes errados y poco precisos en el presupuesto anual subsecuente (Tax Expenditure Budget). Los convenios producen para Chile una pérdida fiscal inconmensurada en términos de pérdida de recaudación del Fisco, como consecuencia de la aplicación de las cláusulas en particular (i.e. dividendos, royalties, intereses, servicios y otros pagos). Esta pérdida de recaudación se va amplificando en el tiempo, no es lineal, sino que incremental, a medida que van aumentando los negocios con la jurisdicción contratante y no necesariamente se ve compensada por un incremento de la base de recaudación doméstica producto de un incremento de la inversión extranjera con la contraparte. Estas pérdidas fiscales en forma comparativa a otros países en desarrollo podrían estimarse como mínimo **entre 0.50% y 0.75%** del PIB de Chile.

Al contrario, tal como se observa hoy en muchos países, producto de la desaceleración y estampida de capitales, se puede dar la paradoja que la contracción económica aumente la presión fiscal a la baja recaudación producto que, de la utilización de los convenios, se disminuye aún más la carga fiscal al momento de extraerse el capital o utilidades del país de la fuente por las bajas tasas de retención. Este fenómeno no ha sido estudiado adecuadamente en países en desarrollo.

En los últimos años la pérdida fiscal de Chile vinculada a convenios de doble tributación no aparece en un Presupuesto de Gastos, (Tax Expenditure) tal como ordena la OECD a sus países miembros. El fenómeno se vio acrecentado por la existencia de planificaciones tributarias de empresas multinacionales

y/o globalizadas, más el advenimiento de la economía digital, que implicó una reacción de la OECD con el proyecto “Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), con acciones específicas para evitar la elusión y evasión fiscal en jurisdicciones con secreto bancario y/o paraísos fiscales del cual Chile no es ajeno por la existencia de Holdings chilenos en toda LATAM.

En Chile, los informes de la Dipres debieran no solo mostrar la pérdida proyectada al momento de la aprobación de un convenio de doble tributación, sino también la pérdida actual por cada año de ejecución del convenio específico país por país; y, finalmente, la pérdida agregada que suma miles de millones de dólares en impuestos no recaudados a lo largo de la vida del convenio. Asimismo, Dipres debiera mostrar la existencia de pérdida o ganancia fiscal vinculada a convenios negociados en favor de sectores específicos o producto de intereses específicos que han influido en las negociaciones, sobretodo tratándose de empresarios vinculados a grupos empresariales del país o donde existe conflicto de interés que han usado lobby para negociar convenios sui generis (i.e. Convenio Negociado con Croacia).

## **6 ¿HAY ALGÚN ESTUDIO PRIVADO DE LOS EFECTOS RECAUDATORIOS DEL USO DE CLÁUSULAS DE CONVENIOS DE DOBLE TRIBUTACIÓN PARA LAS EMPRESAS CHILENAS, CON CONTRAPARTES DONDE CHILE TIENE INVERSIÓN EXTRANJERA?**

No se conocen estudios de los grupos empresariales en que se desglose el impacto del uso de cláusulas de convenios en los países en los que Chile tiene presencia como inversionista extranjero (dividendos, intereses, royalties, servicios, ganancias de capital, otras rentas). En estos casos, los flujos de inversión en el exterior deberían mostrar una disminución de la tributación en los países de la fuente donde Chile tiene presencia significativa (Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia) y un aumento de la tributación en Chile al momento de la repatriación de dividendos. No obstante, esto es relativo, pues la planificación con convenios de doble tributación permite la triangulación de los resultados de las inversiones y la utilización de esquemas fiscales elusivos con el uso de mecanismos de precios de transferencia y de cláusulas específicas de convenios (intereses, royalties, servicios). A eso se suma la posibilidad de re-domiciliación, como ha sucedido con casi todos los Holdings Chilenos que se han trasladado a Londres, entre otros países. Para hacer esto estudios se requeriría cruzar información del Comité de Inversiones Extranjeras, Banco Central (ingresos de divisas por convenios), SII (uso de crédito fiscal por impuestos pagados en el extranjero) e intercambiar información con administraciones tributarias extranjeras.

## **7 ¿CÓMO HA RESULTADO LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENIOS EN CHILE POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS?**

La interpretación de los Convenios en Chile careció de sustento jurídico durante el periodo en que se emitieron “oficios” basados en el Modelo Pacto Andino, verificándose interpretaciones erradas de dichas cláusulas; algunas opiniones de la administración tributaria simplemente copiaron su tenor y otras opiniones contradecían el contenido de dicho Modelo. Al inicio de la vigencia de Convenios OECD en 1990, no existieron oficios publicados respecto de la aplicación de las cláusulas, advirtiéndose la existencia de oficios reservados, sin ninguna transparencia, con interpretaciones que favorecían a contribuyentes específicos, producto del lobby y de situaciones opacas en la emisión de oficios que no han sido aclaradas suficientemente. Posteriormente, se comenzaron a transparentar oficios con la herramienta del administrador normativo del SII, pero la mayoría de los oficios discurrieron erradamente sobre la aplicación de los Comentarios OECD como fuente directa de interpretación, siendo las respuestas del SII contradictorias a las preguntas formuladas, cuestión que fue comentada en diversos artículos publicados en revistas académicas. Asimismo, no hubo disminución de situaciones de opacidad con respecto a la emisión de oficios de la administración tributaria que favorecieron a ciertos contribuyentes.

Durante administraciones recientes, al publicarse más transparentemente algunos de los oficios del SII en forma digital, con un catálogo de oficios vinculados a normas específicas de convenios, se siguen verificando interpretaciones contradictorias, entre diversas subdirecciones regionales y la subdirección nacional respecto de materias idénticas, lo que ha requerido coordinación. En la actualidad, se verifica una publicación más universal de respuestas del SII respecto de materias específicas de convenios de doble tributación, unificando la jurisprudencia, incluyendo materias donde se involucran planificaciones internacionales por aplicación de la Norma Antielusiva General.

Estas interpretaciones recientes del SII carecen de un formato común para poder ser evaluadas en forma transversal y hacer un trabajo de tabulación de respuestas para compararlas internacionalmente en la aplicación de cláusulas convencionales. Algunas consultas bien formuladas aplican correctamente las cláusulas de convenio OECD, como fueron negociadas, aunque el resultado sea una clara ventaja para las empresas que las formulan e impliquen una pérdida de recaudación fiscal (Artículo 8, 10, 11, 12, 21). Otras interpretaciones, parecen formuladas en forma desviada por los contribuyentes, para lograr una interpretación beneficiosa, lo que se basa en una forma antojadiza de plasmar los Comentarios OECD o los Comentarios ONU según las características de las operaciones (Art 5, 7, 12, 21) lo que aparece como “no advertido” por la administración tributaria.

Lo más importante, es que el Servicio de Impuestos Internos de Chile manifiesta una clara confusión normativa en sus respuestas técnicas, pues no entiende la arquitectura normativa de los convenios de doble tributación, menos demuestra entender la lógica de sus normas distributivas de atribución de soberanía fiscal; y carece de profundidad al momento de determinar la aplicación de las normas definicionales de convenio con respecto a cómo se conjugan con la legislación doméstica de Chile, con respeto a la Convención de Viena. El giro reciente del SII en su jurisprudencia es a interpretar obviamente con radicalidad sus oficios, despejando las consultas de los contribuyentes con claros Tax Treaty Override: para compensar cláusulas de convenio mal negociadas, que no le convienen; o que no entiende en su lógica interna con respecto a la legislación doméstica, dado que ante exenciones o falta de definiciones basales en la ley doméstica producen pérdida manifiesta en favor de la soberanía fiscal de Chile.

## **8 ¿CUÁLES SON LOS CONVENIOS DE DOBLE TRIBUTACIÓN MÁS IMPORTANTES FIRMADOS POR CHILE EN LA ACTUALIDAD Y CÓMO SE COMPARAN FISCALMENTE?**

Los convenios más importantes negociados por Chile, desde el punto de vista estratégico global son con China, Estados Unidos y España. A nivel latinoamericano los convenios más relevantes son con Méjico, Argentina y Brasil. Para comparar los convenios se requiere un estudio cruzado, lo que no se ha hecho por parte de la academia, ni por parte de las administraciones tributarias, ni por gremios empresariales. Sería óptimo un ejercicio comparativo, para ver la aplicación de estos convenios y su impacto estratégico en términos de movimiento de inversiones en LATAM y pagos transfronterizos cláusula por cláusula; para determinar cuáles convenios deben ser reforzados con otras medidas de incentivos fiscales coordinados específicamente entre nuestros países.

## **9 ¿CUÁL DEBIERA SER LA POLÍTICA FISCAL DE INTERPRETACIÓN Y DE NEGOCIACIÓN DE CONVENIOS DE CHILE EN EL FUTURO?**

La política de interpretación de convenios de doble tributación de Chile debería tender a hacer efectivas las cláusulas que permiten facilitar los acuerdos respecto de cómo aplicar las cláusulas convencionales entre administraciones tributarias, para evitar costos de doble o triple tributación a los contribuyentes, mediante los Acuerdos Mutuos. La política debiera mejorar el Intercambio de Información para evitar la elusión y la evasión fiscal de contribuyentes que

impliquen pérdida fiscal en ambos países contratantes. Sobre todo, Chile requiere un equipo de negociación de Anexos respecto de los convenios que generan pérdidas tributarias en una forma no conmensurada, tales como las cláusulas de servicios, transporte, royalties, dividendos, intereses y otras rentas que han sido negociadas en forma poco protectora de los efectos fiscales adversos; y se deben revisar las rebajas de tasas inmoderadas por las Cláusulas de Nación Más Favorecida que claramente desmedra la posición fiscal de Chile.

## **10 ¿CUÁLES SON LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONVENIO DE DOBLE TRIBUTACIÓN CON ESTADOS UNIDOS?**

El Departamento de Estado de Estados Unidos anunció hoy la entrada en vigencia del Convenio de Doble Tributación con Chile, que incluye:

- reducción de tasas de retención en la fuente;
- prohibición de retención en la fuente de beneficios empresariales en ausencia de un establecimiento permanente;
- reglas para personas naturales en materia de empleo, estudiantes, pensiones y seguridad social;
- una cláusula de limitación de beneficios muy amplia;
- intercambio de información entre autoridades fiscales.

## **REFERENCIAS**

REPUBLICA DE CHILE. Servicios de Impuestos Internos. Administrador de Contenido Normativo. Disponible en: <<https://www3.sii.cl/normaInternet/#PantallaLey16>>.

REPUBLICA DE CHILE. Servicios de Impuestos Internos. Convenios Tributarios Internacionales/ International Tax Conventions. Disponible en: <[https://www.sii.cl/normativa\\_legislacion/convenios\\_internacionales.html](https://www.sii.cl/normativa_legislacion/convenios_internacionales.html)>.

REPUBLICA DE CHILE. Senado. Senado aprueba esperado acuerdo que pone fin a la doble tributación con Estados Unidos. Disponible en: <<https://www.senado.cl/senado-aprueba-esperado-acuerdo-que-pone-fin-a-la-doble-tributacion-con>>.

UNITED STATES. U.S. Department of the Treasury. Disponible en: <<https://home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/treaties#chile>>.

Submissão em: 12 de janeiro de 2024

Último Parecer favorável em: 3 de abril de 2024

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

GÁRATE, Cristián. Diez preguntas y respuestas: convenio de doble tributación: Chile V/S Estados Unidos. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 1, p. 44-53, jan.-abr. 2024.

## **LA SICUREZZA DEI MINORI IN AMBITO DIGITALE NEL CD. DL CAIVANO**

**CRISTINA RABAZZI<sup>1</sup>**

### **1 APPLICAZIONI DI CONTROLLO PARENTALE NEI DISPOSITIVI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA**

La materia della sicurezza dei minori in ambito digitale non può certo dirsi assumere quei connotati di straordinaria necessità e urgenza che l'art. 77 Cost. pone a fondamento di ogni decreto legge adottato dal Governo.

Trattasi, a ben vedere, di una complessa problematica che ha ben salde le sue radici nel tempo e intorno alla quale numerose figure professionali – dai giuristi ai sociologi, dai medici agli insegnanti, ma anche le stesse forze dell'ordine – si confrontano ormai da numerosi anni cercando soluzioni pratiche di tipo non solo sanzionatorio ma anche preventivo.

In ogni caso, a seguito dei gravi fatti di cronaca occorsi negli ultimi mesi, che hanno visto come protagonisti alcuni giovanissimi, nella posizione di attore e di vittima, su tale sistema si innesta il recente intervento del Governo (il cd. “DL Caivano”<sup>2</sup>) che – tra le altre – pone talune disposizioni per garantire la sicurezza dei minori in ambito digitale. In primis, vengono fornite alcune definizioni normative.

---

<sup>1</sup> Dottore in Giurisprudenza, l'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Master universitario di Primo Livello in Diritto delle Nuove Tecnologie ed Informatica Giuridica presso l'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Master in Diritto dell'Internet presso European School Of Economics di Milano. Docente in materia Privacy e D. Lgs. 231/2001, European School of Banking Management. Avvocato Cassazionista Civilista - D.P.O. *E-mail*: cristina.rabazzi@gbpenalisti.it

<sup>2</sup> D.L. 15 settembre 2023, n. 123 “Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale” (in G.U. Serie Generale 15 settembre 2023, n. 216), convertito in legge ed integrato nel contenuto con la Legge 13 novembre 2023, n. 159 (in G.U. Serie Generale 14 novembre 2023, n. 266).

In particolare, all'art. 13 – “Applicazioni di controllo parentale nei dispositivi di comunicazione elettronica” – si precisa che:

a) per “controllo parentale”: si intende “la possibilità di limitare e controllare, da parte dei genitori o di coloro che esercitano la responsabilità genitoriale, l'accesso ai contenuti e/o alla rete da parte dei minori, mediante la scelta degli spazi digitali e dei tempi di utilizzo”<sup>3</sup>;

b) per “dispositivi di comunicazione elettronica” (o “dispositivi”) si intendono gli smartphones, i computers, i tablets e, ove compatibili, le *consolles* di videogames, e gli altri possibili oggetti connessi come televisioni, orologi, assistenti vocali, sistemi di domotica e di ‘Internet delle cose’;

c) per “applicazioni di controllo parentale” (o “applicazioni”) si intendono gli “elementi esterni a dispositivi di comunicazione elettronica, soluzioni a livello di rete o applicazioni o software per dispositivi di comunicazione elettronica, facilmente comprensibili e accessibili agli utenti, che consentano il controllo parentale”.

Perseguendo la finalità di garantire un ambiente digitale sicuro per i minori, nelle more che i produttori assicurino, all'atto dell'immissione sul mercato dei dispositivi, entro un anno dall'entrata in vigore del Decreto in esame, che i sistemi operativi installati consentano l'utilizzo e includano la disponibilità di dette applicazioni, il Legislatore dell'emergenza ha disposto che i fornitori di servizi di comunicazione elettronica assicurino la disponibilità di applicazioni nell'ambito dei contratti di fornitura nei servizi di comunicazione elettronica, disciplinati dal Codice di cui al D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259<sup>4</sup>.

I produttori di dispositivi, anche per il tramite dei distributori operanti in Italia, sono, quindi, chiamati ad informare l'utente finale sulla possibilità e sull'importanza di installare le menzionate applicazioni.

Tale informativa deve essere assicurata, entro 3 mesi dalla data di entrata in vigore del Decreto, anche tramite l'inserimento nelle confezioni di vendita dei dispositivi di uno specifico foglio illustrativo, o tramite l'apposizione sulla confezione di uno specifico supporto adesivo che, con apposita evidenziazione grafica, segnali, con chiarezza e semplicità, l'esistenza delle applicazioni suddette, la loro attivazione, rinviando per maggiori dettagli ai siti *web* istituzionali della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche per la Famiglia e dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> *Gli obblighi applicabili a piattaforme online di dimensioni molto grandi (Artt. 33-43 – Capo III, Sezione 5)*, di Vincenzo Colarocco e Marta Cogode, in *Diritto di Internet*, 2023, 31; *I minori e la responsabilità genitoriale nell'uso dell'odierna tecnologia telematica (Tribunale per i Minorenni di Caltanissetta; sentenza 8 ottobre 2019)*, commento di Corrado Marvasi, in *Diritto di Internet*, 2020, 293.

<sup>4</sup> Codice delle Comunicazioni Elettroniche.

<sup>5</sup> Già a norma dell'art. 1 L. 31 luglio 1997, n. 249 (Istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo) l'Autorità è stata chiamata a occuparsi di “di tutela dei minori”.



Il servizio di attivazione delle applicazioni, qualora richiesto dall'utente, deve essere consentito, nell'ambito dei contratti di fornitura del servizio principale, tramite un dispositivo di comunicazione elettronica, senza alcun costo aggiuntivo.

Il Legislatore, infine, ha precisato che i dati personali raccolti (o generati) durante l'attivazione delle applicazioni qui in esame non possono essere utilizzati per scopi commerciali e di profilazione<sup>6</sup> e ha disposto, per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica, l'obbligo di inviare una comunicazione di sensibilizzazione all'utilizzo ed alla installazione delle applicazioni sui dispositivi dei propri utenti.

Il compito di vigilare sulla corretta applicazione della norma di cui all'art. 13<sup>7</sup>, viene assunto dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

## **2 DIVIETO DI ACCESSO DA PARTE DEI MINORI AI CONTENUTI PORNOGRAFICI**

Circa il divieto di accesso ai minori ai contenuti a carattere pornografico, introdotto con la Legge di conversione, all'art. 13-bis, viene posto a carico dei gestori dei siti *web* e dei fornitori delle piattaforme di condivisione dei video il dovere di verificare la maggiore età al fine di bloccare gli accessi ai minori di 18 anni. Circa gli strumenti tecnici di controllo sarà AGCOM, sentito il Garante della Protezione dei Dati Personali, a dare delle indicazioni su quali adottare, purché garantiscano la sicurezza adeguata al rischio e la minimizzazione dei dati.

In merito a tale controllo, sia nel provvedimento contro Replika sia in quello contro ChatGPT, il Garante per la Protezione dei Dati Personali aveva già posto l'attenzione sulla necessità di far adottare ai gestori delle piattaforme social, al momento della registrazione al loro servizio, le procedure specifiche per la verifica dell'età dell'utente che intende accedervi (*age verification*) soprattutto per quelle piattaforme di IA che per loro stessa ammissione richiedono per il

<sup>6</sup> Il Considerando 71 del GDPR prevede che le decisioni automatizzate, compresa la profilazione, non debbano applicarsi ai minori.

<sup>7</sup> L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con l'Allegato A alla delibera n. 9/23/CONS ha previsto (tra l'altro) le "Linee guida" che si applicano ai contratti per i consumatori precisando così che i fornitori di servizi di accesso ad Internet (ISP), qualsiasi sia la tecnologia utilizzata per l'erogazione del servizio, mettono a disposizione dei consumatori sistemi di parental control ovvero di filtro di contenuti inappropriati per i minori e di blocco di contenuti riservati ad un pubblico di età superiore agli anni diciotto. Per parental control system (SCP) – o sistema di controllo genitoriale – si intende, ai fini di tali Linee Guida, "un sistema che quantomeno permette di limitare o bloccare l'accesso a determinate attività da parte di un minore, impedendo l'accesso, tramite qualunque applicazione, a contenuti inappropriati per la sua età".

loro utilizzo “una valutazione critica e responsabile delle risposte generate dal chatbot” (così era indicato nella informativa di ChatGPT)<sup>8</sup>.

### **3 NUOVA STRATEGIA EUROPEA PER UN’INTERNET MIGLIORE PER I RAGAZZI**

La normativa in esame si innesta su un quadro di riferimento piuttosto ricco di interventi soprattutto di matrice euro-unionale e, proprio a livello europeo, si registra la recentissima (e successiva rispetto al DL Caivano) “Risoluzione del Parlamento Europeo del 5 ottobre 2023 sulla nuova strategia europea per un’internet migliore per i ragazzi”.

In particolare, il Parlamento Europeo, muove da dieci considerando, e precisamente:

- a) considerando che un minore deve poter beneficiare di tutti i diritti e i valori sanciti dal Trattato sul funzionamento dell’U.E., dalla Carta e dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, compresi i diritti digitali. L’interesse superiore del minore deve essere dunque considerato preminente in tutte le misure e decisioni digitali che lo riguardano e che possono influire sulla sua salute fisica e mentale, la sua sicurezza e il suo benessere;
- b) considerando che la normativa di riferimento (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati, Direttiva sui servizi di media audiovisivi, Regolamento sui servizi digitali e Direttiva sulle pratiche commerciali sleali) riconosce che i minori meritano una protezione specifica per quanto riguarda la loro esperienza *online* in un ambiente digitale in costante evoluzione;
- c) considerando che per garantire un’adeguata protezione dei minori *online* sono necessarie misure specifiche e programmi educativi rivolti non solo ai minori, ma anche ai loro insegnanti, genitori e prestatori di assistenza. Tali misure dovrebbero mirare, in primis, a sviluppare e attuare tecniche

<sup>8</sup> L’Autorità Garante per la Protezione dei Dati è intervenuta con il Provvedimento del 2 febbraio 2023 (Reg. dei prov. n. 39 del 2 febbraio 2023, Doc. Web n. 9852214, sul sito: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9852214>), per il caso Replika e con il Provvedimento del 30 marzo 2023 (Reg. dei prov. n. 112 del 30 marzo 2023, Doc. Web n. 9870832, sul sito: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870832>) per il caso di ChatGPT, sospendendo temporaneamente i servizi in questione in quanto, tra le altre contestazioni, risultavano liberamente fruibili anche da parte dei minori di 13 anni. Successivamente, per ChatGPT di Open AI, con il Provvedimento dell’11 aprile 2023 (Reg. dei Prov. n. 114 dell’11 aprile 2023, Doc. Web n. 9874702, sul sito: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9874702>), ha ordinato alla Società di implementare un piano per l’adozione di strumenti di *age verification* idoneo a escludere l’accesso al servizio agli utenti infratredicenni e a quelli minorenni in assenza di un’espressa manifestazione di volontà da parte di chi esercita sugli stessi la responsabilità genitoriale.

di prevenzione e campagne di sensibilizzazione e alfabetizzazione digitale. Da parte loro, i genitori, gli insegnanti ed i prestatori di assistenza dovrebbero essere informati dell'esistenza e del funzionamento degli strumenti digitali, perché possano limitare e orientare l'esperienza *online* dei minori e restringere l'accesso ai contenuti *online* inappropriati o dannosi, considerata la loro età;

- d) considerando che i minori non dovrebbero essere consumatori passivi di tecnologia, ma essere attivamente responsabili delle tecnologie di cui fanno uso. A tale riguardo, la promozione dell'istruzione digitale e il miglioramento delle abilità e delle competenze digitali, compresa l'alfabetizzazione mediatica (sui cui a breve ci soffermeremo) dei minori, dei genitori e degli educatori, in particolare dei minori "vulnerabili", in linea con la Carta, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, la Dichiarazione europea e la Bussola per il digitale 2030, sono fondamentali per garantire ai minori esperienze digitali sicure, nonché la loro emancipazione digitale e la loro partecipazione attiva e consapevole nella interazione *online*;
- e) considerando che dovrebbero essere messe a disposizione misure mirate per combattere il divario digitale e rafforzare le pari opportunità, in modo da offrire ambienti digitali inclusivi e accessibili a tutti i minori nell'UE, in particolare a quelli appartenenti a gruppi vulnerabili, come i minori con disabilità o provenienti da contesti svantaggiati, anche dotandoli di infrastrutture digitali moderne senza dimenticare le zone remote o rurali;
- f) considerando che i *lockdown* durante la pandemia di COVID-19 hanno messo in luce i divari educativi e digitali, incidendo sull'accesso dei minori agli strumenti didattici digitali e alle informazioni, nonché sulla loro partecipazione e inclusione sociale, con ripercussioni negative anche sulla loro salute fisica e mentale; da ciò è conseguito un drammatico aumento della violenza domestica e di genere e dell'abuso e sfruttamento sessuale dei minori *online*, sia sul *web* visibile sia sul *dark web*;
- g) considerando che diversi studi di monitoraggio indicano che vi sono minori attivi sui social media già da un'età precoce e che molti di essi hanno meno dell'età minima stabilita dalla maggior parte delle piattaforme di social media. Per arginare tale problema, in Italia, i gestori delle piattaforme social devono adottare ed implementare, al momento della registrazione al loro servizio, procedure specifiche per la verifica dell'età dell'utente che intende accedere;
- h) considerando che un ambiente digitale in costante evoluzione è fondamentale per la vita quotidiana dei minori, anche per quanto riguarda la loro istruzione, la comunicazione e la condivisione dei dati; che l'accesso dei minori a internet e alle piattaforme di social media e la

conoscenza di tali strumenti presentano molti vantaggi, ma comportano anche alcuni rischi ed espongono i minori a comportamenti e contenuti pericolosi, a causa della loro pervasività, come l'abuso sessuale e l'adescamento *online* di minori, l'odio *online*, diverse forme di bullismo *online*, contenuti sessuali, immagini violente, contenuti che promuovono i disturbi alimentari e la disinformazione; che ciò può ripercuotersi sulla salute fisica e mentale dei minori, sotto forma di maggiore aggressività, comportamenti sessuali problematici, abitudini alimentari malsane, rifiuto del proprio aspetto fisico e valori e atteggiamenti distorti;

- i) considerando che, secondo le stime dell'indagine EU Kids *Online* del 2020, il 23 % dei minori di età compresa tra i 9 e i 16 anni ha subito bullismo *online*; considerando che lo studio dal titolo "In che modo i minori (10-18) hanno vissuto i rischi *online* durante il confinamento causato dalla Covid-19: primavera 2020" ha rilevato che il 49 % dei minori ha subito almeno una forma di aggressione o bullismo *online*; che, anche in assenza di un approccio razionalizzato, alcuni Stati membri hanno già adottato misure come la Legge Coco in Irlanda;
- j) considerando che la nuova strategia europea per un'internet migliore per i ragazzi (BIK+) è una delle azioni chiave della strategia dell'UE sui diritti dei minori, che comprende iniziative volte a garantire che i minori siano protetti e responsabilizzati *online* nell'ambito delle sue aree tematiche;

Orbene, alla luce di tali considerando il Parlamento plaude e sostiene la nuova strategia europea della Commissione per un'internet migliore per i ragazzi (BIK+).

Precisamente:

- sottolinea che tutti i minori hanno bisogno di protezione *online*, ma che alcuni di essi si trovano in una situazione più vulnerabile, come quelli con disabilità o provenienti da contesti svantaggiati e dovrebbero poter beneficiare di misure mirate, se del caso, per colmare il divario digitale e migliorare le loro abilità e competenze digitali, compresa l'alfabetizzazione mediatica;
- ribadisce il suo invito all'UE ad intensificare la sua azione volta a garantire la sicurezza dei minori *online* e a sensibilizzare in merito al grave problema degli abusi sessuali sui minori, compreso l'adescamento *online* di minori e prevenirli;
- sottolinea che le abilità e le competenze digitali, compresa l'alfabetizzazione mediatica, dovrebbero essere riconosciute come competenze obbligatorie ed essere incluse nei programmi scolastici in tutta l'UE; sottolinea che

esse costituiscono parte essenziale dell'istruzione e dell'apprendimento permanente e dovrebbero essere incentrate sull'educazione dei minori, dei genitori, dei prestatori di assistenza, degli educatori e del pubblico in generale alla sicurezza *online*, compreso il controllo parentale *online* e su come riconoscere e segnalare l'adescamento *online* di minori;

- invita l'UE e gli Stati membri a destinare maggiori investimenti all'istruzione e alla formazione per garantire l'alfabetizzazione digitale, compresa la protezione dal bullismo e dal bullismo *online* nelle scuole e al di fuori di esse, per i minori di diverse fasce di età, tenendo conto dei nuovi sviluppi tecnologici, come il metaverso;
- invita gli Stati membri e gli Istituti di istruzione a garantire il diritto a un'istruzione inclusiva e a promuovere, in modo consono all'età, l'educazione sessuale, le abilità e le competenze digitali, compresa l'alfabetizzazione mediatica, e la sicurezza informatica attraverso l'istruzione formale, non formale e informale, rivolgendosi agli educatori, ai genitori, ai prestatori di assistenza e agli alunni;
- invita la Commissione a sviluppare, in coordinamento con lo spazio europeo dell'istruzione, una strategia europea contro il bullismo e il bullismo *online* nelle scuole, definendo un pacchetto di misure volte a migliorare la raccolta dei dati e a proporre le soluzioni necessarie in cooperazione con gli Stati membri;
- sottolinea che la strategia dovrebbe invitare gli Stati membri a stanziare tutte le risorse necessarie per rafforzare le capacità delle linee di assistenza telefonica e dei centri per un'internet più sicura, nonché sviluppare e attuare campagne significative di prevenzione e sensibilizzazione nelle loro scuole, con risultati dimostrabili, quale parte essenziale dei loro programmi di istruzione della prima infanzia e dei loro istituti di istruzione; ritiene che la cooperazione tra ricercatori e operatori del settore sia fondamentale a tale riguardo;
- sottolinea che è importante che la strategia introduca misure per aggiornare l'attuale quadro d'azione dell'UE in materia di salute e benessere mentale, che dovrebbe essere pienamente inclusivo, al fine di soddisfare anche le esigenze dei minori vittime di abuso sessuale o adescamento *online*, specie quelli appartenenti a categorie vulnerabili; chiede che la disponibilità e l'adeguatezza degli operatori che prestano assistenza sanitaria mentale ai minori siano valutate effettuando una mappatura approfondita dei servizi esistenti alla luce del deterioramento della situazione della salute mentale, che è stata esacerbata dalla pandemia di COVID-19 e dalle sfide poste dall'ambiente *online*, tra cui il bullismo *online* e l'esposizione a contenuti nocivi;

- prende atto della creazione di una norma europea sulla verifica *online* dell'età entro il 2024 e della recente istituzione del gruppo speciale sul codice di condotta dell'UE sulla progettazione adeguata all'età (il codice); sottolinea l'importanza di sviluppare tempestivamente il codice, garantendone il pieno allineamento alla Direttiva sui servizi di media audiovisivi e al Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati; sottolinea l'importanza di coinvolgere la società civile, le Istituzioni, il mondo accademico e i giovani nel processo di elaborazione del codice; sottolinea che il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati impone l'obbligo, alle piattaforme di social media che si basano sul consenso dell'utente, di compiere sforzi ragionevoli per verificare il consenso parentale prima di consentire ai minori al di sotto del pertinente limite di età di creare un account;
- invita la Commissione e gli Stati membri ad aumentare gli investimenti nella fornitura di sostegno ai minori vittime di abuso o adescamento *online*, comprese segnalazioni pubbliche anonime, nonché ai servizi di salute mentale e psicosociali per le vittime e le loro famiglie; chiede che siano messi a disposizione corsi di formazione per i professionisti e i funzionari, anche presso le autorità di contrasto, che si occupano di casi che coinvolgono minori, a seconda delle loro esigenze specifiche;
- invita la Commissione e gli Stati membri a fornire una raccolta di dati più sistematica sulle misure di prevenzione e sui programmi di assistenza alle vittime, compreso il numero di minori nell'istruzione primaria che partecipano a campagne di sensibilizzazione e attraverso programmi educativi sui rischi di tutte le forme di sfruttamento sessuale dei minori, anche nell'ambiente *online*;
- sottolinea la mancanza di ricerche comparative sufficienti a livello dell'UE, nonché di studi sullo sviluppo dei minori nel contesto della digitalizzazione; sottolinea, a tale proposito, che il rapido sviluppo delle tecnologie può superare in breve tempo le politiche, creando così nuove vulnerabilità per i minori; ricorda pertanto la necessità di sviluppare un'attività di ricerca su vasta scala a livello dell'UE;
- invita la Commissione a garantire che la strategia BIK+ sia coerente con altre priorità e proposte legislative, che le informazioni siano presentate ai minori in un linguaggio adatto al loro livello di comprensione, che i minori di tutte le età siano coinvolti nel processo di monitoraggio e nell'efficace attuazione della strategia e che vi sia un seguito adeguato per confrontare le migliori pratiche e i risultati in tutti gli Stati membri;
- incarica il Presidente di trasmettere la presente risoluzione al Consiglio e alla Commissione, nonché ai Governi e ai Parlamenti degli Stati membri.

#### **4 ALFABETIZZAZIONE DIGITALE E MEDIATICA A TUTELA DEI MINORI E CAMPAGNE INFORMATIVE**

Il DL Caivano introduce una serie di obblighi per i soggetti pubblici finalizzati a rendere effettiva l'alfabetizzazione digitale e mediatica dei minori e, in particolare, la Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento per le Politiche della Famiglia) è chiamata a promuovere studi ed elaborare linee guida rivolte ai fruitori di dispositivi di comunicazione elettronica e di applicazioni di controllo parentale, focalizzando l'attenzione sugli educatori, sulle famiglie e sui minori stessi.

I Centri per la famiglia<sup>9</sup> sono, a loro volta, tenuti ad offrire consulenza e servizi in merito all'alfabetizzazione mediatica e digitale dei minori, ponendo in primo piano la loro tutela rispetto all'esposizione a contenuti pornografici e violenti. A tal fine, il Ministro per la famiglia, la natalità e le pari opportunità dovrà realizzare un'intesa in sede di Conferenza Unificata, avente proprio ad oggetto i criteri e le modalità di attuazione di tali servizi.

Ancora, è compito della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento per le Politiche della Famiglia) e del Ministero per le Imprese ed il *made in Italy* di avviare annualmente campagne di informazione sull'uso consapevole della rete e sui rischi connessi, in particolar modo sui mezzi di prevenzione dall'accesso a contenuti potenzialmente nocivi per lo sviluppo armonioso dei minori.

Le Autorità per le garanzie nelle comunicazioni avranno invece il compito di predisporre, entro il 31 gennaio di ciascun anno, una relazione per l'Autorità politica con delega alla famiglia sull'impatto dell'attuazione dell'art. 13 cit., con particolare riferimento all'uso dell'applicazione del controllo parentale.

E, infine, entro il 31 maggio di ciascun anno, l'Autorità politica con delega alle politiche per la famiglia dovrà presentare una relazione annuale al Parlamento sull'attuazione del DL Caivano.

##### **4.1 In Particolare, il Concetto di Alfabetizzazione Digitale e Mediatica**

Nell'ottica di garantire ampie ed effettive tutele ai minori nel mondo digitale<sup>10</sup>, si è più volte fatto riferimento alla alfabetizzazione digitale e mediatica, la cui portata risulterà più comprensibile dopo averne fornito una breve descrizione concettuale.

<sup>9</sup> V. art. 1, comma 1250, lett. e, L. 27 dicembre 2006, n. 296.

<sup>10</sup> *Digital divide e (rischi di) cittadinanza amputata*, di Antonino Mazza Labocetta, in *Diritto di Internet*, 2023, 558; e Marco Gui, *Il digitale a scuola. Rivoluzione o abbaglio?*, Il Mulino, 2019.

Ogni genitore deve essere protagonista di un suo personale processo di alfabetizzazione digitale che gli permetta non solo la padronanza dei termini tecnici riferiti all'ambito digitale ma anche uno spirito critico nell'approcciarsi a questo nuovo mondo in continua evoluzione, a tutela propria e della sua famiglia.

Una adeguata alfabetizzazione digitale permette di avere una conoscenza tecnica riferita all'uso dei device, una conoscenza mediatica (così da saper distinguere, ad esempio, le varie piattaforme) e una alfabetizzazione sociale consente di risolvere i problemi sociali posti da Internet (un distorto uso della rete può ledere interessi personali e aspetti sociali della vittima).

Già la Direttiva 11/12/2007, n. 2007/65/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio), che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, ne rappresenta una prima matrice normativa, prevedendo, al considerando 37, che

L'alfabetizzazione mediatica si riferisce alle competenze, alle conoscenze e alla comprensione che consentono ai consumatori di utilizzare i media in modo efficace e sicuro. Le persone in possesso di un'alfabetizzazione mediatica sono in grado di operare le loro scelte con cognizione di causa, comprendere la natura dei contenuti e dei servizi e avvalersi dell'intera gamma di possibilità offerte dalle nuove tecnologie delle comunicazioni e sono maggiormente in grado di proteggere se stessi e le loro famiglie contro i contenuti nocivi o offensivi. Si dovrebbe pertanto promuovere lo sviluppo dell'alfabetizzazione mediatica in tutti i settori della società e seguirne attentamente i progressi.

L'alfabetizzazione mediatica<sup>11</sup>, come appena visto, consente alle persone di compiere scelte informate, comprendere la natura dei contenuti e dei servizi e beneficiare dell'intera gamma di opportunità offerte dalle diverse tecnologie della comunicazione, nonché di proteggere meglio loro stessi e le loro famiglie da contenuti dannosi o illeciti.

Essa può anche fungere da valido strumento per combattere la diffusione della disinformazione (sotto forma delle cosiddette "fake news"), permettendo agli utenti di valutare in maniera critica la fonte delle informazioni in modo tale da individuare contenuti falsi o fuorvianti, come evidenziato negli orientamenti della Commissione sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione.

L'alfabetizzazione mediatica dà dunque alle persone la possibilità di partecipare a un dibattito democratico più aperto e informato.

---

<sup>11</sup> V. Commissione - Comunicato 23/02/2023, n. 2023/C66/02.



Si deve così riconoscere la crucialità dell'alfabetizzazione mediatica e la necessità di rafforzarla: migliorare le competenze e le abilità digitali per la trasformazione digitale è una delle priorità strategiche delle politiche europee.

Il considerando 59 della direttiva (UE) 2018/1808 stabilisce, infatti, che l'alfabetizzazione mediatica debba fare riferimento alle competenze, alle conoscenze e alla comprensione che consentono alle persone di utilizzare i media in modo efficace e sicuro. Per poter accedere alle informazioni, usare e analizzare criticamente, creare in modo responsabile e sicuro contenuti mediatici occorre che le persone dispongano di un livello avanzato di competenze di alfabetizzazione mediatica.

Tale alfabetizzazione non dovrebbe essere limitata all'apprendimento dei concetti relativi agli strumenti ed alle tecnologie, ma dovrebbe mirare a dotare le persone delle capacità di riflessione critica, necessarie per elaborare giudizi, analizzare realtà complesse e riconoscere la differenza tra opinioni e fatti.

È, pertanto, necessario che gli Stati membri, oltre ai fornitori di servizi di media e ai fornitori di piattaforme per la condivisione di video e in cooperazione con tutti i soggetti coinvolti nel settore delle comunicazioni digitali, promuovano lo sviluppo dell'alfabetizzazione mediatica in tutti i settori della società, per le persone di tutte le età e per tutti i media, monitorando con attenzione i progressi gradualmente conseguiti.

La Direttiva AVMS – sui servizi di media audiovisivi – impone (art. 33 bis, paragrafo 1) agli Stati membri di promuovere lo sviluppo dell'alfabetizzazione mediatica e di adottare misure tecniche ed organizzative volte al conseguimento di tal fine.

L'art. 33 bis, paragrafo 2, prevede che gli Stati membri presentino alla Commissione una relazione sull'attuazione di tale obbligo 'entro il 19 dicembre 2022 e successivamente ogni tre anni'.

A norma del successivo paragrafo 3, 'la Commissione, previa consultazione del comitato di contatto, emana orientamenti relativi all'ambito di applicazione di tali relazioni'.

L'art. 28 ter della Direttiva in esame impone, inoltre, nel contesto della protezione degli utenti dai contenuti illegali e nocivi, obblighi in materia di alfabetizzazione mediatica alle piattaforme per la condivisione di video.

A norma dell'art. 28 ter, paragrafo 3, lettera j), gli Stati membri devono assicurare che tutti i fornitori di piattaforme per la condivisione di video sotto la loro giurisdizione predispongano misure e strumenti efficaci di alfabetizzazione mediatica e sensibilizzino gli utenti in merito a tali misure e strumenti.

Ancora, l'art. 28 ter, paragrafo 5, prevede che gli Stati membri si dotino

dei meccanismi necessari per valutare l'adeguatezza delle misure adottate dai fornitori di piattaforme per la condivisione di video e affidino la valutazione di tali misure alle Autorità o agli Organismi nazionali di regolamentazione.

In linea con il considerando 5 della direttiva (UE) 2018/1808, un servizio di media sociale deve essere soggetto ai suddetti obblighi se la fornitura di programmi e di video generati dagli utenti costituisce una funzionalità essenziale di tale servizio. La fornitura di programmi e di video generati dagli utenti può essere considerata una funzionalità essenziale di un servizio di media sociale quando i contenuti audiovisivi non sono semplicemente collaterali alle sue attività o non ne costituiscono una parte minore.

L'art. 30 ter, paragrafo 3, lettera b), della Direttiva AVMS stabilisce che è compito dell'*European Regulators Group for Audiovisual Media Services* (ERGA) 'scambiare esperienze e migliori prassi in merito all'applicazione del quadro normativo per i servizi di media audiovisivi, anche riguardo all'accessibilità ed all'alfabetizzazione mediatica'.

Un altro consesso deputato alla condivisione delle migliori prassi sulle attività di alfabetizzazione mediatica e alla ricerca di possibili sinergie è il gruppo di esperti della Commissione sull'alfabetizzazione mediatica (*Media Literacy Expert Group*, MLEG).

Anche il gruppo di esperti della Commissione sulla lotta alla disinformazione e per la promozione dell'alfabetizzazione digitale è un'importante sede di scambi su iniziative europee efficaci nel settore dell'istruzione e della formazione.

L'alfabetizzazione mediatica necessita poi di:

- a) misure giuridiche e/o strategiche. Gli Stati membri dovrebbero poter riferire in merito alle misure legislative e ad altre misure di natura giuridica in atto, nonché a quelle eventualmente previste per la promozione e lo sviluppo dell'alfabetizzazione mediatica. In particolare, le Istituzioni dovrebbero fare riferimento alle norme giuridiche applicabili ai servizi di media audiovisivi e ai fornitori di piattaforme per la condivisione di video ai sensi della Direttiva AVMS, anche nel caso in cui tali norme rientrino in quadri più ampi in materia di alfabetizzazione mediatica, come ad esempio quelli per i servizi di media e/o tutti i servizi della società dell'informazione.

Per quanto possibile, gli Stati membri dovrebbero fornire informazioni anche sulle misure strategiche e sui piani d'azione nazionali e/o regionali, per la promozione e lo sviluppo dell'alfabetizzazione mediatica.

Nella misura in cui le norme giuridiche applicabili impongono ai fornitori di servizi di media audiovisivi e ai fornitori di piattaforme per la condivisione di video l'obbligo di attuare misure di alfabetizzazione mediatica, gli Stati

membri dovrebbero riferire, per quanto possibile, in merito alle misure attuate dai fornitori sotto la loro giurisdizione.

Per quanto riguarda le piattaforme per la condivisione di video, gli Stati membri dovrebbero fare altresì riferimento alle loro valutazioni sull'adeguatezza delle misure di alfabetizzazione mediatica attuate dai fornitori di tali piattaforme, sotto la loro giurisdizione;

- b) misure organizzative. Gli Stati membri dovrebbero riferire in merito alle misure organizzative ed ai meccanismi predisposti per consentire l'adempimento degli obblighi di cui alla Direttiva AVMS. In particolare, gli Stati membri dovrebbero indicare quali Autorità od Organismi, a livello nazionale, regionale e/o locale, a seconda dei casi, sono responsabili della promozione e dello sviluppo delle competenze di alfabetizzazione mediatica e del controllo del rispetto degli eventuali obblighi imposti ai fornitori di settore.

Dovrebbero inoltre indicare quali compiti specifici sono stati affidati a tali Autorità od Organismi. In tale contesto, risulta opportuno che vengano indicati nello specifico tutti i compiti ed i poteri riconosciuti a dette Autorità Indipendenti di regolamentazione dei media nel settore dell'alfabetizzazione mediatica.

Per quanto possibile, le relazioni dovrebbero anche fornire informazioni sulle strutture di collaborazione dei portatori di interessi e sui diversi portatori di interessi che collaborano con le Autorità e gli Organismi degli Stati membri per condurre le attività di alfabetizzazione mediatica;

- c) fondi pubblici e altri meccanismi di finanziamento dell'alfabetizzazione mediatica. Gli Stati membri dovrebbero compiere il massimo sforzo per individuare i fondi pubblici stanziati per la promozione e lo sviluppo dell'alfabetizzazione mediatica e il relativo calendario. Tale descrizione dovrebbe riguardare almeno gli stanziamenti a livello nazionale. Le relazioni potrebbero inoltre descrivere brevemente gli strumenti utilizzati per finanziare le attività di alfabetizzazione mediatica, compresi quelli privati;
- d) attività di coinvolgimento e sensibilizzazione, compresi i programmi di alfabetizzazione mediatica. Gli Stati membri dovrebbero compiere il massimo sforzo per fornire informazioni su qualsiasi attività di coinvolgimento o di sensibilizzazione in atto per promuovere e sviluppare l'alfabetizzazione mediatica in tutte le fasce di età, nell'ambito dell'istruzione formale e in una prospettiva di apprendimento permanente. Per quanto possibile e se del caso, gli Stati membri potrebbero anche fare riferimento alle attività di coinvolgimento e sensibilizzazione intraprese da operatori del mercato, organismi scientifici od Organizzazioni non governative.

Tali attività possono comprendere campagne ed attività di formazione rivolte e dedicate a diversi gruppi demografici (adulti, minori, ecc.).

A tale riguardo, gli Stati membri potrebbero valutare la possibilità di istituire mezzi di comunicazione strutturati con i poli nazionali dell'Osservatorio Europeo dei Media Digitali (*European Digital Media Observatory*, EDMO), finanziato dalla Commissione Europea. Tra gli obiettivi dei poli nazionali dell'EDMO figurano: i) la collaborazione con le autorità nazionali dei media per monitorare le politiche delle piattaforme *online* e l'ecosistema dei media digitali e ii) l'organizzazione di attività di alfabetizzazione mediatica.

Ove possibile, gli Stati membri potrebbero anche fornire informazioni sull'inclusione di misure di promozione e sviluppo dell'alfabetizzazione mediatica nei programmi di istruzione formale ai diversi livelli (istruzione primaria, secondaria e superiore o altri livelli di istruzione e formazione, a seconda dei casi) come materia distinta e/o come tematica trasversale.

A tal fine potrebbero anche fare riferimento a moduli di alfabetizzazione mediatica dedicati agli insegnanti e ai formatori, erogati in particolare nell'ambito della formazione iniziale degli insegnanti e/o del loro sviluppo professionale continuo, come indicato nella raccomandazione del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 relativa alla "tutela dei minori e della dignità umana e al diritto di rettifica relativamente alla competitività dell'industria europea dei servizi audiovisivi e d'informazione in linea".

Le relazioni potrebbero fare riferimento alle risorse di alfabetizzazione mediatica rese disponibili al pubblico, quali portali *web* dedicati;

- e) misure e modalità di valutazione. Gli Stati membri che utilizzano o vorrebbero introdurre misure per valutare l'impatto delle iniziative regionali o nazionali nel settore dei media che promuovono l'alfabetizzazione mediatica, compresi gli indicatori di misurazione delle prestazioni atti a valutare l'impatto delle loro misure e modalità di alfabetizzazione mediatica, sono incoraggiati ad elencare e descrivere tali misure e i relativi risultati nelle relazioni.

## **5 DESIGNAZIONE DEL COORDINATORE DEI SERVIZI DIGITALI**

Come noto, il 16 novembre 2022 è entrato in vigore il Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (*Digital Services Act* -DSA) che si applica a tutti i servizi digitali che mettono il consumatore in collegamento con beni, servizi o contenuti digitali.

Esso muove dalla considerazione per cui i servizi della società dell'informazione, e in particolare i servizi intermediari, sono diventati ormai una componente significativa dell'economia dell'UE e della vita quotidiana dei suoi cittadini<sup>12</sup>.

Oggi modelli di *business* e servizi nuovi e innovativi, quali le reti sociali (cosiddetti social network) e le piattaforme *online*, che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, hanno permesso agli utenti commerciali e ai consumatori di accedere alle informazioni, diffonderle ed effettuare transazioni in modi nuovi.

Attualmente la maggior parte dei cittadini dell'UE utilizza tali servizi quotidianamente e, se da un lato ciò ha migliorato la qualità della vita dei medesimi cittadini, nonché le opportunità di *business*, dall'altro alla repentina trasformazione digitale è conseguita una serie di nuovi rischi e di nuove sfide sia per i singoli (utenti dei diversi servizi), sia per le imprese e sia, infine, per la società in quanto tale.

L'obiettivo del DSA è duplice: garantire l'efficace tutela dei consumatori che effettuano transazioni commerciali intermedie *online* e, al contempo, armonizzare la normativa UE.

Orbene, ciò premesso in via generale, è da rilevare che il DL Caivano rappresenta lo strumento con cui si è adempiuto, da parte del nostro Paese, alle richieste di Bruxelles di prevedere un'autorità responsabile dell'applicazione dei nuovi regolamenti digitali (v. art. 15).

Ed invero si designa l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni quale Coordinatore dei Servizi Digitali, ai sensi dell'art. 49, II, del menzionato Regolamento (UE) 2022/2065 e si chiamano l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, il Garante per la Protezione dei Dati Personali e ogni altra Autorità nazionale competente, nell'ambito delle rispettive competenze, ad assicurare ogni necessaria collaborazione ai fini dell'esercizio da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di tali funzioni di Coordinatore dei Servizi Digitali.

Per l'ipotesi della violazione degli obblighi qui previsti l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni applicherà, in ossequio a principi di proporzionalità, adeguatezza e rispetto del contraddittorio, secondo le procedure stabilite con proprio regolamento,

sanzioni amministrative pecuniarie fino ad un massimo del 6% del fatturato annuo mondiale nell'esercizio finanziario precedente alla comunicazione di avvio del procedimento al prestatore di un servizio intermedio rientrante nella propria sfera di competenza, anche nella sua qualità di Coordinatore

<sup>12</sup> V. *L'impatto del Digital Service Act (DSA) sull'ordinamento italiano*, a cura di Bruno Tassone, in *Diritto di Internet*, 2023, 3.

dei Servizi Digitali, ai sensi del diritto nazionale ed europeo applicabile alla fattispecie di illecito.

Submissão em: 7 de janeiro de 2024

Último Parecer favorável em: 27 de março de 2024

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

RABAZZI, Cristina. La sicurezza dei minori in ambito digitale nel cd. DL Caivano. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 1, p. 54-69, jan.-abr. 2024.

## LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y LA JURISDICCION NORMATIVA

EDGAR J. MOYA MILLÁN<sup>1</sup>

### RESUMEN

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela ha creado un nuevo medio de control de constitucionalidad no previsto en la Constitución, como el llamado “recurso abstracto para la interpretación constitucional”<sup>2</sup> que puede ser intentado por cualquier persona interesada en resolver las dudas que resulten de disposiciones constitucionales ambiguas u oscuras. Este recurso ha permitido a la Sala Constitucional emitir con frecuencia controversiales fallos, y más grave aún, a través de su ejercicio ha transformado ilegítimamente, importantes disposiciones constitucionales.

**Palabra clave.** Jurisdicción Normativa. Sala Constitucional

### RESUMO

A Câmara Constitucional da Suprema Corte de Justiça da República Bolivariana da Venezuela criou um novo meio de controle de constitucionalidade não previsto na Constituição, como o chamado “recurso abstrato de interpretação constitucional” que pode ser tentado por qualquer pessoa interessados em dirimir dúvidas decorrentes de dispositivos constitucionais ambiguos ou obscuros. Este recurso

<sup>1</sup> Abogado (1987). Curso de Doctorado en Derecho (UCV), Curso de Doctorado en Derecho Civil por la Universidad de Buenos Aires, Argentina (UBA). Magister Scinturum en Derecho Tributario (USM), Especialista en Derecho Procesal Constitucional (Monteavila), Especialista en Derecho Penal (USM), Especialista en Derecho Administrativo (España), Especialista en Derecho Tributario (USM), Especialista en Derecho Mercantil (USM); Segundo Semestre en Derecho Marítimo (ENMM), Juez de Municipio, Defensor Público Penal y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; Juez Superior Estatal de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; Juez de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Profesor Universitario en la UCV; en la Escuela Nacional de la Magistratura; Facilitador en la Escuela Nacional de la Defensa Publica; en la UGMA y en la USM. Autor de varias publicaciones escritas.

<sup>2</sup> Sentencia N.º 1077 de 22 de septiembre de 2000, caso *Servio Tulio León*, en *Revista de Derecho Público*, N.º 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss. Vease Brewer-Carias (2007, p. 61-70); y Brewer-Carias (2009a, p. 319-362).

permitted the Constitutional Chamber to frequently issue controversial decisions, or, which is even more serious, through its exercise the Constitutional Chamber transformed illegitimately important constitutional provisions.

**Palavra-chave.** Jurisdição Reguladora. Câmara Constitucional

The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, has invoked the “jurisdictional normativity” to establish procedural norms applicable in constitutional processes when the matter has not been regulated in laws, as has happened, in particular, in processes destined to control the omission of absolute legislative<sup>3</sup> and habeas data, establishing in detail the procedural norms “with the aim of filling the existing void”.<sup>4</sup> The legislative void, in every case, was later filled with the provisions of the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice of 2010 (BREWER-CARIAS; HERNÁNDEZ MENDIBLE, 2010).

For Brewer-Carias, also in matters of constitutional mutations, the right compared shows lamentable examples of illegitimate mutations, which instead of reinforcing constitutionalism, what they have done is to break the democratic principle and the State of law, as has happened in Venezuela in the decade 2000-2010, during which the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, in service of authoritarianism, has modified the Constitution to even implement through its various judgments different constitutional reforms that were rejected by the people through a referendum in December 2007 (BREWER-CARIAS, 2009b, p. 383-418; BREWER-CARIAS, 2009c, p. 205-211; BREWER-CARIAS, 2009d, p. 319-362; BREWER-CARIAS, 2009e, p. 29-51).

As these decisions of the Constitutional Chamber, she has named them interpretative sentences, as has said the doctrine patria, without doubt, they are part of the pathology of constitutional justice because, not only through sentences; also through the deception of the National Executive that consisted in dictating laws on matters or situations that had been denied by the people in a referendum held in the year 2007.

Constitutional judges each time with more frequency, have been dictating interpretative decisions, as has happened in Italy, Spain, France and Hungary (PARODI, 2010, p. 3; FERNANDEZ SEGADO, 2010, p. 34; MATHIEU, 2010, p. 13; CSINK; PETRETEI; TILK, 2010, p. 4) where in many cases they have decided not to annul the law impugned, resolving instead,

<sup>3</sup> Sentencia N.º 1556 of July 9, 2002, case *Alfonzo Albornoz y Gloria de Vicentini*, in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1556-090702-01-2337%20.htm>. Véase Urosa Maggi (2010, p. 10-11).

<sup>4</sup> Sentencia N.º 1511 of November 9, 2009, case *Mercedes Josefina Ramírez, Acción de Habeas Data*, in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1511-91109-2009-09-0369.html>. Véase Brewer-Carias (2010, p. 289-295); y Urosa Maggi (2010, p. 13).



modificar su significado al establecer un contenido nuevo, como resultado de la interpretación constitucional que han hecho de la ley acorde con la Constitución (DÍAZ REVORIO, 2001, p. 59 ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2007, p. 129 ss.).

El Tribunal Constitucional al referirse a la interpretación constitucional ha precisado que:

[...] que lo que de nosotros puede solicitarse es una Declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho. Este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo. Lo que el requerimiento incorpora es, al igual que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad, la exposición de una duda razonable, pero lo que de nosotros se solicita no es un razonamiento que la resuelva, sino una decisión vinculante.

Por ello, y aun cuando este procedimiento no haya de poseer necesariamente naturaleza contenciosa, no por dicha circunstancia se ve alterada la posición del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución. Al igual que en cualquier otro cauce, el Tribunal actúa aquí como el órgano jurisdiccional que es y su declaración, por tanto, no puede sino basarse en argumentaciones jurídico-constitucionales, hayan sido éstas sugeridas o no por el órgano solicitante o por los demás que están legitimados. Su examen debe ceñirse, en coherencia con ello, al contraste entre la Constitución, en cualquiera de sus enunciados, y la estipulación o estipulaciones del Tratado que hayan sido sometidas a control previo, pues el art. 95.1 de aquélla ha reservado en exclusiva al Gobierno y a una u otra de ambas Cámaras la facultad de formular esta duda de constitucionalidad, cuyo planteamiento y elucidación *ex officio* no le corresponde, por tanto, al Tribunal, el cual, al igual que en los demás procedimientos, carece de iniciativa, y está vinculado al principio constitucional de congruencia. Ello sin perjuicio de que este Tribunal pueda solicitar nuevas informaciones y aclaraciones o ampliaciones de conformidad con el art. 78.3 de la LOTC.<sup>5</sup>

El artículo 266 de la Constitución de la Republica venezolana, le otorga al Tribunal Supremo de Justicia la facultad para conocer de los recursos de interpretación de normas, pero la Sala Constitucional, apoyándose en el artículo 335 del texto constitucional, creó una forma de interpretación de manera general y abstracta con efectos vinculantes de la Constitución; bien en una decisión de un recurso dirigido a aclarar el significado de algunas de sus disposiciones o en otro tipo de causa o casos.

En sentencia N.º 1309 de fecha 19 de julio de 2001, la Sala Constitucional ha expresado que la norma general producida por la interpretación abstracta vale *erga omnes* y constituye, como verdadera *jurisdatio*, una interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental. Para Delgado (2008, p. 156), ha de advertirse en primer término que el papel de la Sala Constitucional, así concebido, excede

<sup>5</sup> <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia>. Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/1992, de 01 de julio de 1992. (BOE número 177, de 24 de julio de 1992).

en mucho la determinación del significado del texto. Considera que, si ella ha de aplicarse a cualquiera de las disposiciones de la Constitución, aun cuando no exista ley que la desarrolle, entonces debe, además de aclarar su sentido y formular las consecuencias jurídicas que puedan ofrecer la solución de los casos que se presenten.

Esto constituye el abandono de la labor hermenéutica o de mera aplicación. El Tribunal Supremo de Justicia a esta labor la ha calificado como como *jurisdicción normativa* y fue concebida por primera vez por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N.º 1571/2001 de fecha 22 de agosto de 2001, recaída en el caso Asociación Civil de Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA).<sup>6</sup>

En esa sentencia, llego a fundamentar que, en base al artículo 335 Constitucional, en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente. Se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia.

La misma Sala no duda en afirmar que la Jurisdicción Normativa poco o nada tiene que ver con la labor interpretativa. Lo que ha existido a través de la vía jurisprudencial, la creación de normas de contenido general apega al momento político que vive el país y que se identifica con la labor del órgano legislativo, al punto de llegar a afirmar en sentencia N.º 33 de fecha de fecha 25 de enero de 2001, que sus decisiones son fuente del derecho judicial desde que complementan jurisprudencialmente el ordenamiento con normas de carácter general.

La jurisdicción normativa se consolida y actualiza de forma definitiva en nuestro país a partir de la decisión 301/2007 del 27 de febrero. La Sala Constitucional desestimo, por perdida sobrevenida del interés procesal, un recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto en contra de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, a pesar de la negativa del recurso, la Sala Constitucional consideró que de conformidad con lo dispuesto en el segundo aparte del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, las causas relativas al control concentrado de la constitucionalidad no priva el principio dispositivo, por tratarse de un asunto de orden público.

En esta sentencia, la Sala Constitucional como máximo exponente de la Jurisdicción Constitucional, especulo que, podía valorar de oficio la violación de la Norma Fundamental, aun cuando la parte recurrente no haya advertido

<sup>6</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1571-220801-01-1274%20.HTM>

tales infracciones, o su técnica recursiva haya sido deficiente. Al decidir, la Sala Constitucional optó por interpretar constitucionalmente el sentido y alcance de la disposición contenida en el artículo 31 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, sin declarar expresamente su nulidad modificando su redacción y ejerciendo funciones propias del órgano legislativo.

Luego la Sala Constitucional en sentencia N.º 401 de fecha 19 de marzo de 2004, agrega que en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho, con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por dicha Sala; ordenando la publicación en la Gaceta Oficial de la Republica, de aquellas sentencias en las que ejerza la jurisdicción normativa o se fije una interpretación con alcance general, en virtud de la obligatoriedad de los preceptos así establecidos, y con la intención de proteger la seguridad jurídica.

Esta labor Interpretativa en Venezuela ha recibido innumerables críticas, siendo las más atacadas las que se relacionan con la jurisdicción normativa; la Sala ha dictado normas de carácter general, sin que ninguna disposición del texto constitucional la autorice, abrogándose con ello el rol del constituyente y actuando contrario al principio de separación de poderes, al invadir funciones del Gobierno y de la propia Administración Pública.

Desde sus primeros fallos (José Amando Mejía, Corpoturismo; Servio Tulio León), la Sala Constitucional ha sostenido que las normas constitucionales, en particular los Derechos Humanos, los Derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las Garantías y los Deberes, son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas.

Para lograr tal aplicación inmediata, se ha apoyado en el artículo 335 constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máxime garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República.

La Sala Constitucional ha venido ejerciendo la jurisdicción en forma normativa en base al artículo 335, en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente. Agregando que se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia.

Por esta vía se han colmado normas constitucionales que carecían de desarrollo legislativo, como ocurrió en los fallos que tratan sobre los derechos e

intereses difusos o colectivos (Casos: Defensoría del Pueblo del 30-06-00; William Ojeda del 31-08-00; Veedores de la UCAB del 23-08-00); o el que se refirió a la legitimación en juicio de la sociedad civil (Caso: Gobernadores del 21-11-00); o el que resolvió lo relativo al habeas data (Caso: Insaca del 14-03-01), sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de dichas leyes, y jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales, por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse.

Esto se inicia a partir de la creación o reforma del procedimiento de amparo (Caso: José Amando Mejía del 01-02-00). Este ejercicio de la jurisdicción con efecto normativo provisorio, para la Sala Constitucional, ha funcionado cuando se ha planteado un caso de violación constitucional concreto que ha de ser resuelto, no siendo ello posible, cuando lo que se pide es una interpretación constitucional en abstracto.

La Sala afianza sus argumentos al hacer referencia que, la “jurisdicción normativa” estaba prevista en la Ley de Registro Público de 1940, para que la ejerciera la Corte Federal (artículo 11 de dicha Ley de Registro Público), y en los últimos años de la extinta Corte Suprema de Justicia, fue ampliamente ejercida -sin base legal alguna- tanto por la Sala de Casación Civil, como por la Sala Político-Administrativa.<sup>7</sup> Y expresa que la jurisdicción normativa sirve a) para colmar normas constitucionales sin desarrollo legal y b) dejar sin efecto normas inconstitucionales y sustituirlas por “interpretaciones de cómo se debe actuar”.<sup>8</sup>

Estas sentencias hacen referencia, por ejemplo, a que la Sala de Casación Civil, perversamente cambiaba a cada momento los requisitos de la llamada técnica del recurso de casación, los cuales no aparecían en ninguna ley; y así, formalizaciones basadas en la “técnica” aceptada por la Sala en un fallo eran declaradas inadmisibles, ya que sin previo aviso se cambiaban los requisitos de la “técnica” con motivo del nuevo fallo donde se desechaba la anterior formalidad.

La Sala Político-Administrativa, a su vez, fue creando una teoría del proceso de amparo que no estaba en ninguna ley, aceptando el “amparo sobrevenido”, y cambiando *contra legem* las competencias señaladas en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, lo que hubo de ser regularizado por la Sala Constitucional para aplicar la ley (caso: Yoslena Chanchamire).

Se acogió la Sala Constitucional al contenido del artículo 335 de la Constitución y mediante interpretaciones con carácter de precedente vinculante considera que puede llenar los vacíos legislativos de normas constitucionales logrando que tengan aplicación inmediata los principios, derechos, garantías

<sup>7</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N.º 1571 de fecha 22 de agosto de 2001 en: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones>.

<sup>8</sup> Vid Sentencias 1571/2001 de 22 de agosto; N.º 7; 656; 1053; 1077; 1347; 1395/2000; 93; 332/2002; 806; 2855/2002 y 1042/2004 entre otras. [www.tsj.gob.ve/decisiones](http://www.tsj.gob.ve/decisiones)

y deberes constitucionales, por falta de desarrollo legislativo o de la existencia de una situación de desarrollo atrofiado de las mismas, producto de la ley. La ausencia de desarrollo legislativo no es impedimento para mantener la supremacía y eficacia del texto constitucional.

La Sala, reiterando los argumentos de las decisiones 1571/2001 y 2588/2001 –anteriores a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia– y con base en el segundo apartado del artículo 5 de la LOTSJ, en la sentencia 301/2007, declaró sobre la posibilidad de enjuiciar de oficio la constitucionalidad de una norma:

No obstante [la declaratoria de inadmisibilidad por pérdida sobrevenida del interés procesal], de conformidad con el artículo 5, segundo aparte, in fine de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en las causas relativas al control concentrado de la constitucionalidad no priva el principio dispositivo, por tratarse de un asunto de orden público, dada la enorme relevancia y el intenso grado de afectación colectiva que caracteriza a los actos normativos.

Conforme a ello, este máximo exponente de la Jurisdicción Constitucional está autorizado para apreciar, de oficio, la violación de la Norma Fundamental, no obstante que la parte impugnante no haya advertido tales infracciones, o su técnica recursiva haya sido deficiente.<sup>9</sup>

Otra crítica –con la cual estamos de acuerdo– que se le hace a la Sala Constitucional, es su tesis reiterada de la jurisdicción normativa pone en vigencia disposiciones generales para las que no existe ningún control político o judicial dado que no son impugnables, son normas de grado inferior a la Constitución cuya constitucionalidad no puede ponerse en duda y no tiene la legitimidad política democrática, para dictar regulaciones de alcance general dictar, cuya potestad le son dadas a la Asamblea Nacional o por ley especial al Presidente de la República.

Por último, la Sala se refiere a que, la jurisdicción normativa es difícilmente incompatible con el valor de la seguridad jurídica en un Estado de derecho, en la medida que los ciudadanos no pueden prever la aplicación a un caso concreto de reglas que al momento en que se realiza su conducta no se hallan vigentes, puesto que se establece después, al instante de sentenciar el caso; y lo que es peor, una vez establecidas, su permanencia depende de la voluntad del propio órgano judicial, el cual puede decidir en cualquier momento sustituir las por otras que considere mejores (DELGADO, 2008, p. 159). La Sala Constitucional al actuar de esta manera se convierte en legislador positivo.

Duque Corredor ha expresado su rechazo afirmando que:

---

<sup>9</sup> BERRÍOS ORTIGOZA (2008). La Sala Constitucional y la jurisdicción normativa en Venezuela: Estudio sobre la SSC 301/2007.

Un lamentable caso de suplantación o usurpación del poder constituyente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es la sentencia N.º 442 del 23.03.2004, porque modificó el cuadro de competencias que la Constitución atribuye al Tribunal Supremo de Justicia, emendando o reformando las reglas constitucionales de competencia de la Sala Electoral y de la Sala Constitucional, al eliminarle a aquella Sala su competencia natural contencioso electoral en materias de referéndum revocatorio presidencial (DELGADO, 2008, p. 121).

Otra de las extralimitaciones en que ha incidido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es que, ha venido actuando de oficio, privando de su competencia al juez natural en cualquiera de las Salas que la integran, esto ocurrió recientemente con la Sala Electoral, en un caso relacionado con la impugnación de los resultados electorales en las elecciones presidenciales del mes de abril de 2013. La Sala Constitucional se avocó a conocer los siete recursos contenciosos electorales de nulidad contra las elecciones presidenciales del 14 de abril de 2013, alegando que:

[...] en tutela de los derechos políticos de los ciudadanos y ciudadanas, del interés público, la paz institucional y el orden público constitucional, así como por la trascendencia nacional e internacional de los resultados del proceso instaurado, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 25.16, 31.1, 106 y 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, **AVOCA** el conocimiento de las causas distinguidas con los alfanuméricos AA70-E-2013-000025, AA70-E-2013-000026, AA70-E-2013-000027, AA70-E-2013-000028, AA70-E-2013-000029, AA70-E-2013-000031 y AA70-E-2013-000033, así como cualquier otra que curse ante la Sala Electoral de este Máximo Juzgado y cuyo objeto sea la impugnación de los actos, actuaciones y omisiones del Consejo Nacional Electoral como máximo órgano del Poder Electoral, así como sus organismos subordinados, relacionados con el proceso comicial celebrado el 14 de abril de 2013. En ese sentido, se ordena a dicha Sala que remita todas y cada de las actuaciones correspondientes a esta Sala Constitucional, en el lapso de cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Remítase copia certificada del presente fallo a la Sala Electoral de este Supremo Tribunal. Se ordena a la Secretaría de esta Sala formar un nuevo expediente para cada una de las causas que sean remitidas por la Sala Electoral de este Supremo Tribunal. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 20 días del mes de junio de dos mil trece (2013). Años: 203º de la Independencia y 154º de la Federación.

La Presidenta,

**Gladys María Gutiérrez Alvarado**<sup>10</sup>

La referida Sala llegó a argumentar que, la doctrina de la Sala Constitucional ha dispuesto que el avocamiento sea una figura de superlativo

<sup>10</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N.º 20613 dewww.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/795-20613-2013-13-0538. HTML

carácter extraordinario, toda vez que afecta las garantías del juez natural y, por ello, debe ser ejercida con suma prudencia y sólo en aquellos casos en los que pueda verse comprometido el orden público constitucional. No señala la Sala Constitucional de manera coherente como la Sala Electoral o cualquier otro actor ha vulnerado o comprometido el orden público constitucional y/o cuales son las posibles vulneraciones de los principios jurídicos y los derechos constitucionales de los justiciables. Se trata indudablemente de una vulneración al principio del juez natural y de una sentencia netamente política para favorecer a un determinado sector.

La idea planteada por Häberle, ha sido acogida por la doctrina en Venezuela, al referirse a la actuación de oficio por parte de la Sala Constitucional. Häberle, cree que, en última instancia, *la jurisdicción constitucional no es un seguro de vida jurídico o político*. Su desarrollada concepción política y pluralista está ligada a la cultura general de nuestra República. Esto le transmite funciones políticas, pero también conduce a límites (Un límite de la jurisdicción constitucional se deriva también del hecho de que solamente actúa a petición de parte, no de oficio. Debe ser “impulsada” por el ciudadano o por las fuerzas políticas) (HÄBERLE, 2004, p. 177).

Por eso, es siempre necesaria la autolimitación, el *self-restraint* judicial, que asegure el equilibrio de los poderes y del juego democrático. Para evitar estas extralimitaciones en el derecho comparado existe la figura del *self-restraint*, es un término legal que refuerza el carácter limitado de la facultad del juez. Restricción judicial que pide a los jueces basar sus decisiones judiciales únicamente en el concepto del *stare decisis*<sup>11</sup> que se refiere a la obligación del Tribunal de honrar las decisiones anteriores. En el Derecho Anglosajón, los jueces conservadores a menudo emplean la restricción judicial al decidir casos, a menos que la ley sea claramente inconstitucional.

Vale la pena recordar la sabia advertencia del juez norteamericano Frankfurter: “Si los jueces quieren ser predicadores, deberían dedicarse al púlpito; si pretenden ser primariamente configuradores de una política, el Parlamento es su lugar. Los jueces obstinados son los menos defendibles entre todos los que atacan al imperio del Derecho” (FRANKFURTER, 1956, p. 31). Y también aquella otra que expresara Eduardo Couture: “Del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el Poder Judicial; en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno” (COUTURE, 1978, p. 92).

El principio general, es que los jueces constitucionales aún siguen siendo considerados como “Legisladores Negativos” (KELSEN, 1928, p. 197-257; KELSEN, 2001) no pueden ser “Legisladores Positivos” en el sentido de que, como lo afirman Kay y Claus, los mismos no pueden elaborar ni crear leyes *ex novo* que sean producto “de su propia concepción,” ni adoptar “reformas”

<sup>11</sup> [http://civilliberty.about.com/od/history/profiled/q/srare\\_decisis.htm](http://civilliberty.about.com/od/history/profiled/q/srare_decisis.htm).

respecto de leyes que han sido concebidas por otros actores legislativos (CLAUS; KAY, 2010, p. 3, 5.).

## REFERENCIAS

BERRÍOS ORTIGOZA, Juan Alberto. La Sala Constitucional y la jurisdicción normativa en Venezuela: estudio sobre la SSC 301/2007. En: **Cuestiones Jurídicas**, v. II, N.º 2, julio-diciembre, 2008.

BREWER-CARIAS, Allan R. El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009). En: **Revista de Administración Pública**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N.º 180, 2009b.

BREWER-CARIAS, Allan R. El juez constitucional vs. la alternabilidad republicana (la reelección continua e indefinida). En: **Revista de Derecho Público**, N.º 117, Caracas, Ed. Fundación de Derecho Público y la Editorial Jurídica Venezolana, p. 205-211, enero-marzo, 2009c.

BREWER-CARIAS, Allan R. El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional. En: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coordinador). **Homenaje al Maestro Héctor Fix Zamudio: derecho procesal constitucional: memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional**. Mayo 26, 27 y 28 de 2010. Bogotá: [S. n.], 2010.

BREWER-CARIAS, Allan R. La ilegítima mutación de la constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la “reforma” de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional. En: **Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. Caracas: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones de derecho privado en libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2009a.

BREWER-CARIAS, Allan R. La ilegítima mutación de la constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la “reforma” de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional. En: **Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. tomo 1. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, 2009e.

BREWER-CARIAS, Allan R. La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su



propia competencia en materia de control de constitucionalidad. En: **Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas**. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2009d. p. 319-362.

BREWER-CARIAS, Allan R. Le recours d'interprétation abstrait de la Constitution au Venezuela. En: **Renouvau du droit constitutionnel: Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu**. Paris: Dalloz, 2007.

BREWER-CARIAS, Allan R.; HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor. **Ley orgánica del Tribunal Supremo de Justicia**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2010.

CLAUS, Laurence; KAY, Richard S. Constitutional Courts as "positive legislators" in the United States. En: **U.S. National Report: XVIII International Congress of Comparative Law**. Washington: [S. n.], July 2010.

COUTURE, Eduardo. **Estudios de derecho procesal civil**. t. I. segunda edición. Buenos Aires: Depalma, 1978.

CSINK, Lorant; PETRETEI, Jozef; TILK, Peter. Constitutional Court as positive legislator. En: **Hungarian National Report: XVIII International Congress of Comparative Law**. Washington: [S. n.], July 2010.

DELGADO, Francisco J. **La idea de derecho en la constitución de 1999**. Caracas: Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2008. (Serie *Trabajo de Grado*, 16).

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. En: **Lex Nova**, Valladolid, p. 59 ss., 2001.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. **La justicia constitucional europea ante el siglo XXI**. Madrid: Tecnos, 2007.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. El Tribunal Constitucional como legislador positive. En: **Spanish National Report: XVIII International Congress of Comparative Law**. Washington: [S. n.], July 2010.

FRANKFURTER, Felix. **John Marshall and the judicial function: government under law**, Cambridge (Mass.), 1956.

HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional institucionalizada en el estado constitucional. Traducción de Joaquín Brage Camazano. En: **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, Núm. 125, p. 169-181, Julio-Septiembre, 2004.

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle). En: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger**, Paris, Ed. Librairie General de Droit et the Jurisprudence, p. 197-257, 1928.

MATHIEU, Bertrand. Le Conseil constitutionnel 'législateur positif: ou la question des interventions du juge constitutionnel francais dans l'exercise de la fonction legislative. En: **French National Report: XVIII International Congress of Comparative Law**. Washington: [S. n.], July 2010.

PARODI, Gianpaolo. The Italian Constitutional Court as "positive legislator". En: **Italian National Report: XVIII International Congress of Comparative Law**. Washington: [S. n.], July 2010.

UROSA MAGGI, Daniela. Cortes constitucionales como "Legisladores Positivos": la experiencia venezolana. En: **Venezuelan National Report, XVIII International Congress of Comparative Law**, Washington, July, 2010

Submissão em: 16 de outubro de 2023

Último Parecer favorável em: 12 de fevereiro de 2024

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

MOYA MILLÁN, Edgar J. La sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la Republica Bolivariana de Venezuela y la jurisdiccion normativa. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 1, p. 70-81, jan.-abr. 2024.

## **O REGIME JURÍDICO DO SECTOR EMPRESARIAL LOCAL EM MOÇAMBIQUE**

**EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA<sup>1</sup>  
CLÁUDIO IZIDRO BATISTA SAITE<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

Usando de linhas objectivas, o autor do presente artigo científico pretende trazer à reflexão da comunidade académica, científica e da sociedade em geral sobre o fundamento jurídico do sector empresarial local (SEL), face, por um lado, à materialização do princípio central do exercício do poder do Estado, que se confina na prossecução do bem-estar comum e, por outro, ao vazio legal específico, quanto à coexistência, ao lado do regime jurídico do sector empresarial do Estado (SEE), do regime jurídico do sector empresarial local, centrado na administração pública, no âmbito do processo da descentralização do poder do Estado em Moçambique. A discussão versa, essencialmente, em torno do entendimento sobre o Sector Empresarial Local que se resvala, em última análise, no exercício do poder de Administração Pública deferido às autarquias locais, o contexto histórico da sua implementação desde à proclamação da Independência Nacional de Moçambique aos 25 de junho de 1975, a consolidação da Constituição Económica de 1990 e da Constituição de 6 de novembro de 2004 (revista em 2023), a problematização da omissão legal infraconstitucional do respectivo regime jurídico e a proposta de solução, no contexto hodierno do cada vez mais elevado índice de procura e consumo industrial e tecnológico de bens e serviços nas cidades em Moçambique e no Mundo como na área das mineradoras e exploração petrolífera. Importa, ainda, fazer-se uma abordagem sobre a autossuficiência da Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto, que estabelece o Quadro Jurídico-Legal para a Implantação das Autarquias Locais (e revoga a Lei n.º 6/2018, de 3 de agosto, alterada e republicada pela Lei n.º 13/2018, de 17

<sup>1</sup> Pós-Doutorando em Direito na Universidade de Lisboa e Docente Universitário. Doutoramento 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. Vice-Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior. *e-mail*: macuacua.edson@gmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Administrativo na Universidade Católica de Moçambique – Extensão de Maputo. Advogado.

de dezembro) no que concerne ao estabelecimento, funcionamento e autonomia das Empresas Municipais, no âmbito da implementação da Lei de Base da Organização e Funcionamento da Administração Pública (LBOFAP), n.º 7/2012, de 8 de fevereiro, e do regime jurídico do Sector Empresarial do Estado (SEE), à luz da vigência da respectiva Lei n.º 3/2018, de 19 de junho. Igualmente, far-se-á breve exame sobre a natureza jurídica das empresas municipais, o estatuto jurídico dos respectivos funcionários e, entre outros aspectos de relevo, o tratamento que o Tribunal Administrativo confere ao Sector Empresarial Local em Moçambique.

**Palavras-chave:** Estado; Sector Público; Sector Empresarial; Empresa Pública, Pessoa Colectiva Pública.

### ABSTRACT

Through objective lines, the author of this scientific article intends to bring to the reflection of the academic, scientific community and society in general on the legal basis of the local business sector, face, on the one hand, the materialization of the central principle of the exercise of State power, which is confined to the pursuit of the common welfare and, on the other, to the specific legal vacuum, regarding the coexistence, alongside the legal regime of the State business sector, of the legal regime of the local business sector, focused on public administration, within the process of decentralization of State power in Mozambique. The discussion will essentially revolve around the understanding of the Local Business Sector, which ultimately slips in the exercise of the power of public administration granted to local authorities, the historical context of its implementation since the proclamation of the National Independence of Mozambique on June 25, 1975, the consolidation of the Economic Constitution of 1990 and the Constitution of November 6, 2004 (revised in 2018), the problematization of the infraconstitutional legal omission of the respective legal regime and the proposal for a solution, in today's context of the increasingly high index of demand and industrial and technological consumption of goods and services in cities in Mozambique and in the world as in the area of mining and oil exploration. It will also be important to address the self-sufficiency of Law N.º 12/2023, of 25 August, which establishes the Legal-Legal Framework for the Implementation of Local Authorities (and repeals Law N.º 6/2018, of 3 August, amended and republished by Law N.º 13/2018, of December 17) regarding the establishment, operation and autonomy of Municipal Companies, within the scope of the implementation of the Basic Law on the Organization and Functioning of Public Administration (LBOFAP), N.º 7/ 2012, of February 8th and the legal regime of the State Business Sector (SEE), in light of the validity of the respective Law N.º 3/2018, of June 19th. It will also briefly examine the legal nature of municipal companies, the legal status of their employees and, among other important aspects, the treatment that the Administrative Court gives to the Local Business Sector in Mozambique.

**Keywords:** State; Public sector; Business Sector; Public Company, Public Legal Person.

## 1 CONCEITO SOBRE O SECTOR EMPRESARIAL LOCAL

Desde logo, os termos que compõem a designação do Sector Empresarial Local (SEL) conduzem à ideia de congregação empresarial típica de uma circunscrição territorial, empresas, e, para o caso que se pretende analisar com o presente estudo, de uma autarquia local, como ente de natureza pública diversa do Estado-administração. O que virá, pois, a ser o SEL, à luz do pensamento doutrinário e do regime jurídico existente em Moçambique?

Paulo Otero (1998. p. 90) já destacava que empresas de capitais maioritariamente público estão sujeitos ao controle e orientação do sócio ou sócios públicos maioritários. Destaca que esses poderes são exercidos diante da Assembleia Geral, pelo exercício da função accionista. Assim, as empresas locais são então identificadas como "pessoas colectivas de direito privado, com natureza municipal, intermunicipal ou metropolitana" (artigo 19.º, 4, da Lei 50/2012, de 31 de agosto de 2012). Nos termos da Lei 50/2012, de 31 de agosto de 2012, as empresas locais

**Art. 19.º [...].**

1 São empresas locais as sociedades constituídas ou participadas nos termos da lei comercial, nas quais as entidades públicas participantes possam exercer, de forma direta ou indireta, uma influência dominante em razão da verificação de um dos seguintes requisitos:

- a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto;
- b) Direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de gestão, de administração ou de fiscalização;
- c) Qualquer outra forma de controlo de gestão.

[...].

Sobre a problemática questão dos meios de produção pertencentes ao Estado e os que o não pertencem, Edson Macuácuá (2023a, p. 583-632), reputando-se também ao conceito do SEL, defende que

existem para além de meios de produção cuja propriedade e gestão pertencente ao Estado, os pertencentes a outras entidades públicas, o que significa que as diferentes entidades públicas resultantes de processos de descentralização territorial e institucional podem ser proprietárias e gestoras de meios de produção pertencentes ao sector público. São exemplos de entidades públicas decorrentes da descentralização territorial, os órgãos de governação descentralizada e as autarquias locais e no âmbito da descentralização institucional, existem os institutos públicos, fundações públicas e associações públicas.

A referência que Edson Macuácuva faz às autarquias locais “como entes públicos diversos do Estado e que podem deter o poder sobre os meios de produção, equivale a dizer, em outros termos, que tais entes podem constituir empresas sob sua gestão directa.” (MACUÁCUA, 2023a, p. 583-632).

E sob o prisma legal, há, primeiro, que se partir para o que a doutrina designa por constituição económica moçambicana, quando se pretende referir especificamente às disposições constitucionais relativas à organização económica e, no caso, da Constituição da República de Moçambique (CRM), essas disposições estão previstas no Título IV, constantes dos respectivos Capítulos I e II, e, concretamente, entre os artigos 96 e 111.

A CRM, segundo o n.º 2 do art. 99, dispõe em relação aos sectores de propriedade dos meios de produção, que “o sector público é constituído pelos meios de produção cuja **propriedade e gestão pertence ao Estado ou outras entidades públicas**” (grifo nosso), devendo daí subentender-se logo que:

1. o Estado-administração não é o único ente de natureza pública – isto é, ao seu lado ombreiam outras entidades que, procedendo do processo de descentralização, dessa natureza gozam (vide o art. 67 da Lei n.º 7/2012, de 8 de fevereiro), e que, por essa razão; e
2. na finalidade de levar a efeito a prossecução dos legítimos interesses colectivos não deve o Estado-administração ser o único ente a entrar em acção, sendo, porém, igualmente extensiva a outros entes públicos da mesma índole.

As outras entidades públicas não são somente as que resultam do processo da descentralização, conforme a menção expressa do art. 67, como também, entre outras descritas nas diversas leis, as que procedem da administração indirecta do Estado, designadamente, nos termos dos arts. 72, 73, e 74, todos, da Lei de Base da Organização e Funcionamento da Administração Pública (LBOFAP).

É, assim, em conclusão, legítimo entender o SEL como não mais e nem menos do que o conjunto dos meios de produção pertencentes e sob a gestão dos 153 municípios implantados no País, que neste caso são as empresas municipais.

## 2 NATUREZA JURÍDICA DAS AUTARQUIAS LOCAIS

Nos termos em que define a Constituição da República de Moçambique de 2004, revista pela Lei da Revisão Pontual da Constituição da República de

Moçambique n.º 11/2023, de 12 de junho, a autarquia local é uma pessoa colectiva de Direito Público, dotada de órgãos representativos próprios, que visa a prossecução dos interesses das populações respectivas, sem prejuízo dos interesses nacionais e da participação do Estado (art 286 da Constituição da República de Moçambique - CRM).

No mesmo sentido, como escreveu Leonardo Simbine, Juiz Conselheiro do Tribunal Supremo, citado por Gilles Cistac (2001), “o elemento orgânico da autarquia local deve reflectir o facto de ela assegurar a sua administração, através de órgãos que lhe são próprios, no sentido de serem de sua pertença e não serem do Estado”. Sobre o tema, vide os artigos 3.º; 16; 36, 40 e seguintes, todos da Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto.

Sobre o conceito de autarquia local, Diogo Freitas do Amaral (2006. p. 481) ensina que “as autarquias não são instrumentos da acção do Estado, mas formas autónomas de organização das populações locais residentes nas respectivas áreas.”.

Sobre as autarquias locais, Albano Macie deixa o legado científico de que por definição legal, “são pessoas colectivas dotadas de órgãos representativos próprios, que visam a prossecução dos interesses das populações respectivas, sem prejuízo dos interesses nacionais e da participação do Estado” (MACIE, 2021, p. 132-133), conforme resulta do art. 286, da CRM.

Portanto, percebe-se dos termos da CRM e dos ensinamentos dos citados autores que falar de Estado não é o mesmo que se estar a referir a uma autarquia local, sendo, pois, entes de Direito Público ou pessoas jurídicas colectivas do direito público distintas uma de outra.

### **3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DO SEL**

A identificação, o controle e a gestão dos meios de produção mencionados no citado art. 99 da actual Constituição de Moçambique (CRM) dão corpo a um dos princípios gerais em que se funda a chamada constituição económica, o da satisfação dos interesses comuns, que remonta desde o período pós independência, através da Constituição da República Popular de Moçambique, de 1975. Nela, constituía um dos objectivos da então República Popular de Moçambique (art. 4.º da CRPM) “a edificação de uma economia independente e a promoção do progresso cultural e social.”.

Sobre os meios de produção, a CRPM consagrava o princípio segundo o qual o Estado baseava-se “principalmente na força criadora do Povo e nos recursos económicos do País, concedendo um apoio total à produção agrícola, promovendo o aproveitamento adequado das empresas de produção e procedendo à exploração dos recursos naturais” (art. 6.º da CRPM).

O princípio da garantia constitucional da coexistência dos meios de produção com a finalidade da protecção, dinamização da economia nacional e a consequente satisfação das necessidades comuns esteve sempre presente no capítulo da organização económica da CRPM, tal como o é entre os já citados artigos da CRM e o disposto nos arts 6, al. f); e 35 a 49, da Constituição de 1990. Aliás, os antecedentes históricos deste princípio têm sua origem ao fim da I Guerra Mundial, mais concretamente no direito interno alemão (PARDAL, 2012, p. 922) e por meio da respectiva Constituição, a designada Constituição de Weimar segundo o qual, em suma, as normas constitucionais deviam regular sobre matérias que incluísse aspectos focais do Direito Público, por um lado e, por outro do Direito privado, o que reforçava, na época, os pensamentos doutrinários de outros defensores no mesmo sentido, como Martin Wolf, em 1923 e Carl Schmitt, em 1928, 1931 e 1932 (PARDAL, 2012, p. 923).

O contexto do surgimento do SEE, que antecede o SEL, funda-se, pois, no facto de o Estado ao ter deixado de se limitar

a reforçar os seus poderes de coação ou a assumir novos deveres de prestação – reivindicou também direitos de gestão e começou a explorar, em grande número, empresas agrícolas, comerciais e industriais: a par dos seus clássicos trajes de autoridade pública, passou a envergar também vestes de empresário económico. O sector público empresarial; Dir-se-ia que o tempo veio afinal dar razão à velha distinção de origem germânica entre o Soberano e o Fisco (AMARAL, 2006, p. 387).

Com isso, verifica-se o que Diogo Freitas do Amaral designa de intervencionismo estadual (AMARAL, 2006, p. 386), ou seja, a constituição do SEE por empresas públicas e por empresas participadas, segundo Edson da Graça Francisco Macuácu (2023a, p. 590).

O surgimento e a actual abordagem sobre o SEL não deve ser visto, por essa razão, de forma isolada, isto é, sem referência ao SEE, contanto que aquele é, no quadro da evolução histórica e jurídica do conceito, efeito ou consequência imediata deste último, conforme ensina o autor Edson da Graça Francisco Macuácu sobre o processo da transferência de poderes administrativos entre entes do direito público e, para o caso em particular, entre o Estado-Administração e uma autarquia local, no contexto do processo de descentralização administrativa. É ainda importante notar, sob o prisma evolutivo do SEL e no contexto do intervencionismo estadual, que o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de fevereiro, legitimava a intervenção do Estado na gestão, “sempre que as empresas, singulares ou colectivas não funcionam em termos de contribuir, normalmente, para o desenvolvimento económico de Moçambique e para a satisfação dos interesses colectivos”.

A recentemente aprovada Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto, conforme o disposto 1) do n.º 1 do artigo 48, e bem ainda o disposto no n.º 2 do artigo 71



da LBOFAP, sustentam a ideia de se estar num estágio avançado da evolução histórica e jurídica sobre o SEL, ao denunciarem a permissão expressa da criação de empresas municipais, atribuindo para o efeito competências à Assembleia Municipal de uma dada autarquia local.

Assim, como derivado do processo de descentralização administrativa do Estado, o SEL existe hoje na configuração jurídica tanto da LBOFAP como da Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto, no contexto da garantia constitucional, em relação à sua coexistência a par do SEE, prevista no n.º 2 do art. 99, da CRM em vigor, o que constitui um grande passo para um dos mais elementares princípios e fundamento da Administração pública: a satisfação dos interesses colectivos.

#### **4 NATUREZA JURÍDICA DAS EMPRESAS MUNICIPAIS**

O processo de descentralização administrativa<sup>3</sup>, que corresponde ao sistema em que a função administrativa esteja confiada não apenas ao Estado, mas também a outras pessoas colectivas territoriais – designadamente, autarquias locais. Ou seja, basta que haja autarquias locais, como pessoas colectivas distintas do Estado, para que exista juridicamente descentralização.

Ora, como ensina Edson Macuácuá (2023b, p. 33 e 46), do ponto de vista jurídico, o Estado moçambicano é um Estado politicamente centralizado e administrativamente descentralizado. O Poder Legislativo está centralizado, enquanto que o Poder Administrativo está descentralizado em três vertentes, nomeadamente, descentralização administrativa territorial, que dá origem aos órgãos de governação descentralizada provinciais e distritais e das autarquias locais.

#### **5 EMPRESAS PÚBLICAS E EMPRESAS MUNICIPAIS: CONCEITO E PRINCIPAIS ELEMENTOS JURÍDICOS DISTINTIVOS**

##### **5.1 Conceito**

Em primeiro lugar, a ideia de “Empresa” traduz-se numa unidade de produção. Segundo Diogo Freitas do Amaral (2006, p. 393), as unidades de produção são as organizações de capitais, técnica e trabalho que se dedicam

<sup>3</sup> A implantação das autarquias locais e o estabelecimento do respectivo quadro jurídico-legal, com a entrada em vigor da Lei n.º 2/97, de 18 de fevereiro, e mais tarde alterada pela Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto, marcou o processo de descentralização administrativa do Estado moçambicano, conferindo àqueles entes públicos autonomia administrativa, patrimonial e financeira, porém sujeitos à tutela administrativa do Estado.

à produção de determinados bens em serviço, destinados a serem vendidos no mercado mediante um preço.

Este autor defende ainda o pensamento segundo o qual nem todas as empresas públicas são estaduais e de âmbito nacional, pensamento igualmente defendido Edson Macuácuá.

Mais ainda, ensina Edson Macuácuá, que a Lei das Autarquias Locais, ao atribuir poderes a essa índole de pessoas colectivas, nesse caso, as autarquias locais, para criarem empresas municipais, não o faz igualmente em relação à criação de empresas públicas propriamente ditas. Isto é, inexistente nessa e na vasta legislação, permissão expressa ou que dessa forma deva entender, qualquer habilitação deferida às empresas municipais para a criação de empresas públicas municipais. O autor explica que nem todas as empresas criadas pelo município são necessariamente públicas, assim como nem todas as empresas criadas por iniciativa do Estado são necessariamente públicas. Expende por diante o seu legado científico sobre esta matéria em particular esclarecendo que igualmente inexistente em Moçambique uma lei específica que regule sobre os princípios e regras específicas aplicáveis à configuração jurídica de empresas públicas municipais, enaltecendo-se o facto de que a existência de um regime jurídico que determina a criação de empresas municipais, nomeadamente, a alínea l) do n.º 1 do artigo 48 da lei n.º 12/2023, de 25 de agosto, não abrange a criação de empresas públicas municipais. É que, acima dos pressupostos já avançados, ao abrigo do que prevê o artigo 36, da citada Lei n.º 3/2018 de 19 de Junho, uma empresa pública é uma entidade exclusivamente detida pelo Estado. Isto, por um lado. Por outro, em conformidade com o n.º 2 do artigo 37 da retromencionada Lei, essa empresa é criada pelo Conselho de Ministros que aprova os respectivos estatutos e adopta o objecto da sua actividade, seguida das palavras, Empresa Publica, ou das iniciais, E. P.

É assim inevitável e relativamente fácil defender-se a tese de que as empresas municipais não são empresas públicas. Mas isso não responde cabalmente à questão de se saber sobre o tratamento jurídico a que devem merecer as empresas municipais no plano da sua actuação, como hodiernamente decorre. Os municípios não param de criar empresas municipais. Que estatuto jurídico, afinal assumem no seu funcionamento? Esta questão suscita a necessidade para uma abordagem comparativa entre os principais aspectos a se ter em conta quando se fala de uma ou de outra figura jurídica.

## **5.2 Principais Elementos Jurídicos Distintivos entre as Empresas Públicas e as Empresas Municipais**

A abordagem sobre os principais aspectos jurídicos distintivos entre as empresas públicas e as empresas municipais em Moçambique deve assentar, fora da sensibilidade doutrinária disponível sobre a matéria, em último plano,

no quadro jurídico-legal vigente, designadamente, no exame dos institutos legais que versem sobre cada uma das figuras jurídicas.

Albano Macie (2021, p. 203) vê nas empresas públicas uma verdadeira pessoa colectiva de direito público que, como tal, pode ser classificada como espécie das pessoas colectivas de direito público de tipo institucional, ou, especificamente, de tipo empresarial, ressaltando a importância deste entendimento com a justificativa de haverem empresas públicas integradas no quadro do Estado-Administração ou nas entidades descentralizadas sem personalidade jurídica, muito menos ainda autonomia administrativa, financeira e patrimonial, como é o caso das farmácias estatais.

É verdade que a LBOFAP afigura-se como um dos pontos mais altos da evolução legislativa em matéria dos princípios que devem nortear a actuação da Administração Pública em Moçambique, mormente, no que respeita ao estabelecimento do regime jurídico das empresas públicas, nomeadamente, entre outros aspectos, o conceito e, sobretudo, o objecto desta Lei. O mesmo se diga em relação à lei que actualmente regula sobre o SEE, neste caso, a Lei n.º 3/2018 de 19 de junho.

Há, porém, a notar, que o progresso sob o prisma de produção legislativa e, basicamente isso, sobre as matérias a se ter em consideração nesse avanço, ficou saliente apenas para o lado do SEE em prejuízo do SEL, este que inclui as empresas municipais que, por sua vez, são ou podem ser fruto do exercício das atribuições e poderes deferidos às Assembleias Municipais das autarquias locais respectivas, como ficou anteriormente visto.

Diferentemente do que sucede noutros quadrantes jurídicos, como por exemplo, em Portugal, a evolução histórica das empresas públicas foi devidamente acompanhada da evolução de produção legislativa em todas as vertentes sobre o conceito de pessoas colectivas, a começar pelo Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril, relativo às empresas públicas e equivalente à Lei que regula sobre o SEE em Moçambique, e a criação de empresas públicas municipais, intermunicipais e regionais pela Lei n.º 58/98, de 18 de agosto (AMARAL, 2006, p. 389 e 597, *passim*).

Por tudo o que antes se escreveu, é unânime o entendimento de que a simples previsão de criação das empresas municipais não confere automaticamente a estas a qualidade jurídica de empresas públicas municipais, especialmente, por lhes faltarem, antes da lei específica, os requisitos de forma exigidos no art. 10 da Lei que regula sobre o SEE. Qual, então, seria a natureza das empresas municipais em Moçambique, criadas na esteira da alínea l) do n.º 1 do artigo 48 da Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto? Bastará apenas a prossecução dos interesses colectivos para a integração dessas empresas no quadro normativo do SEE?

Ora, face à omissão legal que determina o regime jurídico específico sobre as empresas municipais, o vazio fica igualmente extensivo a devida resposta a

essas questões de fundo, uma vez que a natureza jurídica das pessoas não se presume, mas sim deve resultar expressamente da lei, que no caso em apreço não existe. Não se tratando aqui da questão de simples hermenêutica jurídica, que se ocuparia, neste caso, da aplicação das regras de interpretação da lei ou integração das suas lacunas, nos estritos termos dos artigos 9.º e 10 do Código Civil. Pois, por esta vertente, a subsunção e o devido tratamento jurídico do SEL à base do regime jurídico próprio do SEE, teriam como fundamento o apelo àquelas regras elementares de interpretação, não sendo, porém esse o caso, pelas razões cabalmente expostas em páginas anteriores. A principal delas, a previsão expressa na Lei sobre o regime jurídico do SEE e na LBOFAP das regras exclusivamente aplicáveis às empresas cujo capital seja exclusiva ou maioritariamente pertencente ao Estado, e porque o Estado, entendido como Estado-Administração, não se confunde, nem de longe, com uma pessoa colectiva de direito público que tenha procedido do processo de descentralização, tal como o é uma autarquia local, também o seu regime jurídico deve-lhe ser exclusivo, isto é, não deve ser extensivo às autarquias locais.

A limitação da hermenêutica jurídica nos termos anteriormente propostos, determina a subsistência do *vacatio legis* sobre as empresas públicas municipais e da consequente ausência de base legal para a aferição da sua natureza jurídica em Moçambique como verdadeiras empresas públicas.

### **5.3 Inaplicabilidade do Regime Jurídico Regulamentar do Decreto n.º 10/2019, de 26 de fevereiro às Empresas Municipais**

Olhando-se para o facto de se não dever confundir uma empresa pública, cujo conceito foi amplamente explorado ao longo do presente artigo científico, que se insere no SEE, e uma empresa pública municipal, cuja carência de um regime jurídico próprio foi igualmente matéria de exaustiva referência, a ausência, por consequência, de registo das empresas municipais declaradas nos seus respectivos estatutos, deve assim deixar de se reputar à preterição dos termos do n.º 4 do artigo 41 do Decreto n.º 10/2019, de 26 de fevereiro. Nomeadamente, a falta de registo da constituição da empresa municipal dentro do prazo de trinta dias, contados desde a data da respectiva publicação no Boletim da República, na medida em que este diploma jurídico, para além de regular sobre a Lei que cria as Empresas Públicas. Neste caso, a Lei n.º 3/2018 de 19 de junho, é específica somente para as empresas do SEE, não sendo lícita a sua invocação para efeitos de aplicação nas empresas municipais, pois, por não reunirem, como acima se referiu, os requisitos de forma necessários para ostentarem a qualidade de empresas públicas como ainda abaixo se demonstra.

#### 1.4 As Empresas Municipais e a Prossecução do Interesse Público

É sabido que as empresas municipais não são empresas públicas, por lhes ser omissa a previsão legal expressa que lhes qualifique como tais.

Nas suas notas preliminares sobre autarquias locais, Albano Macie (2021, p. 134-135) destaca o reconhecimento pelo Estado das autarquias locais

como pessoas colectivas públicas, com personalidade jurídica, cujo substracto é constituído pelas populações e o território sobre o qual estão baseadas e, sobretudo, a satisfação dos seus interesses comuns, específicos que podem consistir no desenvolvimento económico e social local, do meio ambiente, saneamento básico e qualidade de vida, abastecimento público, saúde, educação, entretenimento e lazer, entre outras necessidades, nos termos do art. 15 da Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto.

Para Diogo Freitas do Amaral (2006, p. 25-26), quando se fala em Administração Pública, tem-se presente

todo um conjunto de necessidades colectivas cuja satisfação é assumida como tarefa fundamental pela colectividade, através de serviços por esta organizados e mantidos, sendo que essa tarefa exige avultados meios humanos e materiais, o que requer a repartição da pessoa colectiva em serviços capazes de criarem mecanismos de obtenção de tais meios e tornarem eficientes o seu funcionamento.

A CRM, em seu art. 286, ao definir as autarquias locais como entes de direito público cuja prossecução dos interesses comuns das respectivas populações, integra o principal escopo da sua existência. E materializa o princípio da satisfação imediata das necessidades colectiva na administração pública. Daqui decorre logo a ideia de que os compartimentos de que se divide uma autarquia local, desde os municípios, os órgãos, empresas e serviços respectivos, actuam em nome e no interesse das respectivas populações, sendo que a natureza pública que uma autarquia local ou município ostenta, nos termos do n.º 2 do art. 99, da CRM, não deve ser, necessariamente, atribuída aos actos que, desse interesse, emanam. Especialmente porque, acima ou a par do que ficou reflectido neste estudo, existem resultados de tais actos como consequência da organização interna e própria desta espécie de pessoas colectivas de direito público, tais como a divisão dos serviços em vereações, as respectivas atribuições, que não assumem logo nenhum interesse público imediato em relação à natureza pública do órgão.

Esse entendimento é, pois, linear ao pensamento doutrinário de que nem todas as empresas criadas pelo município são necessariamente públicas, assim como nem todas as empresas criadas por iniciativa do Estado são necessariamente públicas.

Portanto, não é nem sequer pela prossecução do interesse público que uma empresa municipal deverá ser vista como uma verdadeira empresa pública municipal, pois falta-lhe ainda assim o requisito formal.

### **1.5 Estatuto Jurídico dos Funcionários das Empresas Municipais**

O Estatuto Geral dos Funcionários e Agentes do Estado (EGFAE) em vigor, aprovado através da Lei n.º 4/2022, de 11 de fevereiro, fixa o regime jurídico respeitante aos funcionários e agentes do Estado, mas também inclui, por suas normas específicas, os funcionários e agentes da administração autárquica. É o que se depreende do n.º 1 do seu art. 2:

O presente EGFAE aplica-se ao funcionário e agente do Estado que exerce actividade nas instituições de Administração directa e indirecta do Estado, nas entidades descentralizadas incluindo autarquias locais e nas missões diplomáticas e consulares da República de Moçambique.

A organização do quadro de pessoal autárquico obedece aos critérios definidos pelas necessidades permanentes das respectivas populações e a sua mobilidade e, até, reforço, pode resultar do intercâmbio com os recursos humanos do Estado. É o que resulta do art. 28 da Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto. Assim, a partir deste dispositivo legal, pode o condutor de automóveis afecto à Direcção Provincial do Ambiente da Província de Manica ser movido para Empresa Municipal dos Transportes de Chimoio, sem, no entanto, alterar a sua natureza de servidor ou funcionário público, estando essa forma de mobilidade coberta pelos termos do n.º 2 do artigo 29. Mas, inversamente, se o n.º 1 do artigo 29 impõe a abrangência do EGFAE aos funcionários e agentes autárquicos, nem por isso se devem considerar como verdadeiros funcionários públicos. Porquanto, a figura jurídica de funcionário público é inerente e própria do servidor do Estado<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> EGFAE em vigor: “ARTIGO 3. (Qualidade de funcionário e agente do Estado).

1.É funcionário do Estado o cidadão provido para o quadro do pessoal que exerce actividades nas instituições do Aparelho do Estado, referidas no artigo 2 do presente EGFAE.

2.É agente do Estado o cidadão contratado, ou designado nos termos do presente EGFAE ou por outro título não compreendido no número 1, do presente artigo, para o desempenho de certas actividades nas instituições do aparelho do Estado referidas no artigo 2 do presente EGFAE”.

Ora, apesar do preenchimento ou provimento para o quadro de pessoal na função pública consistir no acto de designação do funcionário do Estado para o preenchimento de lugar no quadro de pessoal dos órgãos centrais e locais do Estado, das instituições da Administração Indirecta do Estado, das entidades descentralizadas provincial, distrital e autarquias locais, nos termos do art. 17 do EGFAE, e ser essa a prática legal corrente, nem tal atribui a qualidade de funcionário público aos servidores das autarquias locais. O n.º 2 do art. 16 do EGFAE ao regular que cada órgão central e local do Estado, instituição da Administração Indirecta, entidade descentralizada ou autarquia local dispõe de quadro de pessoal próprio, afasta logo o entendimento de que se trate de funcionário público o funcionário afecto à uma autarquia local. Porém, fica logo fora de qualquer discussão a possibilidade de o inverso acontecer, isto é, o mecanismo legal da reversão deste último para aquele. Basta que ocorram as circunstâncias descritas no n.º 2 do art. 28 do EGFAE, nomeadamente, as relativas à mobilidade, que assentem na articulação por acordo entre dirigentes dos órgãos centrais, locais do Estado e das entidades descentralizadas, incluindo autarquias locais, sobre a transferência de quadros. Neste caso, os trabalhadores dos municípios ou respectivos agentes podem se cobrir das vestes de verdadeiros funcionários públicos.

O mesmo se diga em relação à figura jurídica do destacamento que recaia sobre funcionários ou agentes dos municípios para o cumprimento do dever de Estado, nos termos do art. 29, do EGFAE. Até porque, esgotado o período de destacamento, o funcionário pode regressar ao seu local de proveniência ou integrar um outro quadro de pessoal na Administração Pública, conforme se prevê no n.º 7 deste artigo. Mas, o destacamento já não deve suceder com funcionário público para um Município.

O Destacamento consiste na designação do funcionário por iniciativa de serviço e no interesse do Estado, para exercer uma actividade ou função fora do quadro do Estado e reveste-se das seguintes características essenciais:

- competência dos dirigentes dos órgãos centrais e locais do Aparelho do Estado;
- duração de três anos, renovável por um período adicional não superior a dois anos e sempre por interesse e iniciativa da Administração Pública;
- o funcionário destacado mantém a sua situação no quadro a que pertence, mas o seu lugar nesse quadro pode ser provido interinamente, e;
- esgotado o período de destacamento, o funcionário deve optar ou por regressar ao seu local de proveniência no Aparelho do Estado ou pela permanência definitiva no lugar de destacamento e, conseqüentemente, a cessação da relação de trabalho no Aparelho do Estado. Esta é, para todos efeitos, havida como sendo da iniciativa do funcionário.

Concluindo, a qualidade de ente público do município, nos termos do art. 286 da CRM, *de per se*, não confere ao trabalhador ou agente municipal a qualidade de funcionário público, sendo que este é assim designado quando integra o quadro de pessoal do Estado.

Ora, se a figura do Estado está dissociada do conceito jurídico de uma autarquia local, a fusão de princípios orientadores de cada um dos entes de direito público, na prossecução dos fins colectivos, deve, igual e unicamente proceder da lei e, como se viu, é desta em que se funda a diferença da qualidade dos servidores de um em relação ao outro.

Assim, ao exemplificado condutor da empresa municipal dos transportes da Autarquia de Chimoio pode ser reputada a qualidade de funcionário público e nela se arrogar dos direitos e dos deveres respectivos, se, por acordo com as autoridades municipais competentes, a Direcção Provincial que tutela os serviços do meio ambiente de Manica o admitirem para o provimento do quadro de pessoal desta entidade, nos termos do art. 28 do EGFAE, sem o que aquela qualidade fica distorcida. Prevaleceria, pois, a de funcionário da Autarquia Local de Chimoio.

## **6 SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS MUNICIPAIS À JURISDIÇÃO E CONTROLO FINANCEIRO DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO EM MOÇAMBIQUE**

### **6.1 Estatuto Jurídico da 3.<sup>a</sup> Secção do Tribunal Administrativo**

É deveras importante referir que, em Moçambique, o Tribunal Administrativo (TA) figura como a instituição suprema, aquela que se encontra no vértice de controlo externo. Tem natureza colegial e exerce a função de auditoria e a função jurisdicional de julgamento das infracções de responsabilidade financeira, com tendência a dar privilégio ao controlo da boa gestão financeira, julgando contas públicas e auditando-as. Adopta um sistema de fiscalização prévia e fiscalização sucessiva, por meio do visto prévio e do julgamento das contas públicas, isto é, das dos organismos sob sua tutela e controlo financeiro.

Através do art. 1.º da Lei n.º 26/2009, de 29 de setembro (atinente à Lei que aprova o Regime relativo à Organização, Funcionamento e Processo da 3.<sup>a</sup> Secção do Tribunal Administrativo e revoga as Leis n.ºs 13/97, 14/97 e 16/97, de 10 de julho), o legislador estabeleceu assim um sistema misto de intervenção do TA, funcionando como um órgão jurisdicional na tutela efectiva dos interesses públicos. Por outro lado, o TA funciona como um verdadeiro Tribunal de Contas.



Sendo assim, o âmbito de aplicação deste instrumento jurídico, entre outros, figura a organização, funcionamento e processo da secção de fiscalização das receitas e despesas públicas, o que, desde logo, gera a questão de se saber se se está perante gestão de receitas e despesas públicas quanto ao funcionamento das empresas municipais enquanto geradores de recursos financeiros, e se estariam abrangidas pela acção da 3.<sup>a</sup> Secção do TA. A CRM, art, 227, coloca o TA no topo da hierarquia dos Tribunais administrativos, fiscais e aduaneiros. Em referência à principal missão do TA deferida pela Lei suprema, Januário Fernando Guibunda – Juiz-Conselheiro do TA em Moçambique, os termos constitucionais “despesas públicas” devem também reputar-se às respectivas receitas (neste caso, receitas públicas), pois, segundo defende, as contas são compostas por receitas e despesas (GUIBUNDA, 1996, p. 82).

## **6.2 Entidades sob Jurisdição e Controlo Financeiros do Tribunal Administrativo**

Estão sujeitas à jurisdição e controlo financeiro do TA, entre outros entes do Direito Público, nos termos da Lei n.º 26/2009, de 29 de setembro (como Estado e os seus serviços, os serviços e organismos autónomos e os órgãos locais representativos do Estado), as autarquias locais, nos termos da lei. Importa ainda aqui destacar a sujeição das autarquias locais à fiscalização prévia da jurisdição administrativa do TA nos termos da alínea c) do art. 3.º da citada Lei.

A referência a uma lei específica, tanto à jurisdição e controlo financeiro quanto à fiscalização prévia da jurisdição administrativa do TA sobre as autarquias locais determina, efectivamente, a existência da mesma lei, que legitime materialmente o TA. Designadamente, quanto aos procedimentos específicos em que a sua intervenção se deva operar não propriamente às autarquias locais como entes públicos que são, mas sim quanto às empresas municipais. Sucede que, em relação às autarquias locais, como entes de Direito Público, a intervenção do TA é indubitavelmente admissível, nos termos desta lei, restando saliente um campo sombrio e de acesos debates quanto especificamente às empresas municipais.

Ora, nem por isso as autarquias locais deixarão, pela via da gestão das empresas municipais, de prestar contas aos órgãos criados para o efeito pelo Estado e que perante os quais devem responder pelo correcto uso dos fundos públicos e bens sob sua gestão. Até porque, nos termos do n.º 2, do art. 30 da Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto, com fundamento no designado princípio do gradualismo, as autarquias locais recebem do Estado, por via de transferência, competências orgânicas acompanhada de recursos financeiros, humanos e patrimoniais.

Concluindo, o controlo da boa gestão das contas públicas das autarquias locais, pela 3.<sup>a</sup> Secção do TA<sup>5</sup>, há-de assim ter em conta a execução do orçamento municipal nos termos geralmente definidos na Lei n.º 26/2009, de 29 de setembro, independentemente da proveniência (legal) das receitas e aplicação (legal) desses valores arrecadados, para a satisfação das necessidades da autarquia local, mas não podendo por isso serem qualificadas de públicas as despesas a efectuar se se tiver em conta a sua origem nas empresas municipais, pelas razões anteriormente expostas.

## **7 O DESAMPARO DO SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL NÃO PERTENCENTE AO ESTADO**

### **7.1 *Ad Eternus Vactio Legis* (O Persistente Vazio Legal)**

A questão fulcral a se ter em consideração, segundo Edson Macuácuá, prende-se pois em saber-se qual é a natureza jurídica das empresas municipais e dos órgãos de governação descentralizada. Serão as empresas das entidades descentralizadas empresas públicas? As entidades descentralizadas podem criar empresas públicas? Serão legais as actuais empresas públicas municipais? Estas são as questões que se pretende discutir no presente capítulo.

O Conselho de Ministros, por Decreto n.º 15/2015, de 31 de julho, extinguiu a Empresa Transportes Públicos da Beira E.P, e revogou o Decreto n.º 34/2002, de 5 de dezembro. Também, pelo revogado Decreto n.º 7/96, de 20 de março, criara a Empresa Pública, Transportes Públicos de Maputo (TPM) e extinguido, em 2011, a Empresa de Transportes Públicos de Maputo. No mesmo diploma de 2015, decretou que os recursos humanos, patrimoniais e financeiros afectos à Empresa Pública Transportes Públicos de Maputo (TPM) transitaram para os Municípios de Maputo e Matola.

Neste contexto, foram criadas empresas municipais de transporte rodoviário de passageiros, em diferentes Municípios. Neste prisma, a Assembleia Municipal de Maputo delib- rou por resolução autorizar o Conselho Municipal, a criar a Empresa Municipal de Transporte Rodoviário de Passageiros e aprovou os respectivos estatutos da empresa, tendo como base legal a alínea a) do n.º 3 do artigo 45 da lei n.º 2/97, de 18 de fevereiro. Os estatutos da empresa municipal de transporte rodoviário de passageiros foram publicados no Boletim

<sup>5</sup> O Conselho Constitucional de Moçambique, pelo Acórdão n.º 6/2014, de 20 de maio, manteve a competência de fiscalização das contas públicas pelos Tribunais Administrativos de Província e da Cidade de Maputo, nos termos do art. 228, da CRM, no âmbito da execução da Lei n.º 26/2009, de 29 de setembro (vide BR I SÉRIE – Número 50, de segunda-feira, 23 de junho de 2014).

da República na III Série, número 19, de 11 de maio de 2011. De acordo com o disposto no artigo primeiro dos respectivos estatutos, a Empresa Municipal de Transportes Rodoviário de Maputo, abreviadamente designada por EMTPM, é uma empresa pública de âmbito municipal, que goza de personalidade jurídica e é dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial. O n.º 2 da mesma disposição estabelece que a EMTPM rege-se pela legislação aplicável às autarquias locais, pelos respectivos estatutos e, subsidiariamente, pelo regime das empresas públicas e pela lei geral.

Chegados aqui, indaga-se sobre a natureza jurídica das empresas das entidades descentralizadas: serão empresas públicas? Qual é a lei que define o seu regime jurídico?

O n.º 2 do artigo 99 da Constituição da República prevê que o sector público é constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas. Do consagrado nesta disposição, vislumbra-se que as autarquias locais sendo entidades públicas podem ser proprietárias ou gestoras de meios de produção do sector público, logo podem constituir empresas públicas.

O n.º 2 do artigo 71 da Lei n.º 7/2012, de 8 de fevereiro estabelece que as Autarquias locais podem criar empresas e outros organismos de administração indirecta, nos termos a regular em legislação específica. A lei não é clara sobre a natureza jurídica das empresas e remete a regulamentação para uma legislação específica.

De acordo com o disposto na alínea l) do n.º 1 do artigo 48 da Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto compete à Assembleia Municipal conceder autonomia administrativa e financeira a serviços ou sectores funcionais autárquicos e autorizar o Conselho Municipal a criar empresas municipais ou a participar em empresas interautárquicas.

Com efeito, a Lei n.º 6/2019, de 31 de maio estabelece na alínea j) do art. 11 que compete à Assembleia Provincial autorizar o Conselho Executivo Provincial a criar serviços, empresas ou a participar em empresas de natureza interprovincial ou interdistrital. A questão que se coloca é: qual é a natureza jurídica destas empresas e qual é o regime jurídico que regula a organização e funcionamento destas empresas criadas por órgãos de governação descentralizada provincial?

Do supra disposto, resulta claro que a lei das autarquias locais conferiu poderes às Autarquias locais para criarem empresas municipais. Porém, esta permissão para a criação de empresas municipais não significa necessariamente habilitação para criação de empresas públicas municipais, pois nem todas as empresas criadas pelo município são necessariamente públicas, assim como nem todas as empresas criadas por iniciativa do Estado são necessariamente públicas. Em Moçambique não existe uma lei específica que regule sobre os

princípios e regras específicas aplicáveis à configuração jurídica de empresas públicas municipais.

Existe uma previsão legal para a criação de empresas municipais na alínea l) do n.º 1 do artigo 48 da Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto, mas não existe um amparo legal para a criação de empresas públicas municipais. Primeiro porque, nos termos do disposto no artigo 36 da Lei n.º 3/2018 de 19 de junho, a empresa pública é a entidade detida exclusivamente pelo Estado. Segundo, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 37 da Lei n.º 3/2018, de 19 de junho, a empresa pública é criada pelo Conselho de Ministros que aprova os respectivos estatutos e adopta o objecto da sua actividade, seguida das palavras, Empresa Pública, ou das iniciais, E. P., conforme postula o n.º 2 da disposição em alusão.

Ora, as empresas municipais não estão cobertas por estes requisitos, estabelecidos pela lei especial que regula sobre o Sector Empresarial do Estado, a Lei n.º 3/2018 de 19 de junho, razão pela qual, apesar dos estatutos das empresas municipais definirem que são empresas públicas, a entidade responsável pelo registo de entidades legais sempre recusou-se a aceitar o registo destas empresas como empresas públicas, daí que não se pode encontrar no cadastro de registo de entidades legais nenhum registo de uma empresa pública municipal. Mas, por outro lado ainda, nem por isso a falta de registo das empresas municipais declaradas nos seus respectivos estatutos viola o disposto no n.º 4 do artigo 41 do Decreto n.º 10/2019, que impõe que a constituição da Empresa Pública deve ser registada na competente conservatória de registo no prazo de trinta dias a contar da data da respectiva publicação no Boletim da República, pois, simplesmente porque, sendo o regime deste Decreto próprio, dirigido e aplicável às empresas públicas, incluindo o SEE, não se deve, por isso, exigir a sua imposição às empresas municipais. Consequentemente, não se devendo reivindicar a sua violação por estas.

Os órgãos estatutários das empresas municipais não respeitam o estatuído na Lei reguladora do Sector Empresarial do Estado. Com efeito, o n.º 1 do artigo 10 da Lei n.º 3/2018, de 19 de junho, define que constituem órgãos estatutários das empresas, a Assembleia Geral, o Conselho de Administração, o Conselho Fiscal e as Comissões especializadas o que não é respeitado na organização das empresas municipais, pois de acordo com o disposto no artigo 9.º dos Estatutos da Empresa Municipal de Transporte Rodoviário de Passageiros, a empresa é constituída por Administração e o Conselho Fiscal. O mesmo sucede com a estrutura da Empresa de mobilidade e estacionamento de Maputo, segundo o disposto no artigo 9.º dos seus estatutos, também é constituído por dois órgãos, o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal.

Pelo disposto no artigo 1.º da Empresa Municipal de Transporte Rodoviário de Passageiros e da Mobilidade e Estacionamento de Maputo, são empresas públicas de âmbito municipal que gozam de personalidade jurídica e dotados

de autonomia administrativa, financeira e patrimonial. No caso da segunda empresa, é representada pelo Presidente do Conselho Municipal. Portanto, são empresas que não estão sujeitas à jurisdição do Instituto de Gestão das Empresas e Participações do Estado (IGEPE), que nos termos do disposto no artigo 8.º da Lei n.º 3/2018, de 19 de junho, é a entidade de gestão e coordenação do sector empresarial do Estado.

## **7.2 As Implicações da Lei n.º 3/2018 na Prestação de Serviços Públicos pelas Entidades Descentralizadas**

Um dos objectivos da descentralização e da subsidiariedade é a aproximação dos serviços públicos ao cidadão, de modo a melhor servi-lo e assegurar a materialização dos seus direitos sociais. A prestação dos serviços públicos pode ser feita pela criação de empresas públicas para a realização do interesse público e a consequente concretização dos direitos sociais, o que pode ser posto em causa por falta de determinados serviços.

Haverá alguma obrigatoriedade de satisfação dos direitos sociais dos cidadãos pelo Estado e outras entidades públicas? Qual é a natureza jurídica dos direitos sociais e que obrigações geram para o Estado?

Ressalta Sofia Tomé D'Alte (2007, p. 32), a natureza de direito social enquanto direito subjectivo a uma prestação estadual, sendo por isso um direito subjectivo, se quisermos, de 1.º grau, bem como a sua vertente de direito social, enquanto exigência de cumprimento de imposições constitucionais operadas por imposições legiferantes, sendo este um direito subjectivo de 2.º grau. Sufragamos a posição da autora supracitada de que os direitos sociais configuram direitos subjectivos, porquanto:

1. criam uma situação jurídica de vantagem atribuída pela ordem jurídica ao seu titular;
2. tal aposição de vantagem é concretizável quer por meio do direito de exigir determinadas prestações estaduais, quer também por meio da exigência da tomada de medidas legislativas que implementam e concretizam as normas constitucionais que contemplam aqueles direitos;
3. tratam-se de posições de vantagem que criam, consequentemente para o Estado, o dever de agir, tomando assim as medidas que se revelem necessárias à concretização daqueles direitos, cumprindo desse modo as imposições constitucionais a que não pode escapar.

O âmbito reducionista da Lei n.º 3/2018, de 19 de junho, teve como consequências no ordenamento jurídico duas omissões: primeiro, a falta de uma lei geral que regule sobre o sector público empresarial e, segundo, a ausência de leis específicas que regulam sobre as empresas públicas não pertencentes ao Estado. A falta de uma lei-quadro que define os princípios e normas gerais e comuns aplicáveis ao sector público empresarial cria uma desarmonia no sistema, um tratamento diferenciado para diferentes empresas públicas, o que afecta o grau de prestação dos serviços públicos para a felicidade dos cidadãos, havendo necessidade de definição de um regime jurídico geral, abrangente e que assegure um tratamento uniforme a todo o sector público empresarial. O reducionismo da Lei n.º 3/2018, de 19 de junho, ao colocar de fora as empresas públicas não pertencentes ao Estado, criou um vazio e desamparou as empresas públicas municipais, dos órgãos de governação descentralizada e de outras pessoas colectivas públicas, gerando dúvidas e incertezas quanto as já existentes, como por exemplo, no sector do transporte público municipal.

Tendo em conta que no escopo das empresas públicas, ainda que elas sejam por definição empresas em sentido económico, o seu fim último não é económico, é sim social, é a prestação de serviços públicos essenciais aos cidadãos com maior eficácia e eficiência, pelo que, o desamparo legal a que as empresas públicas, das entidades descentralizadas, por exemplo, estão sujeitas, tem efeito prejudicial para o cidadão. Isso porque, à luz dos princípios da descentralização, subsidiariedade e de devolução de poderes, há serviços públicos que só podem ser mais bem prestados aos cidadãos com a eficácia e eficiência necessárias, se forem providos por via de empresas públicas. O que, não estando a acontecer, afecta a felicidade colectiva.

### **7.3 Que Futuro para o Sector Público Empresarial não Pertencente ao Estado?**

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 99 da CRM, o sector público é constituído pelos meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem ao Estado ou outras entidades públicas.

Do supra exposto, depreende-se que a Constituição da República abre a possibilidade para a coexistência do sector empresarial pertencente ao Estado-administração e um sector empresarial público pertencente à outras entidades públicas.

O sector empresarial do Estado é parte integrante do Sector Público Empresarial, isto é, o Sector Público é o género, de que o Sector Empresarial do Estado é uma das espécies.

Quais são as outras entidades públicas no ordenamento jurídico moçambicano? Existem entidades públicas resultantes da descentralização territorial. Nomeadamente, os órgãos de governação descentralizada provincial e distrital e das autarquias locais e as entidades públicas resultantes da descentralização institucional ou funcionais. Dentre estes, os institutos públicos, as fundações públicas, as associações públicas e as próprias empresas públicas.

Desde a aprovação em 1991 da Lei n.º 17/91, de 3 de agosto, surgiram e se desenvolveram no país novas realidades até hoje não devidamente enquadradas por um quadro legal suficientemente abrangente, como sejam, por exemplo, o surgimento de sociedades comerciais de capitais total ou maioritariamente públicos. E, no âmbito do desenvolvimento e fortalecimento desejável das autarquias locais, a previsão da criação de empresas municipais em importantes áreas de serviços públicos.

Continua a reservar-se ao Conselho de Ministros a competência para a criação de novas empresas públicas, silenciando quanto a existência da nova realidade das “empresas públicas autárquicas”, conceito já consagrado na Lei n.º 1/2008, de 16 de janeiro.

Uma outra questão que se suscita é: qual é o futuro do sector empresarial público não pertencente ao Estado? Deverá ser extinto? Será aprovada uma lei específica? E qual seria a razão para uma eventual lei específica? E como funcionam as empresas públicas não pertencentes ao Estado no regime actual?

Há vazio legal e um desamparo das empresas públicas das entidades descentralizadas, as quais não dispõem de uma lei específica que regule sobre a sua organização e funcionamento, o que é ainda agravado pela inexistência de uma lei que define o regime geral aplicável ao sector público empresarial, pois a lei actual aplica-se apenas ao sector empresarial do Estado.

Pelo disposto no artigo 99 da CRM, Moçambique, carece de uma lei que regule sobre o sector público da economia nacional, sendo certo que, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 99 da CRM, o sector público é constituído pelos meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas. A Lei n.º 3/2018, de 19 de junho, regula apenas sobre o Sector Empresarial Público do Estado, o que cria um vazio quanto ao sector empresarial pertencente a outras entidades públicas.

Portanto, o actual regime configura uma omissão legislativa, pois a necessidade de regulação sobre o sector público da economia resulta de uma previsão e imposição constitucional. Resulta daqui que há um vazio legal que não pode ser preenchido por via da interpretação, preenchimento da lacuna ou analogia, mas sim por via da aprovação de uma lei que possa regular sobre o sector público empresarial não pertencente ao Estado.

Conforme dito anteriormente, as autarquias locais são formas autónomas de organização da população que visam a prossecução e interesses próprios da população. Porém, em conformidade com a Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto, com base no teor do artigo 42 da mesma lei, entende-se por Assembleia Municipal como o órgão representativo do município dotado de poderes deliberativos, que funciona como um autêntico parlamento municipal dentro de uma dada autarquia local.

No campo da organização económica do Estado, dentre vários efeitos, o processo de descentralização administrativa destaca o reforço da garantia constitucional da coexistência sectorial de propriedade dos meios de produção, designadamente, os pertencentes e sob gestão do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social.

Sendo o sector público constituído pelos meios de produção cuja propriedade e gestão não só pertence ao Estado, mas também a outros entes públicos, entre os quais as autarquias locais, sendo daqui que, desde logo, se entende que a Lei n.º 2/97, de 18 de fevereiro, relativa à implantação das autarquias locais e o estabelecimento do respectivo quadro jurídico-legal, com força na sua alínea i), n.º 2 do art. 45, tenha, dentre as competências atribuídas à Assembleia Municipal (órgão representativo do Município dotado de poderes deliberativos) a de “conceder autonomia administrativa a serviços ou sectores funcionais autárquicos e autorizar o Conselho Municipal a criar empresas municipais ou a participar em empresas interautárquicas”. A reforma a este instrumento jurídico sobre a implantação das autarquias locais em Moçambique e a fixação do respectivo quadro jurídico-legal, pela Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto, nem por isso alterou o aspecto relativo à criação das empresas municipais, mantendo a sua previsão *ipsis verbis* na alínea l) do n.º 1 do seu artigo 48.

Para o caso de Moçambique, é possível extrair do texto legal constitucional, constante do n.º 2 do art. 99 da CRM, a ilação segura de que os Municípios, ao lado Estado, conservam a natureza de entes do Direito Público. Ora, a questão que se visa debater é a de se saber se da mesma natureza se fazem revestir as empresas municipais, tendo-se em consideração que, por um lado os actos emanados do órgão deliberativo de uma autarquia local, neste caso, de uma Assembleia Municipal, não têm a forma de lei, mas sim a de regulamentos e posturas municipais<sup>6</sup>. E, por outro lado, as reformas legislativas ocorridas ao longo da evolução histórica e jurídica do sector empresarial do Estado omitem qualquer referência expressa às empresas municipais. A natureza pública dos municípios confunde-se, ainda assim, com a natureza pública das empresas

<sup>6</sup> Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto:

Artigo 14. (*Poder regulamentar*)

As autarquias locais dispõem de poder regulamentar próprios sobre matéria integrada no quadro das suas atribuições, nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autoridades com poder tutelar.



municipais? Importa, por isso e inevitavelmente, fazer-se percurso jurídico sobre o conceito de uma empresa pública.

## 8 CONCLUSÃO

A acepção jurídica de entes públicos diversos entre o Estado e as autarquias locais em Moçambique, à luz da lei, designadamente, a que torna efectiva a previsão da figura da descentralização e, particularmente para o tema em crise, tendo em consideração ao disposto no n.º 2 do art. 99 da CRM, congrega unanimidade não só no âmbito da doutrina disponível como também de qualquer hermeneuta sobre a questão, no quadro jurídico interno.

O vazio de lei para o caso do SEL decorre da própria ausência legal e não da verificação de lacunas ou da necessidade de recurso às normas interpretativas para a devida conformação legal, isto é, para se considerar uma empresa municipal como empresa pública municipal, pois esta, em si, devido à falta invocada, que tem cunho formal, bem ainda, devido à ausência de um regime que defina um quadro legal geral para as empresas do sector público, definitivamente não existe em Moçambique.

A falta da qualidade de empresa pública municipal gerada pela falta de lei específica, se por um lado contrasta com os objectivos das atribuições dos Municípios na satisfação das necessidades económicas das suas populações nos seus respectivos territórios, por outro, contamina a legitimidade da actuação das suas instituições como verdadeiros entes públicos, embora a simples invocação dos EGFAE e do respectivo regulamento e legislação afim, só por si, não os confirmam essa qualidade.

A Constituição da República de Moçambique define que a economia nacional garante a existência de três sectores de propriedade dos meios de produção: sectores público, privado e cooperativo e social.

O sector público é constitucionalmente definido como sendo constituído pelos meios de produção cuja propriedade e gestão pertence ao Estado ou a outras entidades públicas.

O legislador ordinário não produziu uma lei reguladora do sector público empresarial, tendo sim aprovado uma lei do sector empresarial do Estado, em substituição da lei das empresas públicas.

Neste contexto, tendo o legislador ordinário aprovada uma lei que regula apenas sobre o sector empresarial do Estado, fica de fora o sector empresarial público pertencente a entidades públicas não estaduais, como são os casos dos

órgãos de governação descentralizada, autarquias locais, fundações públicas, entre outras entidades públicas. Neste contexto, a Lei n.º 3/2018, de 19 de julho, criou um vazio legal e mostra-se reducionista, pois reduziu o âmbito do sector público empresarial ao sector empresarial do Estado.

Este quadro gera uma inconstitucionalidade por omissão legislativa. Neste quadro, as actuais empresas municipais não têm cobertura legal, o que suscita problemas sobre o seu enquadramento legal. Daí que se questiona: qual é o seu futuro? Haverá intenção de restringir o sector público empresarial ao apenas estadual?

O Estado não é a única pessoa colectiva pública detentora ou gestora de meios de produção, pois existem outras resultantes, por exemplo, do processo da descentralização, que precisam de criar empresas públicas para melhor prossecução do interesse público no quadro das suas atribuições.

A existência de empresas públicas pertencentes às entidades descentralizadas é fundamental para uma melhor prestação dos serviços públicos aos cidadãos com a eficácia e eficiência necessária dada a maior proximidade destes em relação aos cidadãos, com a aplicação dos princípios de descentralização, subsidiariedade e devolução de poderes estão em melhores condições de lograr atingir um elevado grau de satisfação das necessidades das comunidades locais, relativamente ao Estado e desta forma concorrer para a felicidade dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. v. I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

D'ALTE, Sofia Tomé. **A nova configuração do sector empresarial do estado e a empresarialização dos serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 2007.

CISTAC, Gilles. **Manual de direito das autarquias locais**. Maputo: Livraria Universitária, Universidade Eduardo Mondlane, 2001.

GUIBUNDA, Januário Fernando. As competências da Terceira Secção do Tribunal Administrativo. In: **Revista Jurídica**, Maputo, Ed. Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, v. 1, 1996.

MACIE, Albano. **Descentralização em Moçambique: filosofia da reforma, o presente e o futuro**. Maputo: Escolar, 2021.

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco. **A configuração jurídica da**

**descentralização em Moçambique:** contributo para um paradigma moçambicano de descentralização). Maputo: Escolar, 2023b.

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco. O desamparo legal do sector público empresarial não pertencente ao estado em Moçambique: que futuro? In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ed. Centro de Investigação de Direito Privado Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 9, n.º 2, p. 583-632, 2023a.

O País. Moçambique, 24 de maio de 2023. Edição eletrônica (Jornal).

OTERO, Paulo. **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do estado**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

PARDAL, Paulo Alves. Breve ensaio sobre a coexistência de sectores na constituição económica de Moçambique. In: VICENTE, Dário Moura e outros (Org.). **Estudo comemorativo dos 30 anos da cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane**. Lisboa: Associação da Faculdade de Direito de Lisboa, 2012.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional de Moçambique. Acórdão n.º 6/2014, de 20 de maio, relativo à competência de fiscalização das contas públicas pelos Tribunais Administrativos de Província e da Cidade de Maputo.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique (1990). Maputo: **Boletim da República**, 1.ª série, n.º 44, de 2 de novembro de 1990.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique (2004). Maputo, **Boletim da República**, 1.ª série, n.º 51, 22 de dezembro de 2004.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique (2004). Maputo, **Boletim da República**, 1.ª série, n.º 163, 23 de agosto de 2023.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. **Constituição de 1990**. Maputo: Minerva Central, 1990 (apoio da Fundação Frederich Ebert. Impressão de cinquenta mil exemplares).

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Decreto n.º 10/2019, de 26 de fevereiro. Aprova o Regulamento da Lei n.º 3/2018, de 19 de junho, que estabelece Regras e Princípios aplicáveis ao Sector Empresarial do Estado.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Decreto-Lei n.º 17/77. Normas e Princípios de Organização, Funcionamento e Gestão das EE. Define o respectivo estatuto

e, em 1981, aprovada a Lei n.º 2/81, de 30 de setembro, que regulava sobre a sua organização e funcionamento.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Estatuto Geral dos Funcionários e Agentes do Estado em vigor.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Lei n.º 3/2018, de 19 de junho. Define o Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Lei n.º 6/2018, de 3 de agosto. Altera a Lei n.º 2/97, de 18 de fevereiro.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Lei n.º 7/2012, de 8 de fevereiro. Lei de Base da Organização e Funcionamento da Administração Pública (LBOFAP).

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Lei n.º 12/2023, de 25 de agosto. Estabelece o Quadro Jurídico-legal para a Implantação das Autarquias Locais.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Lei n.º 26/2009, de 29 de setembro. Aprova o Regime relativo à Organização, Funcionamento e Processo da 3.ª Secção do Tribunal Administrativo e revoga as Leis n.ºs 13/97, 14/97 e 16/97, de 10 de julho.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Ministério da Função Pública. **Manual de procedimentos do estatuto geral dos funcionários e agentes do Estado**. Maputo, 2010.

REPÚBLICA POPULAR DE MOÇAMBIQUE. Constituição da República Popular de Moçambique (1975). Maputo, **Boletim da República**, 1.ª série, n.º 1, 25 de junho de 1975.

REPÚBLICA POPULAR DE MOÇAMBIQUE. Lei n.º 2/97, de 18 de fevereiro. Implantação das autarquias locais e o estabelecimento do respectivo quadro jurídico-legal.

Submissão em: 27 de setembro de 2023

Último Parecer favorável em: 16 de janeiro de 2024

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

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco; SAITE, Cláudio Izidro Batista. O regime jurídico do sector empresarial local em Moçambique. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 1, p. 82-107, jan.-abr. 2024.

## DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE FE PÚBLICA

JOSÉ JOAQUÍN JIMÉNEZ VACAS<sup>1</sup>

“¿Qué es verdad? Dos clases hay de verdad, la lógica u objetiva, cuyo contrario es el error, y la moral o subjetiva a que se opone la mentira. Y ya en otro ensayo he tratado de demostrar cómo el error es hijo de la mentira.

La verdad moral, camino para llegar a la otra, también moral, nos enseña a cultivar la ciencia, que es ante todo y sobre todo una escuela de sinceridad y de humildad. La ciencia nos enseña, en efecto, a someter nuestra razón a la verdad y a conocer y a juzgar las cosas como ellas son; es decir, como ellas quieren ser, y no como nosotros queremos que ellas sean.”

(UNAMUNO, 2005, p. 355).

*A mi esposa,  
sin la que nada para mí sería factible. Doy Fe.*

### RESUMEN

Cabe definir la función administrativa de Fe pública como aquella que, conforme a Derecho, compete al Estado, de forma exclusiva, o por entidades públicas e incluso personas físicas por su concesión; y que tiene su objeto en la acreditación de la verdad, real o formal, de hechos, conductas, estados de las cosas o relaciones, por razones de seguridad jurídica e interés general; con soporte en el documento público certificado, en que se asegura, afirma o se da por cierta alguna cosa.

**Palabras Claves:** Autenticar - Certificación - Certificado - Fe pública - Función pública.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho, Investigador colaborador del Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG), de la Universidad de Salamanca (USAL). España. jjelvacas@gmail.com

## ABSTRACT<sup>2</sup>

It is appropriate to define the administrative function of Public attestation as the one that – according to the Law – falls under the competence of the State, exclusively or through public entities or even individuals due to granting; but also has as the purpose to accredit the truth –real or formal – of facts, behaviours, state of affairs or relationships, for reasons of legal certainty and common interest; all that supported by a certified public document, in which something is assured, affirmed or certainly stated.

**Keywords:** Authenticate - Certification - Certificate - Public attestation - Civil service.

## I TRADICIÓN

La clasificación general de funciones de las Administraciones Públicas que, tradicionalmente, ha gozado de un mayor peso y acogida entre la general doctrina jurídica española fue la enunciada por L. Jordana de Pozas (1949) cuando distinguió, en su clásico “Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo”, como actividades o medios de la Administración, la de servicio público, la de policía (hoy también denominada de ordenación o *de limitación*) y la de fomento, tratada en el siglo XVII entre las diversas especies de la anterior, como policía de prosperidad (JIMÉNEZ VACAS, 2012).

A tales fines, tratadistas del fenómeno jurídico-administrativo en nuestro país han considerado que, con un claro carácter “medial”, al citado elenco relacionado de actividad, una de las funciones básicas de la Administración es precisamente la de aseguramiento de la “verdad” de hechos, situaciones, estados de las cosas, relaciones y/o conductas (MARTÍNEZ JIMÉNEZ, 1977, p. 16-17).

## II VERDAD

Efectivamente, dicho poder de asegurar la “verdad jurídica” de hechos, circunstancias, relaciones y/o situaciones, es poder del Estado, como Soberano. Y, como función, es –sin embargo– función típica “administrativa.” Atribuible, por consecuencia, como competencia clásica, a las Administraciones. Y, aunque la administración electrónica y toda suerte de actos certificantes automatizados traerán nuevas ventajas, subsisten, por toda esencia, los pilares expuestos

---

<sup>2</sup> Adaptation by Carmen Larrea.

por T. R. Fernández Rodríguez (1976) en su obra “La potestad certificante en la jurisprudencia”, en que, apoyándose en el Diccionario de la Real Academia Española (RAE.) precisaba, de aquella, que tiene por objeto “aquellos supuestos en que exista una constancia fehaciente y demostrable en su concreta realidad del hecho de que se trate”.

El mundo de las “certificaciones”, en efecto, y del otorgamiento de la fe pública, reviste relevancia porque la potestad “certificante” es el poder de declarar algo como “verdadero”, y que se presuma como tal, con validez –robustecida– según la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) (CHAVES GARCÍA, 2018). Citando a J. R. Chaves García, todos los temarios de oposiciones se ocupan del acto administrativo y de las potestades “generales” de las Administraciones, pero normalmente descuidan ocuparse de aquella “discreta” potestad certificante, pese a que es una potestad universal (en cada Administración), con fuerza probatoria más que cualificada. No pocos pleitos, señala así el citado autor, se deciden gracias a dicha labor de “constancia o de fe pública.”<sup>3</sup>

A efectos de prueba en el proceso, es bien cierto que la LEC considera “documentos públicos” (CACHARRO LÓPEZ, 2008, p. 7) los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para “dar fe”, en lo que refiere al ejercicio de sus funciones (*ex* artículo 317, 5.º), atribuyéndoles el máximo valor probatorio, mientras que restantes documentos administrativos a los que las leyes aplicables otorguen carácter de públicos, tendrán la fuerza probatoria

<sup>3</sup> Siguiendo a Fernández Rodríguez (1999), en nuestro ordenamiento jurídico las estructuras orgánicas que tradicionalmente vienen garantizando el principio de “seguridad jurídica”, en sus diversas esferas de amparo cautelar, documentadora y publicadora, son la Magistratura y el Ministerio Fiscal –amparo cautelar–, el Notariado –en la esfera documentadora– y los Registros técnicos, ya sean de personas, de bienes o de actos –en la esfera publicadora–. En este punto, cita la autora, es muy importante la consideración de que la relación orgánica que ha de existir entre el que con su autoridad convierte a un documento en público y la Administración, ha de ser, sin duda, la de ser un Notario o empleado público: “son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley” (art. 1.216 del Código Civil). Con carácter independiente de aquella función que consiste en otorgar fe pública de los propios actos emanados de un determinado órgano o poder, la función de otorgar fe pública sobre los negocios privados ha sido tradicionalmente considerada una función administrativa que la Administración Pública ha atribuido en general a los funcionarios o empleados públicos y, en particular, a determinados funcionarios: los Notarios y Registradores. En este sentido *vid.* Bardallo (1979, p. 77), que apunta que existe una fe pública administrativa atribuida a funcionarios públicos que sirven en el ámbito de sus competencias; una fe pública legislativa –que se atribuye a los Secretarios de las Cámaras Legislativas, Asambleas, Comisiones Delegadas, ...etc., que tiene por objeto los actos o hechos derivados de la actividad propia de dichos órganos–, y una fe pública judicial –que se atribuye a los Secretarios de justicia, hoy Letrados de la Administración de Justicia, y que tiene por objeto los actos, hechos o datos de los procedimientos llevados a cabo en sus Sedes judiciales–. Sin embargo, todas estas posibles acepciones integran, de algún modo, la fe pública administrativa por cuanto se trata de funciones que, aunque orgánicamente emanen del Poder Judicial o del Poder Legislativo, emanan, en principio, de funcionarios o empleados públicos, y son, también, funcionalmente administrativas. Desde luego, continúa Fernández Rodríguez (1999, p. 224 y sig.), las certificaciones emanadas de los poderes públicos tienen, en el procedimiento, un valor que no tienen las certificaciones privadas, no solo por el hecho de que acreditan circunstancias respecto de las que, normalmente, con anterioridad, se ha dado fe pública, sino además también porque generan una presunción que dispensa de toda prueba a los favorecidos por ella.

que establezcan dichas leyes (*vid.* art. 319, apdo. 1.º y 2.º). Aquella confiere, al documento público, un valor probatorio superior. Un valor, así, de aseguramiento de la verdad (JIMÉNEZ VACAS, 2022, p. 119).

### III FE

Fe, del latín *fides*, o creencia en algo sin necesidad de que esté confirmado por la experiencia o por la razón propia. Documento público que acredita o en que se certifican determinadas cosas y que, a continuación del nombre y cargo del funcionario que certifica, se dice: *Doy fe de...* (DOLADO ESTEBAN, 2011). “Pública”, del latín *publicus* (no privado o reservado, *oficial*) (MOLINER RUIZ, 2016). “*Nihil prius fi de*” (nada antes que la fe).

“Fe pública” vendría a ser, en un sentido literal de sus dos extremos, “creencia notoria o manifiesta.” Para la construcción, en tal sentido, del concepto de “fe pública”, cabría tener en cuenta las siguientes consideraciones, a saber (COUTURE, 1947):

- la buena fe y la fe pública no deben ser confundidas. La buena fe, es una creencia; la “fe pública”, es la calidad y/o autoridad de una atestación;
- el contenido de la “fe pública” no es, necesariamente, un contenido de verdad. En diversas circunstancias el Derecho limita la eficacia de esa atestación o aun la llega a anular (cabe prueba en contrario).

Tampoco “fe pública” es sinónimo de plena fe. La ley otorga eficacia de “plena fe” a los actos oficiales regularmente expedidos, pero esa plena fe no es “fe pública.” La “plena fe” es, así, una medida de eficacia y no una “calidad del documento.” (DOLADO ESTEBAN, 2011).

Todas estas circunstancias, tomadas en su conjunto, permitirán definir “fe pública” como la institución de Derecho Público que atribuye a determinadas personas, con la exclusión de las demás, la cualidad de la veracidad en aquello que afirman y/o atestiguan (“fe pública subjetiva”), o que da primacía de verosimilitud a lo que declara una norma (“fe pública objetiva”), frente a lo que afirman y/o atestiguan los particulares (GUTIÉRREZ DEL SOLAR Y BRAGADO, 1982).

Define E. Giménez Arnau (1976), la “fe pública” como: “la presunción de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos”. Comenta –como continuación– que la expresión fe pública tiene un doble significado: uno, en sentido de atestiguar solemnemente.



Por el contrario, “dar fe” en sentido gramatical significa otorgar crédito a lo que otra persona dice o manifiesta.

Doctrinalmente, en Derecho Notarial, se conocen dos tipos de fe pública, a saber: la originaria y la derivativa.

La originaria, cuando el hecho o el acto del que se da “fe”, es percibido por los sentidos del fedatario. Por ejemplo, cuando asienta una certificación de hechos o da fe del otorgamiento de un testamento. La fe pública derivada consiste en dar fe de la manifestación de personas sobre hechos o escritos, propios o de terceros. En este segundo caso, el fedatario no ha percibido sensorialmente el acontecimiento de hecho o el otorgamiento del acto.

Conforme el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la “fe pública” resulta definida como

la autoridad legítima atribuida a Notarios, escribanos, Agentes de cambio y bolsa, Cónsules y secretarios de Juzgados, Tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero, mientras no se haga prueba en contrario.

La fe pública, por su propia definición, cabría añadir, no es sinónimo exclusivo de “fe notarial”, ya que, según la clase de hecho, se distinguen la administrativa, la judicial, la registral y la extrajudicial o notarial.

Esta última, la “fe notarial”, se caracteriza por sus dos elementos básicos: el área de actuación, limitada a actos privados exclusivamente extrajudiciales; y la autenticidad que el legislador confiere al documento notarial, una vez sellado y firmado. Esto quiere decir que, mediante autorización, el Notario, como funcionario público, imprime personalidad y existencia al acto formalmente considerado, entrando el documento a gozar de “*fides pública*.”

Ahora bien, y siguiendo de nuevo a J. Dolado Esteban (2011), no todos los actos extrajudiciales son de la competencia notarial, ya que existen personas que, sin ser notarios, ejercen la fe pública extrajudicial, entre las que se encuentran: “los Corredores de comercio, los Agentes de cambio y bolsa (actualmente integrados en el notariado), los secretarios de Ayuntamiento y las autoridades militares.” (ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, 1987, p. 7-68).

El artículo 1.º de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, señala que el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.<sup>4</sup> El artículo 1.216 del Código Civil,

<sup>4</sup> Aunque las líneas maestras de la institución del notariado se esbozan en el Medievo, la regulación jurídica de su régimen actual se configura, en efecto, a lo largo de los siglos XIX y XX, haciendo que la naturaleza jurídica de la función notarial quede delimitada por las tres notas siguientes

a su vez, establece que son documentos públicos los autorizados por Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.

El Código Civil divide, así, en dos grupos, los documentos públicos: a) los autorizados por Notario, y b), los autorizados por empleados públicos competentes; siguiendo, de esta manera, la terminología de la época en que fue promulgado (empleado público, resulta aquel funcionario público a sueldo del Estado, Provincia, etc.) (DOLADO ESTEBAN, 2011).

La “fe pública” podrá clasificarse, por lo tanto, en dos grupos, según las facultades y atribuciones que le son concedidas al funcionario que la ejerce.

- en un primer grupo, se incluiría la “fe pública” que corresponde a todo empleado o funcionario público, por el solo hecho de serlo. El Estado concede a éstos una suerte de “fe pública general” en cuantas declaraciones hicieren, siempre que los actos o manifestaciones que certifiquen se refieran al régimen exclusivo de la dependencia respectiva, o que los testimonios y copias que autoricen lo sean de originales custodiados en oficinas a cargo del funcionario fedatario y por razón de su oficio. Las certificaciones y declaraciones tienen la denominación común de documentos públicos, porque se hallan protegidos por la “fe pública”, a diferencia de los documentos privados, que carecen de ella;
- en un segundo grupo, se incluiría, por su parte, la “fe pública” especial, que de manera expresa y concreta concede la ley a determinados funcionarios, llamados por tal causa “fedatarios públicos.”

La referida “fe pública especial”, a cargo del fedatario público, puede ser ejercida, también, por otros funcionarios distintos de los Notarios. Así, se puede hablar de la “fe pública” judicial, a cargo de los Letrados de la Administración de Justicia; mercantil, que ejercen los Agentes de Cambio y Bolsa; la eclesiástica, atribuida a los Párrocos y autoridades canónicas; la Consular, desempeñada por los Cónsules y Vicecónsules; la administrativa, atribuida a los secretarios de Ayuntamiento (Habilitados Nacionales); o la “fe pública” militar que corresponde a los Interventores Militares.

---

y que a continuación se relacionan: a.- La “fe pública notarial” y la especial eficacia jurídica que despliega el instrumento público, derivan directamente de una facultad atribuida al Estado, que delega su ejercicio en el Notario. b.- El ejercicio de la fe pública notarial se lleva a cabo por los notarios con autonomía e independencia (jerárquica y económica), en su doble condición de profesionales del Derecho y de funcionarios públicos sometidos a un especial estatuto jurídico. c.- La función notarial tiene una naturaleza extrajudicial, circunstancia, la citada, que provoca que el Notario no pueda intervenir cuando se produce una contienda judicial entre las partes. La figura del “escribano” persiste hasta el siglo XIX, cuando se promulga la Ley del Notariado de 1862, normativa considerada punto de partida del Notariado moderno (*Vid.* al efecto, a ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, 1987).

Como notas diferenciadoras procederá, en efecto, destacar las siguientes, siguiendo en su metodología a J. J. Dolado Esteban (2011):

- a) os funcionarios del primer grupo solo dan fe de hechos nacidos en el régimen exclusivo del Centro o dependencia donde ejercen sus funciones, y que conocen por razón de su destino. Los del segundo grupo, no solo acreditan la verdad de un hecho, sino de todo acto, contrato o declaración de voluntad manifestada ante su presencia, dentro del ámbito territorial que tienen asignado;
- b) los funcionarios del primer grupo, puede decirse, forman parte del acto que certifican (Juntas técnicas, consultivas, etc.), o tienen bajo su custodia la “cosa” de cuya verdad acreditan (libros, actas, expedientes, documentos, archivos, etc.). Los del segundo, autorizan la verdad del acto sin formar parte del mismo, o la realidad de la cosa sin tenerla en su poder;
- c) os funcionarios del primer grupo, aseguran, declaran o “certifican”, como actores; mientras que los del segundo autorizan, testimonian o “dan fe”, como una suerte de testigos excepcionales;
- d) los funcionarios del primer grupo, acreditan algo que es parte de su función gestora, administrativa o registral; mientras que los del segundo grupo quedan totalmente al margen de lo que atestiguan, usando las fórmulas: “ante mí” y “doy fe.” Por ello, la formula “doy fe” solamente puede ser usada por los funcionarios públicos que tienen a su cargo el ejercicio de la “fe pública”, en cualquiera de sus formas. El resto, cuando ha de acreditar la verdad de un acto o la realidad de una cosa, utiliza el término “certifico.”.

#### **IV HISTORIA**

La “fe pública” nació en la lejana Edad Media como una necesidad de los mercaderes medievales de dar seguridad a sus transacciones mercantiles y promover, con ello, un próspero desarrollo comercial basado en la confianza. Surgió así el concepto de la fe pública notarial y, consecuencia, proliferaron por toda Europa las “Escuelas de Notarios”, cuyos aspirantes debían ser expertos en el arte de la escribanía, es decir, en contratos, últimas voluntades y legalización de otros instrumentos públicos (LAGARÓN COMBA, 2002).

Puesto que la escritura requería, inicialmente, de conocimientos “técnicos”, ello dio lugar al nacimiento de unos profesionales: los escribas o escribanos, que recogían los negocios y actos de trascendencia jurídica, con una función esencialmente documentadora.

El último paso en desarrollo de esta función supuso una atribución legal de “eficacia” específica a estos documentos (DOLADO ESTEBAN, 2011). La certidumbre, por efecto, que el documento escrito aportaba a la seguridad jurídica dio lugar a que el Estado, una vez reconocida y asumida la titularidad de la “fe pública” dentro de sus competencias, habilitara a determinados profesionales para la redacción de documentos escritos con el fin de atribuir una especial eficacia a los mismos y para garantizar la conservación de aquellos, en original o mediante copia.

Así se va construyendo el concepto jurídico de “documento público” que permitirá dotar al documento escrito, de la especial eficacia que lo convierte en “documento público.”

El elemento que definirá al escribano será la función “autenticadora” con lo que el documento que redacta adquiere el carácter de “documento público.”

El siglo que marcará el tránsito de simple *scriptor*, o mero experto en la redacción de documentos a ruego de otros, a escribano depositario de la “fe pública”, será el siglo XIII.

El resurgimiento del comercio en el Mediterráneo y, después, en el resto de Europa durante la Baja Edad Media revitaliza su figura y su papel dentro del tráfico jurídico. Con anterioridad y aunque ya existente esta figura, había quedado relegada por la recesión económica durante la época del alto Medievo. Jaime I crea en Aragón los Colegios notariales y en Castilla, aunque aparece el Fuero de Soria otorgado por Alfonso VIII, entre 1170 y 1214, el texto jurídico más antiguo en el que se menciona a los escribanos es Alfonso X y su labor legislativa, con en el Fuero Real (1255), el Espéculo y las Siete Partidas, donde se constata el punto de inflexión de la regulación sobre esta materia.

Mediante la Pragmática de Alcalá (1503), Isabel I da carta de naturaleza a la figura del escribano público, crea el protocolo notarial, precisa la noción de escrituras matrices y regula la expedición de copias.

En el Fuero Real, que dedica el título VIII del libro I a tal figura, se establecen los oficios de escribanos públicos en las ciudades o villas mayores con una clara justificación:

- “porque los pleitos que son determinados por los alcaldes, o las vendidas o las compras... o las deudas... que non vengán en dubda, e porque no nazca contienda...”;
- cómo los escribanos públicos deben tener en sí las notas de lo que ante ellos pasa (archivo de notas, precedente del protocolo);
- cómo el escribano es obligado de dar carta y en qué manera la debe signar; y dar a la parte;

- cómo el escribano que sucede en lugar de otro puede *facere*, e sacar de la nota del otro, lo que pasó por el otro (sucesión en la custodia de los archivos de notas);
- cómo ningún escribano debe poner en la carta sino lo que ante él pasó;
- cómo el escribano es tenido de dar la carta al que la debe haber (derecho a copia); y
- cómo el escribano debe conocer a los que ante él otorgaron alguna cosa (precedente de la actual “fe de conocimiento”).

El Espéculo (Espejo del Derecho o Libro del Fuero), redactado pocos años después, en 1260, tiene una ordenación completa de la institución notarial y de la Cancillería Real, con insistente referencia al instrumento público.

El Libro de las leyes, es la reelaboración del Libro anterior, realizada entre los años de 1270 y 1280, que en tiempos de Fernando IV, se completará denominándose las “Siete Partidas.” Aquél, contiene una ordenación notarial exhaustiva, como un Tratado del *Ars Notariae* en el título “De los scrivanos e quantas maneras son dellos” y “De los scriptores.”

Las Partidas no obtuvieron vigencia legal, como primordial fuente supletoria, hasta 1348, en el Ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI. El texto, contiene frecuentes alusiones al escribano y a su función, ofreciendo en el título XIX de la Partida III, una regulación de las formalidades documentales hasta el régimen retributivo y de responsabilidad de los escribanos, distinguiendo entre escribanos de la Corte del Rey (leyes VII y VIII, título IX, Partida segunda), o bien simplemente “Escribanos” (con las funciones que hoy tienen los secretarios judiciales y los Notarios) (título XIX, Partida tercera). El sistema documental de las Partidas subsiste hasta la ley del notariado y la publicación del Código civil, sistema sólo modificado –parcialmente– mediante la Pragmática de Alcalá antes referenciada.

El reinado de los Reyes Católicos marcará otro hito desde el punto de vista legislativo, tanto desde un punto de vista recopilador como innovador. Las Ordenanzas Reales de Castilla, en efecto, de Alonso Díaz Montalvo, recogen Ordenamientos de Cortes, Provisiones y Ordenanzas reales desde la época de Alfonso XI, siendo la Pragmática de 1503, una obra que aprobará las Ordenanzas de los Escribanos Públicos, que regularán el oficio durante la Edad Moderna, suponiendo el nacimiento del protocolo notarial tal y como es en la actualidad. A partir del momento, toda la legislación que afecte a los escribanos, Las Partidas, La Pragmática o “La Instrucción para escribanos numerarios y reales”, del año 1750, regulará todos los requisitos que eran precisos para llegar a ejercer el oficio, recopilando esta última el conjunto de disposiciones hasta ese momento dispersas.

Junto a los “notarios episcopales”, o clérigos que intervenían en asuntos eclesiásticos, existían, según las Partidas (Partida III, título 19, ley 1.<sup>a</sup>), dos clases de escribanos: los que actuaban en la Casa del Rey, redactando los documentos de la Cancillería regia y los “escribanos públicos”, de nombramiento real (DOLADO ESTEBAN, 2011).

Siguiendo a A. Raquejo Alonso (1992) se constatan muchas clases de escribanos, tanto en el orden civil, como en el militar. Distingue, al igual que María Jesús Álvarez-Coca González, en el primero, a los escribanos públicos propiamente dichos (notarios), pertenecientes a la Chancillería regia; los “escribanos del Rey” adscritos a dicha Chancillería bajo la dirección del Chanciller, que tenían por función la redacción de privilegios, cartas, ...etc., emanadas de la referida Chancillería; los “Escribanos de los Consejos”, de las Audiencias, Municipios, Casas de Contratación, Consulados, cuya misión, señala el autor ante citado, era la redacción de acuerdos, sentencias y resoluciones dictadas por dichos organismos y las actas conteniendo sus deliberaciones, dando fe de su autenticidad y extendiendo las copias, testimonios y certificados que pedían las partes interesadas. Álvarez-Coca González, (1987) distingue, finalmente, otras clases de escribanos civiles, según adscripción a un organismo (Escrivano de cámara, del Crimen, de Provincia, etc.). Los escribanos públicos, según las Partidas, eran los que redactaban, en las ciudades, villas y lugares, las cartas de venta, compra y los pleitos y posturas “que los hombres ponían entre sí”, denominándose también escribanos “de número”, por cuanto fueron creciendo de una forma desmesurada, especialmente en momentos de crisis, en que los reyes no dudaban en otorgar estos oficios como mercedes para atraer nuevos partidarios.

Hacia finales del siglo XIV y principios del XV, aquellas ciudades que no tenían este privilegio fueron obteniendo de los reyes concesiones para limitar el número de escribanos, de ahí el nombre de “escribanos de número”.

Los escribanos del Rey (o del Reyno) eran, al igual que los anteriores, de nombramiento real, con la salvedad respecto de aquellos, de que no estaban adscritos a una ciudad pudiendo ejercer su función en cualquier punto del reino, con la única exclusión del lugar en que hubiere un escribano de número, en cuyo caso su labor se reducía a actos muy determinados:

los escribanos reales, en las ciudades, villas y lugares donde hubiere escribano o escribanos públicos del número, no pueden actuar, ni ante ellos otorgarse escrituras, contratos, obligaciones ni testamentos, pena de privación de oficio y veinte mil maravedís, y los instrumentos otorgados ante ellos no hagan fe (DOLADO ESTEBAN, 2011).

Los “escribanos de Concejo”, ejercían su cometido de manera temporal, independiente de las escribanías de número. En un documento del año 1745, el

ayuntamiento de Zamora explica el funcionamiento de este oficio:

Y en quanto a las dos escribanías de Ayuntamiento, estas pertenecen a la ciudad a quien por el señor don Carlos Segundo, Rey que fue de España y la Señora Reyna Doña Mariana de Austria, su madre, como su tutora y curadora destos reynos (que están en gloria), se despachó real zédula, su fecha en Aranjuez en primero de Maio del año mil seiscientos y setenta y quatro, por la que se le dio facultad para poder nombrar personas que siendo escribanos probados usen y ejerzan los dos oficios de Ayuntamiento, removerlos o quitarlos, con causa o sin ellas, todas las veces que quisiere, y poder nombrar otras en su lugar para que aquellas las usen y ejerzan. En la esfera militar y en el Ejército de tierra destaca el Escribano de Ración, encargado de abonar los sueldos de la gente de armas, tomando razón en sus Libros tanto de las pagas que se abonaban, como lo que devengaban cada mes los Capitanes y Oficiales. Esta figura está ya regulada por la ordenanza de 15 de noviembre de 1369, dada por Pedro IV de Aragón, y por la Instrucción, para el ejército de Italia, dada por Carlos I, el 15 de noviembre de 1536, en la que se establecía que el referido Escribano debía tomar razón de dicha gente y del sueldo de cada hombre, fuera soldado u oficial y que, por libranza del Capitán General, de la que ha de tomar razón el Contador de sueldos, sean enviadas las cantidades necesarias para esas atenciones y pagadas en presencia del Veedor (ARCHIVO HISTÓRICO. Provincial de Zamora. Sección municipal, 19, núm. 122).

La importancia del oficio la resalta el Monarca Felipe II, en la Instrucción dada en Bruselas el 19 de abril de 1559, señalando:

El oficio de escribano de Ración, es de tanta calidad que por su orden y libranzas se distribuyen y pagan todos los gastos del Reino y porque de su buena o mala administración depende, en gran parte, el beneficio de nuestra hacienda [...].

El “escribano de Ración”, era un oficio que existió también en la Marina, regulado por las Instrucciones del Duque de Medina Sidonia de 20 y 29 de abril de 1.590, respectivamente.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> *Vid.* Dolado Esteban (2011), en que señala que además del escribano de Ración, en la Marina cabe reseñar la existencia de otros escribanos como el “de Mesa”, que no embarcaba, y que era encargado del alistamiento del personal de las embarcaciones que iban a zarpar. Otros llamados “de Mar”, que aparecieron en el siglo XVIII, y los denominados de “Navío, bajeles o galeras”, cuyo cometido era, en un inicio, el cuidado de la economía, conservación y buena administración de los pertrechos, municiones y bastimentos que se suministran a los reales bajeles. Los “escribanos de Galera”, con su Capitán y Comités, después de haber partido a la mar, debían, cada mes, hacer revista de todos los alistados de su galera respectiva, y de haber en la Armada escribano Real, la revista de mes a mes se ejecutará por el mismo (*vid.* la Ordenanza de fecha 10 de mayo de 1359). El cometido del escribano que iba a la Armada con el Almirante o Capitán General era el de efectuar requerimientos, protestas, escrituras, inventarios y otros instrumentos y pagos ordenados por los primeros. Las visitas de estos a las naves habían de hacerse en presencia del escribano, trayéndolas firmadas de sus nombres, para entregarlas en la Casa de la Contratación. En 1717, se confirma la obligación de los capitanes de embarcar en cada nave un Escribano para

La segunda figura jurídica relevante que acomete la función de fedatario público (en la milicia), era la del “Contador”, siendo igualmente, durante siglos, elemento sustancial de la Administración económica castrense, y antecedente, a su vez, de la del “Comisario.” Si bien es cierto que esta figura del “Contador” deriva de la del “Mayordomo”, con el que siempre se hallaba muy vinculado, teniendo reservadas funciones distintas a las del escribano, lo cierto es que en la esfera militar se trataba de una figura íntimamente ligada y precursora de la del Comisario, en que se desdoblaba, de una parte, funciones administrativas, y de fedatario, con connotaciones, similitudes y analogías con la “fe pública” en el ámbito y proyección de las Fuerzas armadas. Es una figura jurídica, la del “Contador”, silenciada en las Partidas, cuya presencia queda constatada, sin embargo, en los tiempos de Pedro I (1350-1369), teniendo por sus principales funciones las de “asentar en sus libros los albaes, privilegios, mercedes, cartas y cédulas reales, y expedir libramientos a los funcionarios civiles, así como a la tropa y marinería, por las cantidades que debieran percibir, pues eran ellos los que ordenaban los pagos”. El caso, en fin, más común, era el del Contador de Hacienda, encargado, como empleado de Hacienda, de fiscalizar las operaciones de los que recogen las contribuciones y tributos a fin de que ejecuten con las formalidades señaladas y evitando que se inviertan en otros fines diferentes.

---

“dar fe” de lo que, en sus respectivas naves, sucediera (así, encuentros, batallas, defunciones, pérdidas, naufragios) y autorizaban las cuentas de cada individuo particular y las generales del buque. En el reparto de presas, se le asignaba, además de su parte correspondiente, los documentos públicos y privados que encontrarse en las naves apresadas. En las Ordenanzas de 16 de junio de 1717, se relacionan las funciones de los escribanos: “Llevar tres libros para anotar el inventario del bajel, los nombres de todos los que componen la dotación del mismo y todos los bastimentos, dietas y medicinas que se suministraren durante el viaje; daban cuenta al Intendente de los géneros de bastimento estropeados y presenciaban su arrojamiento al mar, si así lo ordenaran, extendiendo certificación de ello, para la data del Maestre que los tuviera a su cargo; confrontaban cada tres meses la revista con su libro y asistían a las mismas para dar razón a los ministros de cuanto desearan saber; presenciaban el desarme de los bajeles en sus internadas; tomando razón de los pertrechos, armas y municiones y demás géneros que desembarcaren en tierra para su ingreso en los almacenes.” Los escribanos de bajeles, además de llevar los tres libros ante citados, para anotar todo cuanto a bordo se ejecutaba, tomaban cuenta y razón de lo perteneciente al bajel. A partir del año de 1743, los “escribanos de navío” dejaron de desempeñar funciones administrativas, económicas y de control de buques, quedando su función limitada a la de fedatario no embarcado de todos los asuntos de la Marina ocurridos bajo su jurisdicción, de acuerdo con las Instrucciones de Fernando VI de 1751. En lo referente a los escribanos de Naves Mercantiles, este oficio se nombra ya en el Libro del Consulado del Mar (1260-1270), siendo la Ordenanza de fecha 7 de septiembre de 1258, la que especificaba las condiciones exigidas para ejercerlo. Pedro IV de Aragón, dictó, a su vez, algunos Capítulos en referencia a esta figura en 1.340, siendo la Colección de leyes Náuticas- mercantiles para los puertos y costas de la Corona de Castilla-León, del año 1266, extraídas del Código de las Siete Partidas, donde se especifican, aún más, las condiciones que regulaban esta función, siendo su primordial cometido el ser fedatarios de cuantos hechos ocurrieran en la navegación, que tenían obligación de anotar en su cuaderno, al que se le daba gran fuerza probatoria, sobre todas las cosas escritas en él, “que debe ser creído como carta que fuese hecha de mano de Escribano público” llegando, en 1.435, a ser obligatoria su presencia en los bajeles de 1.500 quintales arriba, bajo sanción de no poder ser navegadas ni patronadas. En el año 1550, se regulan nuevamente los requisitos exigidos para el ejercicio de esta escribanía, siendo, entre otros, uno de sus cometidos más relevantes, el de “dar fe” de los testamentos otorgados por los enfermos y moribundos.



## V SOBERANÍA

Hoy, bajo principio de seguridad jurídica garantizado en la Constitución Española (*ex* artículo 9.3), la “fe pública” es un elemento concebido como la delegación que el Estado soberano otorga, también, a determinados funcionarios y empleados públicos para “dar testimonio” o atestiguar, por escrito, de ciertos actos (LAGARÓN COMBA, 2002). De tal modo se pretende dar confianza a quienes la requieran, pues es la propia sociedad quien pone en manos del otorgado, *ex lege*, con esta facultad, su fiabilidad colectiva. No obstante, “fe pública” también significará asegurar algo que se ha visto sin necesidad de que sea probado. Por tal razón, es conveniente diferenciar aquella que está referida al ámbito “notarial”, de la que es de uso común en otras actividades. Cabe hablar, entonces, y siguiendo de nuevo a Lagarón Comba (2002) de fe pública en un sentido general y, a partir de ella, tanto de la notarial como de la administrativa. De ésta última, emanarán, a su vez, otras como la judicial, la registral o la legislativa. Todas ellas resultarán de una constante utilización en nuestro Estado de Derecho por gran número de profesionales, ya que formará parte esencial del desempeño de su función.

## VI DERECHO

En un sentido jurídico, la “fe pública” es la autoridad legítima atribuida a determinadas personas para que los documentos (públicos) que autoricen en debida forma, resulten considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero, mientras no se haga prueba en contrario. Consiste, así, en atestiguar solemnemente respecto de algo acontecido, lo que confiere a este acto una función que Giménez-Arnau (1976) califica como “activa”, mientras que, en sentido gramatical, significa otorgar “crédito” a lo que otra persona manifiesta; luego en este caso supone una función “pasiva.”

No se trata, por consecuencia, de creer en lo que no se ve, sino de una necesidad de rango o carácter jurídico que obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos al amparo de la ley. Ello puede realizarse de forma “originaria” o de forma “derivada”, es decir, cuando el otorgado da fe de lo que él percibe o bien, sencillamente, lo hace respecto de hechos o documentos dados a conocer o aportados por terceras personas. Ya sea de una forma originaria o derivada, la fe pública notarial tiene como finalidad evitar cuestiones litigiosas, de modo que no surjan dudas, o dificultades, en la interpretación de cualquier negocio jurídico. De este modo, las cuestiones sobre la incertidumbre del hecho quedan eliminadas al dotarse al documento, otorgado por el fedatario público, de suficiente fuerza probatoria que permita rechazar,

sin riesgo, cualquier duda sobre su autenticidad. Para dar cumplimiento a sus funciones, el Notario ha de dar forma legal, por tanto, a la voluntad de las partes, redactando y confirmando autenticidad a los documentos necesarios para dicho fin, así como custodiar los originales y expedir las copias que “den fe” del contenido de aquellos.

La fe pública administrativa, por su parte, es una función que se atribuye a determinados funcionarios que sirven a las Administraciones Públicas en el ámbito de sus respectivas competencias. Tiene, así, por objeto, dar notoriedad y “valor” de hechos auténticos a los actos realizados por tales Administraciones.

Esta función, se ejerce a través de “documentos públicos” expedidos por funcionarios que llevan a cabo tareas de gestión administrativa. Dentro de ésta, y debido a su distinta naturaleza, cabe destacar las siguientes modalidades: fe pública judicial que, siguiendo de nuevo a M. Lagarón Comba (2002), refiere a la que corresponde a los Secretarios Judiciales, Cuerpo Letrado de la Administración de Justicia que, con carácter de autoridad pública da fe de las actuaciones procesales que se realicen en un Tribunal o ante éste, así como de la expedición de copias certificadas y testimonios de las actuaciones no secretas ni reservadas a las partes interesadas (LAGARÓN COMBA, 2002).

De este modo, dan fe por sí o mediante registro de la recepción de escritos y documentos recibidos, al tiempo que dejan constancia de la realización de actos procesales. Es más, el secretario Judicial es el único funcionario competente para “dar fe”, con plenitud de efectos, de las actuaciones judiciales en juzgados y Tribunales.

La fe pública registral, quizá resulte la “fe pública” por antonomasia. De acuerdo con el Derecho Civil, refiere a la presunción de legalidad de que gozan los hechos inscritos en el Registro de la Propiedad. Por su parte, atiende a uno de los principios que rigen la institución del Registro Mercantil y por la que la declaración de inexactitud o nulidad de los asientos de dicho Registro no podrá perjudicar a los derechos de quienes, de buena fe, adquieran a título oneroso un bien de alguien que aparezca registrado con capacidad para transmitirlo y que tal bien haya sido adquirido conforme Derecho.

Fe pública legislativa, es la que se atribuye a los secretarios de las Cámaras Legislativas, Parlamentos o Asambleas Generales, Comisiones, etc., y que tiene por objeto aquellos actos o hechos derivados de la actividad propia de dichos órganos.

Otro caso reseñable de la fe pública administrativa es el que refiere a los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia de tráfico y cuyas denuncias “harán fe”, a salvo de prueba en contrario, respecto de los hechos denunciados, sin perjuicio del deber de aquellos de aportar todos los elementos probatorios que sean posibles sobre tales hechos; muestra palpable del otorgamiento que

el Estado –soberano– hace a determinados funcionarios públicos, algunos de ellos revestidos con rango de “autoridad pública”, para “hacer fe”, o testimonio, de ciertos actos comprobados. Las actas, por su parte, levantadas en el ejercicio de la alta inspección, pueden incluirse entre las denominadas “actas de presencia”, que el antiguo y derogado Reglamento Notarial definía diciendo que, mediante ellas, se acredita la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización (MANTECA VALDELANDE, 2008, p. 87). Estos documentos públicos constituyen antecedente imprescindible para que la alta inspección se entienda como correctamente realizada, aunque el contenido del acta no necesariamente tiene garantizada su autenticidad y el órgano que debe adoptar la resolución o decisión definitiva no se halla vinculado estrictamente por dicho contenido, dado que, frente al citado ejercicio de la potestad de inspección, los inspeccionados también disponen de un cuadro de garantías que sirven de compensación a esta potestad.

El contenido de estas actas sirve, frecuentemente, para que el órgano competente para resolver pueda adoptar medidas cautelares sin perjuicio de que la Resolución final sea en un sentido o en otro.

De tal manera podría decirse que los inspectores, o agentes de la Administración Pública competente, cuando comprueben actos que pudieran ser constitutivos de infracción, extenderán acta con expresión de los hechos y circunstancias relativas a la presunta infracción. De dicho acta deberá entregarse copia al presunto infractor en el momento de su extensión, si ello fuera posible y, en todo caso, al notificarse la incoación de procedimiento, a efectos de posible descargo, en su caso.

Con carácter general, siguiendo a V. Manteca Valdelande (2008), cabrá definir estas actas como documentos en los que se recogen determinados hechos, acuerdos o manifestaciones con el fin de obtener, por ese procedimiento (administrativo), la prueba de los mismos.

El Derecho Civil, quepa oportuno recordarlo, denomina “hacer fe” a que un documento es, por sí mismo, suficiente para garantizar la verdad de lo que dice o contiene.

La función de otorgar fe pública administrativa, lo ha sido en una doble condición, por lo tanto: la orgánica –al ser otorgada por funcionarios o empleados públicos– y la funcional, al tratarse de una potestad que supone constatar como “verdad” determinados hechos, con el fin de obtener, por ese procedimiento, la prueba pública de los mismos.

En definitiva, la fe pública es la función pública que constata la legalidad y validez de determinados hechos y circunstancias *erga omnes* y, actualmente, son funcionarios públicos los que están otorgando fe pública y certificando con

un determinado valor probatorio –el del “documento público”<sup>6</sup> determinadas circunstancias –ex artículos 1.216 y 1.227 del Código Civil–.<sup>7</sup> Los particulares no funcionarios no pueden, así, por el contrario, en ningún caso, otorgar, como es lógico, “fe pública”: los privados únicamente pueden certificar, privadamente, determinadas circunstancias en ámbito de sus operaciones, con el más reducido valor probatorio del documento privado.

## VII FUNDAMENTO

En el tráfico social, no basta muchas veces la existencia de un hecho, relación o conducta para tenerlos como ciertos, sino que, en numerosas ocasiones, es necesario, en razón a la seguridad jurídica y el interés general, que el Estado, como se ha introducido, en efecto, intervenga, conforme a las leyes y a la competencia que éstas le otorguen, “asegurando” y/o “acreditando” la certeza de aquellos.

Dentro de un sentido eminentemente práctico, doy por deducida una necesaria, a mi entender, concisa base teórica sobre la casuística de este extremo: esta función de “aseguramiento”, por fuerza, sólo puede radicar en el Estado soberano y en quienes éste otorgue, conforme a las leyes, en todo caso dicha facultad. De otra manera, y de tratarse, por el contrario, de una facultad distribuida indiscriminadamente, la seguridad jurídica y el interés general precitados, cabe recalcar de inicio, no quedarían a salvo.

M. Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer (1994, especialmente, p. 17, donde emula lo dicho por GUTIÉRREZ DEL SOLAR Y BRAGADO, 1982), así en efecto, y al exponer las relaciones entre la fe pública y la seguridad jurídica, define aquella como:

<sup>6</sup> Fernández Rodríguez (1999, p. 222 y sig.), tratando de la función de otorgar fe pública como una función tradicionalmente administrativa, sin embargo, matiza, que de todos es sabido, sin embargo (y por parte de un importante sector de la doctrina administrativista se ha advertido extensamente sobre ello \*), que en la práctica habitual de nuestra Administración muchas de estas funciones son llevadas a cabo –indistintamente– por funcionarios o por empleados públicos vinculados laboralmente a la Administración y no por el cauce estatutario. Sin embargo, en la articulación administrativa de la garantía del principio de seguridad jurídica a través del otorgamiento de fe pública, tradicionalmente nuestra Administración ha sido purista, atribuyendo esta función, prácticamente con exclusividad, a funcionarios. La autoridad, o potestad que, en efecto, otorga carácter público a la función de “fe pública”, consiste en dar valor probatorio –presunción de verdad– y valor formal al documento público.

\*Parada Vázquez (1998) considera que como la delimitación de los puestos de trabajo que corresponden a funcionarios o a personal laboral no es materia de rango básico, habrá que estar en la CC.AA. a lo que digan las diversas leyes, que pueden no resultar coincidentes, ni entre sí, ni con los criterios de la Administración General del Estado, ni con la LRBRL. Asimismo, Del Saz (1995).

<sup>7</sup> Conforme el artículo 1227 del Código Civil, la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio.

la institución de Derecho público que atribuye a determinadas personas, con exclusión de las demás, la cualidad de la veracidad en todo aquello que afirman o atestiguan (fe pública subjetiva) o que da primacía de verosimilitud a lo que declara una norma (fe pública objetiva), frente a lo que afirman o atestiguan particulares.

María Pilar Rojas Martínez Del Mármol (2003, p. 92), por otra parte, en su estudio sobre el ejercicio privado de la fe pública notarial la presenta como la “presunción de veracidad o autenticidad con relación a los hechos y actos en los que interviene una persona a quien la ley reconoce con la facultad de dar testimonio público de los mismos, siempre y cuando su intervención se realice con las solemnidades formales requeridas por la Ley.” Paz Taboada (2006, especialmente, p. 402), en fin, define fe pública como aquella institución de Derecho público por la que se crea una presunción de certeza y autenticidad sobre los hechos y actos reflejados en documentos expedidos por una persona a la que la ley atribuye dicha facultad.

El ejercicio de la fe pública produce, así, un efecto fundamental: que los hechos y actos sobre los que se extiende la declaración del fedatario puedan ser tenidos por ciertos e indubitados sin más, sólo por ser resultado del ejercicio de la fe pública, cuya finalidad es: “documentar a las relaciones jurídicas de certeza y estabilidad, de autenticidad e indiscutibilidad.” (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1994, p. 18).

La esencia de esta función exige que lo que se declara sea cierto. En palabras de M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (1994, p. 18), “el valor jurídico de certeza que implica la fe pública presupone la correspondencia de la realidad y de lo reflejado, pero, al mismo tiempo, impone esa correspondencia, como certeza tutelada por el Derecho.”. Es decir que la norma garantiza que lo que se afirma, en ejercicio de la “fe pública”, es cierto, y exige del fedatario público esa certeza.

No resulta fácil ofrecer plena seguridad a un tercero, en efecto, sobre algo que, en principio, le es desconocido (PAZ TABOADA, 2006). Por ello, un adecuado ejercicio de la fe pública exige atenerse a unos requisitos formales y de fondo: en primer lugar, siguiendo a Paz Taboada (2006), debe delimitarse aquello que va a ser objeto de declaración, algo que puede demandar no poca tarea de análisis; y después, plasmar la declaración en un documento y, según lo que se diga y cómo se afirme, la interpretación que se dé a la declaración puede ser variada. Claridad y precisión son, por consecuencia, y como dice el citado autor, notas que deben estar presentes en todo momento.

Enumera Paz Taboada las notas básicas que dan perfil reconocible a la fe pública:

1. se trata de una función pública y, como tal, está regulada por el Derecho público;
2. por su naturaleza y finalidad está íntimamente ligada con la “seguridad jurídica”, dado que es una de las instituciones creadas por el Derecho para poder darle cuerpo;
3. crea una presunción de veracidad y certeza sobre los hechos a los que se extiende; y
4. implica una actividad por parte del fedatario que concluye en una declaración de conocimiento sobre determinados hechos, que aquél plasma en unos documentos públicos (PAREJO ALFONSO, 1994).

La “fe pública” existe porque así lo exige la seguridad jurídica, que es un valor garantizado *ex* artículo 9.3 de la Constitución de 1978, en definitiva. La necesidad, por consecuencia, de construir una base sólida sobre la que desarrollar relaciones jurídicas y sociales, hace imprescindible que se articulen técnicas jurídicas que ofrezcan una base de certeza sobre determinados hechos o negocios. Sin ese núcleo de seguridad, la vida jurídica se vería sumida poco menos que en una suerte de caos (PAZ TABOADA, 2006). La fe pública viene a dar seguridad al crear una presunción de certeza avalada por el Derecho que anuda a ella unas consecuencias jurídicas, lo que permite que las relaciones se desarrollen con fluidez. De esta manera, lo que se afirma con “fe pública” puede ser tenido por cierto e incuestionable. Y ésta es la base fundamental sobre la que se asienta la seguridad jurídica que la fe pública pretende garantizar.

El ejercicio de la “fe pública” quedará sujeto, por tanto, a principios que deberán ser tenidos en cuenta al actuar, a saber; y siguiendo de nuevo a Paz Taboada (2006):

- independencia. La función de “fe pública”, en efecto, se ejerce con total independencia por parte del fedatario que, en este concreto punto, no queda sujeto a instrucciones. Es, por lo tanto, plenamente “soberano” en su actuación, y responsable por ella en la misma medida;
- autoría. El fedatario público es el autor del documento público y, como tal, responde de su contenido, de fidelidad de las manifestaciones que contiene, ya sean éstas propias o ajenas. De ahí que se pueda decir que los documentos son “autorizados” por el fedatario, pues autorizar deriva de *auctorem facere*, hacerse autor, y de la misma raíz procede, también, el término “otorgar.” (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1994, en especial, p. 213);

- responsabilidad. De la “autoría” se desprende inevitablemente la responsabilidad del autor por el resultado de su proceder (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, 1994, en especial, p. 27). El fedatario queda sujeto a responsabilidad en el ejercicio de la fe pública, por lo que un uso inadecuado de aquella puede dar lugar a la exigencia de responsabilidades de diverso tipo, que tienen su remate en la de carácter penal;
- objetividad o imparcialidad en el ejercicio de la función. La “fe pública” se limita a reflejar hechos o actos que son conocidos por el fedatario, sin que se puedan introducir juicios de valor u opiniones;
- legalidad. El fedatario ejerce un “control” de legalidad sobre los actos que autoriza, lo que le exige realizar un previo examen de los requisitos del acto en que interviene, así como advertir sobre aquellas cuestiones que considere relevantes desde el punto de vista legal y que afecten a dicho acto.

La “fe pública”, por su parte, muestra ciertas particularidades cuando se refiere al funcionamiento de las Administraciones Públicas. Resumiendo en este punto la opinión de Parejo Alfonso (1994) que parte de una distinción entre actividad unilateral y bi- o multi-lateral de la Administración, y separa un ámbito propio de la fe pública en la actividad administrativa dirigido a dejar constancia fehaciente de hechos o actos, quepa hacer breve reseña de lo siguiente: en cuanto a la actividad unilateral de la Administración, considera que, en este caso, la fe pública, como regla general, queda incorporada en el ejercicio de potestades y competencias de los órganos administrativos como uno de los elementos de la forma de los actos administrativos en que aquellos se traducen, la actividad administrativa formalizada es resultado del ejercicio de un poder público sujeto al principio de legalidad que impone la observancia de la forma y, con ella, de la solemnidad ligada a la fe pública (PAREJO ALFONSO, 1994, p. 171).

Por lo que refiere a la actividad bi- o multi-lateral, Parejo Alfonso (1994, p. 172), entiende que en este caso puede concurrir la fe pública ínsita en la actividad administrativa, con la fe pública notarial. Es el caso de la formalización en escritura pública de los contratos administrativos.

Para terminar, recuerda que, al margen de las exigencias formales de los actos administrativos, la fe pública opera para “hacer prueba, y proporcionar constancia y seguridad jurídica sobre hechos o actos.” Aquí se pretende hacer surgir una específica declaración de conocimiento para fijar hechos o actos ya producidos (PAREJO ALFONSO, 1994, p. 182). En este caso la fe pública se concreta en actas, certificados y en la expedición de “copias auténticas.”

Para Paz Taboada (2006) son cosas distintas la compulsas y la copia auténtica, y en eso coincide con el criterio de Pérez Luque (2005).

Ambas, así, son el resultado de una operación material, el cotejo de documentos, la acción de comparar dos, un original y su copia para comprobar que ésta última se corresponde con aquél. Pero el resultado es distinto en uno y otro caso.

En efecto, en la copia auténtica interviene la fe pública por lo que esa copia es un documento público, una copia notarial, que equivale al original y puede presentarse con efectos probatorios plenos.

La compulsas, en cambio, es el resultado de una operación de cotejo que realiza un funcionario encargado de recibir documentos: no interviene aquí la fe pública, por lo que el documento no alcanzará el estado de documento público fehaciente que tiene el expedido por el fedatario.

La copia auténtica será un documento público expedido por un fedatario que tiene un valor probatorio pleno sobre los hechos y/o actos que documente, equivalente, por lo tanto, al documento original (JUAN CASERO, 1995; VERA FERNÁNDEZ-SANZ, 1996).

Las copias auténticas se expedirán a la vista de los documentos originales, por lo que donde falten éstos no se puede ejercer esa función (PAZ TABOADA, 2006). La expedición de la copia auténtica puede hacerse por varias modalidades siguiendo, de nuevo, a Paz Taboada (2006): la más sencilla, extendiendo una diligencia en el documento, en su anverso o en su reverso, haciendo constar que: “es copia auténtica del original” que consta en las dependencias administrativas correspondientes, y fue exhibido al fedatario. Es aconsejable que esta diligencia haga mención, en la medida de lo posible, tal señala el autor citado, a petición de quien se expide el documento. La más compleja, mediante una transcripción literal del contenido del documento original, lo que será necesario solo cuando éste no admita una fotocopia debido a su estado de conservación, o cuando ésta no sea legible. La transcripción deberá ir precedida de la descripción del documento que haga el fedatario (sello de registro de entrada que exista, por ejemplo). Una intermedia, en la que la copia auténtica se expide acompañada de un certificado en el que el fedatario público además de dejar constancia de la existencia de ese documento incorpora determinadas advertencias para dotarle del contexto que permita una adecuada interpretación al destinatario: por ejemplo, continúa el citado autor, que forma parte de un documento que lleva un determinado título y que está sin diligenciar. Consideraciones todas ellas que no pueden incluirse en la copia expedida.

La copia auténtica resultará, pues, un documento público revestido de un especial valor probatorio, pues el artículo 319 de la LEC dispone que los documentos enumerados en el artículo 317: “harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan”.



Esta última finalidad, es la que motiva que la función de “fe pública” se singularice –para determinados casos– y para el ámbito de las Administraciones, atribuyéndola expresamente a un órgano administrativo.

Así sucede, en efecto, con la Secretaría de los órganos colegiados (JIMÉNEZ VACAS, 2022) y, de forma especial, con la fe pública administrativa en las Entidades Locales, atribuida a los secretarios de la Administración Local (PAZ TABOADA, 2006).

Es, este último caso, el que cuenta con mayor raigambre y más larga tradición, el que quizá presenta el supuesto más claro de “fe pública administrativa” y el que cuenta, asimismo, con mayor bagaje normativo.

En palabras de Díez-Picazo y Ponce de León (1994, en concreto, p. 215), la “fe pública” otorga al “documento público” expedido con ella “un valor probatorio absoluto, que no admite en contrario más prueba que la de la falsedad”.

La intervención de fedatario público hace que el documento así expedido tenga valor de “documento público” en los términos a que refiere el artículo 317 de la LEC, que enumera, entre ellos, y a los efectos probatorios, los documentos expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que refiere al ejercicio de sus funciones.

## VIII ELEMENTOS

El concepto “certificar” que así nuestro idioma ofrece, hace referencia, en efecto, a instrumentos o documentos acreditativos de la “verdad” de un hecho, asegurándolo, en regla, o en debida forma, teniendo una aceptación derivativa como “documento” en que se asegura, afirma o da por cierta alguna cosa (el denominado “certificado.”)

La certificación (el “certificado”), es un acto jurídico de conocimiento. El sujeto activo de ella, el fedatario, conoce algo y de ello da fe y esa fe produce el valor de verdad rotunda, no absoluta, pues, si se demuestra falsedad, puede ser anulada la “verdad” certificada (*Vid.* al respecto, PÉREZ LUQUE (2005, p. 949 y sig. apdo. ¿qué es una certificación?).

Al ser un acto de conocimiento, por supuesto con valoración jurídica, no puede haber valoraciones subjetivas o personales en una “certificación”, sino aportación de datos objetivos que conoce el fedatario. Esto es muy importante, ya que la aportación de opiniones no es propia de la certificación, sino del informe, que es un acto de juicio, de ciencia (*Vid.* STS. de 8 de abril de 1983), en el que el informante finaliza “opinando” y diciendo lo que a su juicio debe ser o hacerse.

Un “certificado” es, por lo tanto, un documento en el que su autor refleja unos hechos que conoce. En esto, asimismo, se diferencia de las actas, pues éstas recogen hechos que el autor conoce porque los presencia, pero que no constan documentados; es más, el acta tiene por objeto precisamente documentarlos (PAZ TABOADA, 2006).

Los certificados, por el contrario, reflejarán hechos que el autor conoce porque están documentados, no por haberlos presenciado. Así, como manifestaciones de la “fe pública” que son, los certificados, por lo tanto, son documentos públicos que dejarán constancia fehaciente y veraz de los hechos a los que refieren.

Siguiendo a Paz Taboada (2006), los certificados tienen las siguientes notas características, y como se podrá observar, dimanantes de las de la “fe pública”:

1. objetividad. Como toda expresión de la “fe pública”, los certificados deben ceñirse a una estricta objetividad.

Un certificado se limita, en efecto, a dejar constancia de unos hechos que son conocidos por quien lo expide. Son ajenos por ello, al certificado, los juicios de valor, las opiniones y cualquier otro elemento subjetivo que pueda existir. Se puede decir que un certificado es algo así como una fotografía: se “certifica” lo que hay, al igual que la realidad queda reflejada en la película fotográfica. El certificado fija unos hechos que constan en documentos sin poder introducir en él ningún juicio de valor. La necesidad de garantizar la objetividad puede exigir del fedatario aporte el contexto necesario para que el destinatario del certificado otorgue a la declaración que éste contiene el significado y/o el valor que le corresponden, sin dar lugar a ambigüedad, enemiga declarada de la seguridad jurídica. Es una labor difícil, en muchas ocasiones, que requiere del autor del documento público una especial sensibilidad y cuidado a la hora de expedirlo;

2. base documental previa. Sólo se puede certificar lo que conste en documentos que preexistan a la solicitud. Sin aquella base documental no se pueden expedir certificados, con la excepción de los “certificados negativos”, referidos a la falta de constancia de algún extremo –y siempre especialmente delicados, señala Paz Taboada–;<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Esta denominación refiere, en palabras de Paz Taboada (2006), a aquellos certificados que acreditan la inexistencia del hecho a que refieren. Mediante este certificado, el fedatario declara que no consta documentado un determinado hecho. Su alcance es muy claro: se puede tener por acreditada la inexistencia del hecho a que se refiere. Tampoco se oculta, indica el autor, la responsabilidad que atribuye al fedatario público esta declaración. Entiende, el precitado autor, que para poder expedir –con cierta garantía– estos certificados, el fedatario debe dejar bien claro en el documento que expide cuáles son los límites en los que se mueve su función, es decir, qué documento o documentos se examinaron para expedirlo. Este punto debe tenerse presente, pues

3. presunción de certeza. Al estar expedidos en uso de la fe pública, los certificados permiten tener por ciertos, y veraces, todos los hechos que en ellos se reflejan sin la necesidad de mayores esfuerzos. De ahí su trascendencia, y la responsabilidad a que se enfrenta quien los expide en caso de que no sean ciertos aquellos hechos pues incurrirá en falsedad.

Así, cuando un cargo político o funcionario sin ejercicio legal de la fe pública emite un documento, que dice “hago constar”, esto no es certificación. A lo sumo será un mero “informe”, sin el valor de certeza que una certificación supone.

## IX CASUÍSTICA

Resulta necesario recordar, por tanto, y no olvidar, siguiendo a Pérez Luque (2005), que la fe pública es únicamente documental y de hechos sucedidos en presencia del fedatario, que no debe certificar lo que desconoce.

Por eso, M. Montoro Puerto (1969, p. 228) señala, desde antiguo (1969), que “se debe negar carácter discrecional a los actos de certificación.”.

Garrido Falla (1989, p. 380), siguiendo a Zanobini en este extremo, pasa a definir acto administrativo como “cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración en ejercicio de una potestad administrativa.”. Pero el fedatario público, cuando ejercita su actividad, sólo tiene dos posibilidades: la fe documental y la de hechos:

- la “fe documental” es la que se basa en documentos preexistentes, que están en su poder o que puede analizarlos, para llegar a la materialización final de la certificación (el “certificado.”) Certifica lo que dicen “los papeles” y, lo que no dicen, no puede –no debe- ser certificado;

---

la fe pública opera sobre la base documental examinada, de manera que lo que no se encuentre comprendido en ella no queda amparado por la declaración que contiene. Por tanto, una mala gestión incide directamente en esta tarea. Es claro que no es lo mismo certificar que, a la vista de un expediente que esté adecuadamente confeccionado, es decir, con sus hojas foliadas, no consta un determinado acto, pues en ese caso no hay dudas sobre la integridad del expediente, que expedir ese certificado sobre un expediente desordenado y sin foliar, pues nada impide que, después de expedido el certificado “aparezca” un documento que lo deje en evidencia. Por ello, añade M. Paz Taboada, cuando haya que expedir los certificados negativos en estas circunstancias, sin una base documental fiable, es aconsejable hacer constar en el certificado las oportunas reservas para delimitar su alcance y para que el destinatario del certificado pueda darle el valor (relativo, en este caso) que tiene. Tampoco se debe descartar la opción de negar la expedición del certificado cuando el fedatario no disponga de una mínima base fiable sobre la que ejercer la función de fe pública en los términos en que se solicita.

- la “fe de hechos”, o fáctica, es lo que se produce en su presencia y, por lo tanto, puede darse fe de ello. Él fedatario está presente en un acontecimiento y, como testigo y sujeto cualificado del mismo, puede dar fe de lo que ha pasado. Así sucederá con la asistencia del secretario actuante en las sesiones de un órgano colegiado (JIMÉNEZ VACAS, 2022, p. 140). Da fe de lo que se propone, se delibera –opiniones sintetizadas– y se acuerda. Levantar acta, cualquiera que sea, es una consecuencia de la “fe de hechos.” De igual forma y manera puede certificar de un hecho producido en su presencia. La fe pública no trata de la legalidad (propia del informe), sino de la “veracidad” de lo que hay en los documentos o de lo que ha sucedido en sesión actuada.

## **X CONCLUSIÓN**

Puede estructurarse, por fin, la función administrativa de “fe pública”, como aquella desarrollada por el Estado, de forma exclusiva, o por entidades públicas e incluso personas físicas, por su concesión; y que tiene su objeto en la “acreditación” de la verdad, real o formal, de hechos, estados de las cosas, conductas y/o relaciones, por razones de seguridad jurídica e interés general (MARTÍNEZ JIMÉNEZ, 1977, p. 21-22). Por cuanto a sus elementos y, más en concreto, al sujeto de la función administrativa de “fe pública”; sólo al Estado como poder soberano corresponde el ejercicio de esta función de “acreditación” de la verdad, por dichas razones, precisamente, de “seguridad jurídica e interés general” (*ex* artículo 103.1 de la Constitución Española).

El Estado, a través de un funcionario público, es, entonces, quién hace esta cobertura de “aseguramiento”, conforme a la ley y el Derecho.

La Administración Pública ejerce, objetivamente, así, dicha facultad de servicio público, a través de actos administrativos de una naturaleza no comercial o no discrecional, de “certificación” –o de “Fe pública”–, que irán precedidos, a su vez, de otros actos, también, no comerciales, en los que se va a constituir la base objetivable sobre la que poder, por efecto, “dar Fe”. Esto es, hay actos previos de admisión, de comprobación de circunstancias objetivas o, simplemente, de constancia de situaciones, supuestos sobre los cuales podrá darse la “fe pública” y, con ello, asegurarse objetivamente su “verdad” (MARTÍNEZ JIMÉNEZ, 1977, p. 37).

La función de “fe pública” se ejecutará, por lo tanto, en dos fases diferenciadas, teniendo como base el concepto del que se parte, en sentido de constituir el objeto de esta función de aseguramiento: una primera fase de constancia y una segunda de “fe pública”.

El Estado asegura, en definitiva, y otorga “certeza”, pero lo hace –lo debe hacer, siempre y sólo– basándose en algo objetivo u “objetivable”. Y la protección por el ordenamiento jurídico de las certificaciones públicas, resultará decisiva, ya que la veracidad del certificado expedido se presume con efecto propio y absoluto, por su eficacia sustantiva, pues queda cubierta por la fe pública y por su eficacia probatoria *iuris tantum*.

La protege el propio concepto jurídico de la fides pública: su validez y legitimación se presumen mientras no se demuestre lo contrario con otras pruebas (JIMÉNEZ VACAS, 2022, p. 249, conclusión 6.<sup>a</sup>).

### CONSULTAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, María Jesús. La fe pública en España: registros y notarias: sus fondos: organización y descripción. En: **Boletín de la ANABAD**, Madrid, Ed. Confederación de Asociaciones de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas, ANABAD / Archivo Histórico Nacional, t. 37, n.º 1-2, p. 7-68, 1987.

BARDALLO, Julio R. La fe pública notarial. En: **Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay (AEUT)**, Montevideo, Ed. Aeut, v. 65, n. 1, 2 y 3, ene.-feb.-mar. 1979.

CACHARRO LÓPEZ, María. Fe pública y asesoramiento legal preceptivo en la contratación de las Entidades Locales. En: **Revista Electrónica CEMCI**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, n. 1, octubre/diciembre 2008.

CHAVES GARCÍA, José Ramón. La potestad certificante sin los siete velos. En: Blog “El rincón jurídico de José R. Chaves”. 30-10-2018. Disponible en: <<https://delajusticia.com/2018/10/30/la-potestad-certificante-sin-los-siete-velos/>>.

COUTURE, Eduardo J. **El concepto de fe pública**: introducción al estudio del derecho notarial. Montevideo: Facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad de la República, 1947.

DEL SAZ, Silvia. **Contrato laboral y función pública**: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección. Madrid: Marcial Pons, 1995.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Fe pública y documento público. En: Consejo General del Notariado: la fe pública. Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994. Madrid, p. 191-218, 1994.

DOLADO ESTEBAN, Juan José. **Notaría militar**: escuela militar de intervención: curso de perfeccionamiento en notaría militar. Madrid: Ministerio de Defensa, 2011.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. El interés público de la seguridad jurídica virtual y su garantía a través del ejercicio de la función administrativa certificante y de otorgamiento de fe pública. En: **Revista Actualidad Administrativa**, Madrid, Ed. Wolters Kluwer España, n. 9, p. 219-234, 1999.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. La potestad certificante en la jurisprudencia. En: **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, Ed. Cívitas, núm. 8, p. 143-156, 1976.

GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. v. I, 10. ed. Madrid: Tecnos, 1989.

GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. 2. ed. Pamplona: Ed. Universidad de Navarra, 1976.

GUTIÉRREZ DEL SOLAR Y BRAGADO, Eduardo. **La fe pública extranotarial**. Madrid: Editoriales Revista de Derecho Reunidas, 1982.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. **El acto de certificación, análisis de la función certificante del secretario de los órganos colegiados de las administraciones públicas**. A Coruña: Colex, 2022.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. Planes estratégicos de subvenciones: especial referencia a la comunidad de Madrid. In: **Diario La Ley**, núm. 7.961, Madrid, Ed. Wolters Kluwer España, 2012.

JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. En: **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 48, p. 41-54, 1949.

JUAN CASERO, L. J. de. Unas breves notas sobre las denominadas compulsas. En: **El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal**, núm. 20, p. 2.781-2.785, 1995.

LAGARÓN COMBA, Manuel. La “fe pública”: la presunción de veracidad como instrumento al servicio de la función fiscalizadora. En: **Revista Auditoría Pública**, Madrid, núm. 27, septiembre de 2002.

MANTECA VALDELANDE, Victor. Aspectos documentales de las actas y certificados en la administración pública: concepto. En: **Actualidad Administrativa**, Madrid, Ed. Wolters Kluwer España, núm. 1, Sección Práctica Profesional, p. 87-96, Quincena del 1 al 15 de enero de 2008.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, José Esteban. **La función certificante del Estado, con especial referencia a las intervenciones administrativas sobre los**

**“Derechos de autor”**. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.

MOLINER RUIZ, María. **Diccionario del uso del español**. Grecia: Gredos, 2016.

MONTORO PUERTO, Miguel. Actos de certificación. En: **Revista de Estudios de la Vida Local (REVL.)**, Madrid, núm. 162, p. 205-236, 1969.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. **Derecho administrativo**: introducción, organización administrativa y empleo público. Tomo I. Madrid: Académicas, 1998.

PAREJO ALFONSO, Luciano José. Fe pública y administración pública. En: Consejo General del Notariado: la fe pública. Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994. Madrid, p. 155-189, 1994.

PAZ TABOADA, Manuel. La función de fe pública en las corporaciones locales, su finalidad y alcance: sus manifestaciones, en especial, actas, certificados y copias auténticas. En: **El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal**, núm. 3, p. 402-417, 15 de febrero de 2006.

PÉREZ LUQUE, Antonio. De algunas cuestiones de las notificaciones y certificaciones de los secretarios de administración local. En: **El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal**, núm. 6, p. 941-957, 30 marzo 2005.

RAQUEJO ALONSO, Antonio. **Historia de la administración y fiscalización económica de las fuerzas armadas**. Madrid: Ministerio de Defensa, 1992.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. La fe pública como valor constitucional. En: Consejo General del Notariado: la fe pública. Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994. Madrid, p. 17-30, 1994.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, María Pilar. **Ejercicio privado de la fe pública notarial**: examen jurídico-administrativo. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

UNAMUNO, Miguel de. **Del sentimiento trágico de la vida en los hombres y en los pueblos y tratado del amor de Dios**. Madrid: Tecnos, 2005. (Edición de Nelson Orringer).

VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. Notas más breves aún sobre las compulsas y otras acreditaciones de documentos. En: **El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal**, núm. 4, p. 512-514, 1996.

Submissão em: 21 de outubro de 2023  
Último Parecer favorável em: 2 de abril de 2024

Como citar este artigo científico

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. De la función administrativa de fe pública.  
In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed.  
Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 1, p. 108-135, jan.-  
abr. 2024.



## **EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO: LOS PROCESOS JUDICIALES Y LAS REFORMAS NECESARIAS**

**LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ<sup>1</sup>**

### **RESUMEN**

Se analizan las reformas introducidas a la Ley de procedimientos administrativos de la Provincia de Corrientes por las que se introdujo a su texto, por un lado, el deber de incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones con miras a la celeridad de los procedimientos, y por otro, se reguló la posibilidad de que los actos administrativos se emitan por medios electrónicos, con el propósito de garantizar la igualdad de acceso a la administración pública, a través de vías gratuitas, permitiendo incluso el uso alternativo de otros procedimientos. También los avances operados en los procesos judiciales en el uso de las nuevas tecnologías, y las reformas aún necesarias.

**Palabras claves:** Automatización – Gratuidad – Información

### **ABSTRACT**

The reforms introduced to the Administrative Procedures Law of the Province of Corrientes are analyzed by which the text was introduced, on the one hand, the duty to encourage the use of information and communication technologies with a view to the speed of procedures, and on the other, the possibility of administrative acts being issued by electronic means was regulated, with the purpose of guaranteeing equal access to public administration, through free

<sup>1</sup> El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano (Universidad de La Coruña), Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE). Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Profesor en diversas carreras de posgrado en diferentes universidades. Profesor en la Escuela de Abogados y Abogadas del Estado, tanto en la Especialización ABOGAR, como en la Maestría de Abogacía del Estado (ECAE-UNTREF). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura, ambos de la Provincia de Corrientes. *e-mail:* lereyvazquez@yahoo.com.ar

channels, even allowing the alternative use of other procedures . Also the advances made in judicial processes in the use of new technologies, and the reforms still necessary.

**Keywords:** Automation – Gratuity – Information

## I INTRODUCCIÓN

En el año 2013, por medio de la Ley 6.250, de la Provincia de Corrientes, se introdujeron diversas y sustanciales reformas al Código Fiscal –Ley 3.037– y, sobre el final, se introdujeron dos agregados a sendos artículos (arts. 4 inciso d y 113) de la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley 3.460)<sup>2</sup>.

Esta última produjo dos innovaciones relevantes no sólo en cuestiones procedimentales, sino también sustantivas, que por su relevancia no sólo carecieron de la previa difusión, sino que tampoco luego ha sido objeto de mayor atención, al menos, por la doctrina vernácula.

La primera modificación, dentro de los principios generales del procedimiento administrativo, y concretamente, en el de “Celeridad, Economía, Sencillez y Eficacia, expresaba ya originalmente “En sus trámites”, agregándose luego mediante Ley N.º 6.250 (art. 50)

[...] a los efectos de la aplicación práctica del principio de celeridad en los trámites administrativos, las autoridades incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a los efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

En la segunda innovación, ya reglando sobre el “acto ejecutorio”, así denominando al acto unilateral de contenido concreto, quedó el art. 113 redactado de la siguiente forma:

El acto ejecutorio se manifestará expresamente y por escrito o por medios electrónicos en los casos y con las condiciones que determine la reglamentación que se dictará al efecto por el Poder Ejecutivo.

<sup>2</sup> El hallazgo se produjo mediante la consulta a la página web del Senado Provincial, tendiente a localizar las modificaciones efectuadas a la Ley 3.460 de procedimientos administrativos, y amén de las ya conocidas, surgió la operada por Ley 6.250, que produjo las mentadas reformas a dos artículos, pero que es una ley que fundamentalmente versaba sobre reformas tributarias al Código Fiscal, pero que por su trascendencia, justificaban un tratamiento separado, o al menos dotarlas de la difusión suficiente, pues se procura por su intermedio brindar al ciudadano un mayor acceso a la información y al uso de herramientas tecnológicas para articular sus peticiones ante las autoridades administrativas.

Para garantizar la igualdad de acceso a la administración pública, la Autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de vías gratuitas a los medios electrónicos o permitir el uso alternativo de otros procedimientos.

## II ANTECEDENTES NORMATIVOS EN LA PROVINCIA DE CORRIENTES RESPECTO AL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

En virtud de la remisión que el art. 5.º de la Ley 3.460<sup>3</sup> efectúa hacia otras normas locales, entre las que se encuentra el Código Procesal Civil y Comercial, ya antes de la reforma, cuando estaba en vigencia el Código ritual aprobado por Decreto Ley 14/2000, consagraba en su Art. 126 – respecto a las audiencias, lo siguiente:

Versión taquigráfica e impresión fonográfica. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior a pedido de parte, a su costa y sin recurso alguno, podrá ordenarse que se tome versión taquigráfica de lo ocurrido o que se lo registre por cualquier otro medio técnico, siempre que se solicitare con anticipación suficiente. El juez nombrará de oficio a los taquígrafos, o adoptará las medidas necesarias para asegurar la autenticidad del registro y su documentación. Las partes podrán pedir copia del acta.

Con posterioridad, por reforma introducida mediante Ley 5.956 a la citada norma procesal, se incorporó el art. 134 bis, que rezaba lo siguiente: “Notificación por correo electrónico. La notificación por correo electrónico podrá sustituir a la notificación por cédula, siempre que sea expresamente consentido por las partes y el contenido de la misma respete lo dispuesto por el artículo 136 [...]”<sup>4</sup>, remitiendo su entrada en vigor “a partir de la fecha que disponga por Acordada el Superior Tribunal de Justicia”.

Dicha previsión legal permitió sortear las dificultades operadas con motivo de la pandemia, pues fue necesario en ese período instaurar a través de diversos Acuerdos Extraordinarios del STJ, un “Marco Regulatorio de Emergencia General (MREG)”, con base en la aplicación de herramientas tecnológicas disponibles, el uso de medios electrónicos idóneos al alcance, para las comunicaciones y otros actos que puedan ser cumplidos con eficacia, previéndose la atención al público bajo la modalidad de turnos y la presentación de escritos, promoción de

<sup>3</sup> **Art. 5.º** El orden jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho. Si no hay norma administrativa escrita que regule el caso, se aplicarán las normas administrativas no escritas y a falta de ellas regirá el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, el Código de Procedimientos en lo Penal, y las demás leyes de la Provincia, en ese orden. Si aun así no pudiese resolverse la cuestión planteada se atenderá a los principios en que se sustenta el orden jurídico local.

Sólo si el asunto sigue sin encontrar solución se recurrirá a las leyes análogas de Derecho Nacional y a los principios en que ese derecho se funda.

<sup>4</sup> Se exceptuaban las notificaciones previstas en los incisos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 11, 12 y 14 del artículo 135.

nuevas demandas y notificaciones a través del sistema FORUM desarrollado por la Dirección de Informática, habilitándose también la realización de audiencias por sistemas de videoconferencias y/o plataformas a distancia, para poder trabajar en un entorno diferente a lo que el usuario se encontraba habituado<sup>5</sup>.

Las normas apuntadas rigieron hasta la sanción y entrada en vigor del Código Procesal Civil y Comercial –Ley 6.556, de 13-5-2021–, donde como veremos se prevé ya el uso del expediente electrónico. No obstante, se erigen en un antecedente necesario que llevó a la necesidad de consagrar tales previsiones en las nuevas normas procesales.

Retomando las reformas introducidas –hace una década– a la Ley de Procedimientos Administrativos, tenemos que por un lado ponen en cabeza de las autoridades el deber de incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, haciendo gala del principio de celeridad. Y además, en punto a las formalidades del acto administrativo y el acceso a los procedimientos previos y posteriores a su dictado, enfatiza acerca de la necesidad del uso de medios electrónicos, poniendo en cabeza del Poder Ejecutivo su reglamentación (bien entendido que en su órbita de actuación, pues podrían los otros poderes hacer lo propio en su esfera). Sino que además, para garantizar la igualdad de acceso a la administración pública, impone a la Autoridad el deber de asegurar mecanismos suficientes y adecuados de vías gratuitas a los medios electrónicos o permitir el uso alternativo de otros procedimientos.

Respecto al uso de medios electrónicos, con bastante antelación a la mentada reforma, ya Revidatti expresaba en 1985, aludiendo a la forma del acto ejecutorio, además de la escrita y la verbal, que existen “[...] comunicaciones mediante sonido y signos mecánicos: el semáforo o la barrera son signos mecánicos, al igual que la sirena que utilizan ciertos vehículos afectados a servicios públicos esenciales; mientras que el sonido, emitido por un silbato por ejemplo, es una forma bastante frecuentemente utilizada [...]” (REVIDATTI, 1985, p. 223).

Ello en circunstancias “normales”, sin contar con las excepcionales ya vividas con motivo de la pandemia COVID-19 (REY VÁZQUEZ, 2023, p. 586-603), donde claramente cobraron vigor aquellas prescripciones que postulaban el uso de medios electrónicos, apareciendo destacados trabajos doctrinarios en tal sentido (por ejemplo, el excelente libro de LACAVA, 2022).

Prácticamente todos los organismos públicos cuentan con su página web, desde la cual se pueden articular numerosos trámites que no requieren la presencialidad física ni el uso del papel, aun cuando debiera expandirse su uso a toda la Administración Pública.

Pero lo importante –y que es lo que entiendo no ha sido suficientemente abordado– es que con las reformas ya en vigor, están dadas las condiciones

<sup>5</sup> Sobre el tema remito a Rey Vázquez (2021a, p. 631-653).

para avanzar hacia un expediente electrónico en la órbita administrativa, que desburocratice y otorgue celeridad, economía, sencillez y eficacia a los trámites, conforme reza el principio homónimo.

Si atendemos especialmente a la segunda innovación introducida en la Ley de Procedimientos Administrativos, cuando luego de expresar que el “acto ejecutorio se manifestará expresamente y por escrito o por medios electrónicos [...]”, puntualizó que “[...] Para garantizar la igualdad de acceso a la administración pública, la Autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de vías gratuitas a los medios electrónicos o permitir el uso alternativo de otros procedimientos”.

De allí cabría preguntarse el rol que tomarían las redes sociales institucionales, o incluso las personales de algunos altos funcionarios, para que la ciudadanía pueda interactuar con ellos.

En efecto, en Chile se ha postulado la utilización de la red social *twitter* tanto respecto de las cuentas institucionales (ROMÁN CORDERO, 2017, p. 27-43), como las personales de los funcionarios que utilizan públicamente, llegando incluso a sostenerse que no podrían bloquearse a los usuarios que a través de ellas interactúen, especialmente tratándose de cuentas institucionales (ROMÁN CORDERO, 2019, p. 203-217).

Resulta evidente que la previsión tan generosa en punto al uso alternativo de otros procedimientos, bien podrían incluir el uso de las redes sociales, siendo cada vez más frecuente la expresión o el adelanto de informaciones relevantes a través de tales canales.

Entiendo que debiera procederse a una reglamentación tendiente a prever el uso de tales medios, pero mientras ello no ocurra, y mientras no se cuente con un procedimiento administrativo electrónico con un *software* ya culminado, bien puede echarse mano de todas las herramientas al alcance del ciudadano para interactuar con la Administración.

El desarrollo de un programa que consagre el procedimiento administrativo electrónico en la provincia de Corrientes, se alinearía con el camino trazado en los últimos años, a partir de la entrada en vigor de nuevos Códigos Procesales en la provincia, todos los cuales coinciden en apostar al uso de las nuevas tecnologías para la gestión de los procesos judiciales.

En efecto, se han sancionado ya cuatro Códigos Procesales: el Penal, el Civil y Comercial, el de Familia, Niñez y Adolescencia y el Código Procesal Administrativo.

Las principales novedades de cada uno de ellos:

1. Código Procesal Penal, en vigor ya en las 5 circunscripciones judiciales, conforme a un esquema gradual de implementación, comenzando en

septiembre de 2020, y finalizando el 8 de noviembre de 2022 (en la ciudad Capital).

Dicho Código produjo un cambio de paradigma, adoptando el modelo acusatorio pleno, colocando en cabeza del Fiscal la acusación, y el juez cumpliendo funciones de garantía, respetando así el principio de imparcialidad. Incorpora asimismo medios alternativos de resolución de conflictos;

2. Código Procesal Civil y Comercial. Entre las novedades más salientes, prevé el expediente digital, el proceso por audiencias (presenciales y/o virtuales, en este último caso en soporte de videograbación); procesos con sujetos vulnerables, proceso monitorio, procesos abreviados, uso de lenguaje claro, principios procesales.

Avanzar hacia la justicia moderna y ágil que demanda el ciudadano, procurando que éste sienta que su causa se resuelve con calidad y en un tiempo breve.

Ha previsto una transición ordenada hacia el nuevo modelo de estructuras procesales y el proceso de oralidad;

3. Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia. Prevé el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad, desarrollando el estándar del Interés superior del niño.
4. Código Procesal Administrativo (en adelante CPA): en aras a la seguridad jurídica y para facilitar la tarea de los operadores jurídicos, se dispone la directa aplicación del Código Procesal Civil y Comercial con relación a instituciones comunes, como notificaciones, conflictos de competencia, recusación, recursos ordinarios y extraordinarios, entre otras y, además, se regulan aquellas en las que debe contemplarse las particularidades propias del sistema de derecho administrativo (por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial establece las notificaciones electrónicas).

Se prevé la posibilidad de usar como herramientas para la toma de decisiones judiciales, el análisis y procesamiento inteligente de datos a través de sistemas informáticos o tecnológicos, como así también la posibilidad de que, cuando se cuente con los medios técnicos, las providencias simples puedan ser dictadas en forma automática utilizando sistemas de automatización (inteligencia artificial).

Se promueve la utilización de sistemas interoperables de acceso para distintas instituciones, tanto para obtener información ofrecida como prueba en las causas, como para las comunicaciones y notificaciones.

Respecto de la puesta en marcha del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia que empezó a regir a partir del 1.º de diciembre del

año 2021, se enfatizó en las adaptaciones realizadas al sistema de gestión, las re-funcionalizaciones edilicias, compras de equipamientos de audio, video y tecnológicos necesarios, habilitación de nuevas salas de audiencia, como así también de las cámaras especializadas de entrevistas, recalándose la necesidad de seguir trabajando con los Talleres de Capacitación para seguir mejorando y unificando los criterios de gestión.

También debe destacarse la importancia que significó repensar todo el sistema de gestión de los procesos de los fueros no penales, diseñando nuevas herramientas para implementar la aplicación de las normas procesales de acuerdo a lo establecido por el legislador, en razón del verdadero cambio de paradigma y consecuente cambio cultural de la labor judicial, con base en un proceso por audiencia a través de canales digitales de acuerdo a la estructura tecnológica actualmente disponible.

En ese marco, se continuó realizando actualizaciones a las plataformas FORUM y IURIX, para lograr mayor compatibilidad en la vinculación de ambos sistemas informáticos y gestionar los expedientes judiciales bajo formato digital con tecnología disponible y a fin de sustituir progresivamente el tradicional expediente en soporte papel, aplicándose el “Régimen de Gestión Electrónica” que contiene las normas reglamentarias necesarias para el uso de las plataformas FORUM y IURIX en la tramitación de todas las causas sustanciadas o que se sustancien por ante los Tribunales: Civiles y Comerciales; Concursos, Quiebras y Sociedades; Familia, Niñez y Adolescencia; Laborales, Contenciosos Administrativos, Justicia de Paz, Centros Judiciales de Mediación y otras Áreas del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes. Todo lo cual sigue demandando mucho esfuerzo en busca de tratar de optimizar y aprovechar los recursos económicos disponibles<sup>6</sup>.

### **III INCIDENCIA DE LAS REFORMAS OPERADAS POR DECRETO N.º 894/17 A LA REGLAMENTACIÓN DE LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS**

Mediante el Decreto N.º 894/2017, del 1.º-11-2017, se aprobó el texto ordenado del Reglamento de Procedimientos Administrativos (Decreto 1.759/72 T.O. 1991), sustituyendo los artículos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 38, 41, 46, 58, 60, 90, 92, 96, 100, 101 y 105, e incorporando los artículos 107, 108, 109 y 110 al texto anterior.

<sup>6</sup> Tomado parcialmente de la Memoria Anual del año 2022 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, aprobada por Acuerdo Extraordinario N.º 2 del 23-2-2023. disponible en: <<https://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/acuerdos/pdf/2023/ace02-2023.pdf>>.

Si bien las reformas apuntan más a lo relacionado al procedimiento administrativo, y a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en provecho de aquél, y, fundamentalmente, del ciudadano<sup>7</sup>, al menos en el mediano plazo, considero que las mentadas reformas impactan en el proceso judicial, especialmente, en lo relacionado con las notificaciones electrónicas, el cómputo de los plazos, y el domicilio electrónico, aspectos que sumados a los ya existentes en el orden federal en el ámbito judicial, conducen por un lado a la simplificación de los trámites, y a otro, a lograr una mayor certeza en punto a la fecha de interposición de recursos o reclamos –con miras al agotamiento de la vía administrativa–, y al cómputo de los plazos de caducidad de la acción judicial.

Asimismo, dada la previsión del Expediente administrativo electrónico y su gradual implementación, constituye una prueba fundamental para el subsiguiente proceso judicial, razón por la que impone adaptar las normas procesales a la valoración de tales medios probatorios electrónicos.

En tal sentido, señala Luqui (2018, p. 1-6, en especial p. 3) que: “Como conceptos que se manejan en esta nueva técnica tenemos: a) el documento electrónico; b) la firma electrónica; c) la firma digital; d) el documento digital; e) el certificado digital; f) la plataforma digital; g) sitio web; y h) la página web”.

Seguidamente añade que

Hay que diferenciar el documento electrónico del documento digital, aun cuando muchas veces se emplean ambos términos como sinónimos. El primero es el contenido en un soporte magnético; y para ser visualizado, se requiere una pantalla que lo reproduzca textualmente o una pantalla gráfica o dispositivo de emisión de audio, video, etc., según sea el tipo de información que contenga. El documento digital, en cambio, es la representación en medio digital de un documento, texto, imagen, sonido o video. Un documento digital tiene codificada la información en bits; y para recuperarla, es necesario un programa que la convierta y la transmita en palabras, números, sonidos, imágenes, etc. Los datos de entrada son convertidos en dígitos inteligibles para la máquina, pero no para los sentidos humanos. El documento electrónico es conservado en el equipo y reproducido tal cual está, mientras que el documento digital es convertido en dígitos y recuperado por un programa.

Las citadas referencias imponen una gradual adaptación del lenguaje a los nuevos paradigmas, e imponen su introyección por los operadores jurídicos, en especial, por los magistrados y justiciables.

Resulta destacable la paulatina incorporación de los medios electrónicos al proceso judicial, merced en parte –al menos en el orden federal– a la modificación del Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos, y

<sup>7</sup> **Artículo 4.º** Las autoridades administrativas, actuarán de acuerdo con los principios de sencillez y eficacia, procurando la simplificación de los trámites, y facilitando el acceso de los ciudadanos a la administración a través de procedimientos directos y simples por medios electrónicos.



la verificación de tales cambios también en las órbitas provinciales, tanto del procedimiento como del proceso, lo que impone las necesarias adaptaciones normativas y tecnológicas.

#### **IV SUSPENSIÓN DE PLAZOS DURANTE EL AÑO 2020<sup>8</sup>**

A raíz de la situación de pandemia global motivada por el Covid-19, los gobiernos han adoptado una serie de medidas restrictivas de los derechos individuales, inspiradas en razones de interés público, en este caso, encarnado por la adecuada tutela de la salud pública.

En Argentina, el Poder Ejecutivo Nacional amplió la emergencia en materia sanitaria a través de un primer DNU el 260/20<sup>9</sup>, disponiendo luego mediante otro D.N.U. el 297/20 el denominado ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio)<sup>10</sup>, algo ocurrido prácticamente en todo el mundo.

Siguiendo esa línea, mediante Decreto 298/2020, del 20-3-2020, se dispuso:

1. suspender el curso de los plazos, dentro de los procedimientos administrativos regulados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 y por otros procedimientos especiales, a partir del 20 de marzo y hasta el 31 de marzo de 2020, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan;
2. exceptuar de la suspensión dispuesta a los trámites administrativos relativos a la emergencia declarada por Ley N.º 27.541 ampliada por el Decreto 260/2020 y sus normas modificatorias y complementarias;
3. facultar a las jurisdicciones, entidades y organismos contemplados en el artículo 8 de la Ley de Administración Financiera N.º 24.156 para disponer excepciones a la suspensión de plazos prevista con carácter general, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Con posterioridad, se prorrogó la suspensión del curso de los plazos<sup>11</sup>, la

<sup>8</sup> Sobre el tema me he ocupado en Rey Vázquez (2021b).

<sup>9</sup> Se amplía la emergencia que ya se había decidido por el Congreso Nacional mediante Ley 27.541 de diciembre de 2019 (B.O. 23/12/2019).

<sup>10</sup> Luego prorrogado sucesivamente por diversos DNU.

<sup>11</sup> Por Decreto 298/20 desde el 1 al 12 de abril de 2020 inclusive, mediante el Decreto 327/2020; desde el 13 al 26 de abril de 2020 inclusive, por el Decreto 372/2020; desde el 27 de abril hasta el 10 de mayo de 2020 inclusive, por el Decreto 410/2020; desde el 11 de mayo hasta el 24 de mayo de 2020 inclusive, por el Decreto 458/2020; desde el 25 de mayo hasta el 7 de junio de 2020 inclusive, mediante el Decreto 494/2020; desde el 8 de junio hasta el 28 de junio de 2020 inclusive, por el Decreto 521/2020; desde el 29 de junio hasta el 17 de julio de 2020 inclusive por el Decreto 577/2020; desde el 18 de julio hasta el 2 de agosto de 2020 inclusive, por el Decreto 604/2020; desde el 3 de agosto hasta el 16 de agosto de 2020 inclusive, por el Decreto 642/2020; desde el 17 de agosto hasta el 30 de agosto de 2020 inclusive, por el Decreto 678/2020; mediante Decreto N.º 715/2020 se prorroga la suspensión del curso de los plazos

que se mantuvo hasta fines de noviembre de 2020.

Es deseable que, en un futuro, de acaecer un fenómeno similar, se acuda como última *ratio* a la suspensión de plazos, pues con la instauración de un procedimiento administrativo electrónico no debiera tener incidencia en el curso normal de aquéllos, siendo justamente la ventaja de poder compulsar a través de una plataforma virtual los expedientes administrativos, pudiendo realizar presentaciones y practicarse notificaciones por medios electrónicos.

## **V LEY NACIONAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA N.º 27.275, DEL 29-9-2016**

Resta señalar que, a partir del dictado de dicha norma legal, en el orden federal, se ha consagrado claramente el derecho de acceso a la información pública<sup>12</sup>, la que a tenor de su artículo 1.º, tiene “por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública [...]”.

Consagra los siguientes principios:

- *presunción de publicidad*: toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por esta ley;
- *transparencia y máxima divulgación*: toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas. El acceso a la información pública sólo puede ser limitado cuando concorra alguna de las excepciones previstas en esta ley, de acuerdo con las necesidades de la sociedad democrática y republicana, proporcionales al interés que las justifican;
- *informalismo*: las reglas de procedimiento para acceder a la información deben facilitar el ejercicio del derecho y su inobservancia no podrá constituir un obstáculo para ello. Los sujetos obligados no pueden fundar el rechazo de la solicitud de información en el incumplimiento de requisitos formales o de reglas de procedimiento;

---

desde el 31 de agosto hasta el 20 de septiembre de 2020; mediante Decreto N.º 755/2020 se prorrogó desde el 21 de septiembre hasta el 11 de octubre de 2020; por Decreto N.º 794/2020 desde el 12 hasta el 25 de octubre de 2020; por Decreto N.º 815/2020 desde el 26 de octubre hasta el 8 de noviembre de 2020, y finalmente mediante Decreto N.º 876/2020 se prorroga la suspensión del curso de los plazos desde el 9 hasta el 29 de noviembre de 2020, inclusive, momento en el que fenece finalmente la suspensión.

<sup>12</sup> Expresa en su Artículo 2.º “Derecho de acceso a la información pública. El derecho de acceso a la información pública comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados enumerados en el artículo 7.º de la presente ley, con las únicas limitaciones y excepciones que establece esta norma. Se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados alcanzados por esta ley”.

- *máximo acceso*: la información debe publicarse de forma completa, con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios disponibles;
- *apertura*: la información debe ser accesible en formatos electrónicos abiertos, que faciliten su procesamiento por medios automáticos que permitan su reutilización o su redistribución por parte de terceros;
- *disociación*: en aquel caso en el que parte de la información se encuadre dentro de las excepciones taxativamente establecidas por esta ley, la información no exceptuada debe ser publicada en una versión del documento que tache, oculte o disocie aquellas partes sujetas a la excepción;
- *no discriminación*: se debe entregar información a todas las personas que lo soliciten, en condiciones de igualdad, excluyendo cualquier forma de discriminación y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud;
- *máxima premura*: la información debe ser publicada con la máxima celeridad y en tiempos compatibles con la preservación de su valor;
- *gratuidad*: el acceso a la información debe ser gratuito, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley;
- *control*: el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente. Las resoluciones que denieguen solicitudes de acceso a la información, como el silencio del sujeto obligado requerido, la ambigüedad o la inexactitud de su respuesta, podrán ser recurridas ante el órgano competente;
- *responsabilidad*: el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone originará responsabilidades y dará lugar a las sanciones que correspondan;
- *alcance limitado de las excepciones*: los límites al derecho de acceso a la información pública deben ser excepcionales, establecidos previamente conforme a lo estipulado en esta ley, y formulados en términos claros y precisos, quedando la responsabilidad de demostrar la validez de cualquier restricción al acceso a la información a cargo del sujeto al que se le requiere la información;
- *in dubio pro petitor*: la interpretación de las disposiciones de esta ley o de cualquier reglamentación del derecho de acceso a la información debe ser efectuada, en caso de duda, siempre en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información;
- *facilitación*: ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra, o no, en su poder o negar la divulgación de un documento

de conformidad con las excepciones contenidas en la presente ley, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener la información;

- *buena fe*: para garantizar el efectivo ejercicio del acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obligados actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan la cultura de transparencia y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional.

Lo importante es que, en punto a la legitimación activa, prescribe:

**Artículo 4.º** Legitimación activa. Toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado<sup>13</sup>.

Al respecto, sostiene Basterra (2017, p. 62) que

El carácter amplio de la aptitud procesal para el ejercicio de esta prerrogativa fundamental, es relevante para cumplimentar con una saludable tendencia en el derecho constitucional contemporáneo como es la de otorgar el mayor grado de participación a los ciudadanos y a las organizaciones no gubernamentales, las que tienen un lugar preponderante en el proceso de desestatización y control del Estado.

Debe señalarse que el acceso a la información debe canalizarse también por medios electrónicos.

## **VI ACERCA DEL “GOBIERNO JUDICIAL” Y LAS REFORMAS NECESARIAS**

En punto al gobierno judicial, bien han destacado Sesín y Gómez (2023) que “[...] las profundas transformaciones solo pueden conseguirse mediante la aplicación de un proceso sostenido y bajo una clara conducción, capaz de trazar metas, de liderar el cambio, con autoridad y competencia de fijar ritmos y esquemas de trabajo”. Agregan que

<sup>13</sup> Un comentario de dicha norma legal, y de su decreto reglamentario 206/17, puede verse con provecho en Basterra (2017).

[...] en los sistemas judiciales sólo parece factible a partir del rol o función de Gobierno, es decir del Gobierno Judicial que ejercen los órganos encargados de fijar la política judicial, esto es así aún en una organización como la nuestra con su propia cultura organizacional de fuertes raigambre de valores y creencias institucionalizadas y formalizadas [...] (SESÍN; GÓMEZ, 2023).

Lo expuesto no debe en modo alguno confundirse con el denominado “gobierno de los jueces” (al respecto, puede verse WALDRON, 2018; RÜTHERS, 2020), que en rigor supone una crítica a la interferencia que muchas veces, por exceso, o por invadir esferas de los poderes políticos, algunos Magistrados suelen incurrir en ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional.

Sobre este aspecto, que sirve para separar adecuadamente las aguas, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que:

[...] En primer lugar, en virtud del principio de separación de poderes que consagra nuestra organización constitucional, no es de competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica, ya que esta atribución es propia de los poderes políticos. El control judicial debe quedar ceñido, en lo sustancial, a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de la razonabilidad y no avance sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o, en su caso, en las leyes. Ello es así, en razón de que no corresponde a los Tribunales juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por dichos poderes, en el ámbito propio de sus atribuciones, para alcanzar el fin propuesto (Fallos: 317:126; 324:3345; 325:645, entre otros) [...].<sup>14</sup>

Es que, en toda organización, aún en la judicial, existe una estructura jerárquica, que se ejerce en la esfera de superintendencia cuyo gobierno lo ostentan los máximos Tribunales de cada una de las unidades políticas que componen el Estado Federal, respecto de cada una de las dependencias que componen la organización judicial, sin que ello vaya en desmedro de la independencia e imparcialidad de los jueces inferiores, la que se ejerce en el exclusivo ámbito de la función jurisdiccional<sup>15</sup>.

Respecto a las reformas necesarias, Arthur Vanderbilt (1959, p. 9)<sup>16</sup>

<sup>14</sup> CSJN, 6-6-2017, “Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino O. y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)”, Fallos 340:765, voto del juez Rosenkrantz.

<sup>15</sup> Es en ejercicio de la función jurisdiccional, que se predica de las Cortes Supremas o Superiores Tribunales la función casatoria y de unificación de jurisprudencia, a fin de marcar los senderos jurisprudenciales a los cuales los Tribunales inferiores deberán ajustarse en función del denominado *stare decisis*. Al respecto puede verse el trabajo de Taruffo (2017, p. 21-30).

<sup>16</sup> Como expresa Carlos Alberto Benítez en el prólogo de la traducción –p. VII-VIII–, “[...] Para juzgar en todo su valor las opiniones aquí vertidas, debemos tener presente que cuando Vanderbilt habla de las obligaciones de la profesión legal en relación al problema de la reforma del derecho, lo hace con la autoridad de quien fue presidente de la Asociación Norteamericana de Abogados. Cuando se refiere a los jueces y a la organización de la justicia, es el presidente de la Suprema Corte de Nueva Jersey quien lo hace. Cuando habla de las escuelas de derecho y del papel que les corresponde en la cruzada, nos obliga a recordar que fue decano de una de las primeras escuelas de derecho de su país: la de la Universidad de Nueva York [...]”.

señalaba hace más de medio siglo, en orden de importancia, las siguientes:

1) *Perfeccionamiento del personal judicial, incluyendo tanto jurados como jueces [...]* 2) *Simplificación de la organización judicial y del procedimiento, de manera que puedan evitarse los tecnicismos y chicanas, y que el procedimiento llegue a ser un medio de obtener justicia, más bien que un fin en sí mismo.* 3) *Eliminación de la lentitud judicial mediante modernos métodos de administración y una dirección eficiente.* Sin esta mejora una institución judicial, al igual que cualquiera otra empresa de ámbito estadual, no puede pretender funcionar eficazmente. Esto requiere una cabeza administrativa responsable en los Tribunales de cada jurisdicción, y una oficina de administración judicial que le preste asistencia [...].

## VII REFLEXIONES FINALES

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación se erigen como una herramienta fundamental para su aplicación a la tramitación tanto de los procedimientos administrativos, como de los procesos judiciales.

Respecto de los primeros, como una manera de aportar mayor celeridad, economía, sencillez y eficacia a los trámites, lo que requiere el desarrollo de *softwares* adecuados para tal fin.

Paralelamente, merece rescatarse la alusión, conjuntamente a la celeridad, economía, sencillez y eficacia, al principio de gratuidad, como implícito en el articulado, por cuya aplicación se ha sostenido oportunamente que resultaba inadmisibles la inclusión, en los pliegos de bases y condiciones de las denominadas “garantías de impugnación” (PTN, Dictámenes 257:151) (TAWIL, 2007, p. 446).

En el orden federal ya se encuentra previsto un sistema de gestión, y en algunas provincias se ha avanzado bastante, al menos, en su previsión normativa.

Resta llevar adelante una completa implementación de los programas adecuados, previo desarrollo.

Lo propio ha ocurrido en los procesos judiciales, los que cuentan con diferente grado de avance, con un camino que apunta al expediente electrónico o digital, con la realización de actos procesales a través de plataformas virtuales, incluyendo incluso el uso de inteligencia artificial para la realización de actividades estandarizadas.

Ha sido también crucial el estudio de otras disciplinas no jurídicas pero que aportan a la buena gestión pública, como ocurre con las neurociencias y su

estudio del funcionamiento del cerebro humano en la toma de decisiones, para el reconocimiento de patrones, acerca de cómo la información que proviene del exterior es sintetizada, recortada, extraída en nuestro cerebro, es decir, cómo procesa la inteligencia humana la información para resolver un problema.

Es que, para poder usar la inteligencia artificial, primero hay que reconocer cómo funciona la inteligencia humana. El cerebro, órgano biológico, tiene un funcionamiento complejo, y no actúa igual a cómo la máquina va a procesar la información para resolver un problema.

A través del tiempo, el ser humano fue produciendo una constelación de innovaciones técnicas que fueron desarrollándose a través del ingenio, y que en un momento coexisten, unos son más complejos, otros requieren un ecosistema más robusto para funcionar.

La memoria humana no funciona como una cámara que reproduce fielmente el entorno, sino que es una suerte de acto creativo. La máquina no tiene limitación de con qué finalidad pueden captar el dato, y pueden almacenar información casi infinita. Esta primera limitación, editamos lo que recordamos, el olvido tiene que ver con algo más sofisticado, capacidad que tenemos de transmitir información y conocimiento entre nuestra propia especie.

Aparecen los sesgos como una suerte de fenómenos que transcurren en nuestro cerebro, según los cuales no hay forma que pueda entender todo el contexto informativo mientras se está realizando una tarea (KAHNMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021).

La persona comienza a omitir considerar información relevante, producto del cansancio, y la consecuente pérdida de energía. Es importante retener esta limitación. Las máquinas van a jugar un rol importante como ayudarnos a que los sesgos no retaceen información. Habrá que compatibilizar o mejorar esas limitaciones, y al mismo tiempo, tenerlas en cuenta, buscando cómo hacer que las máquinas no reproduzcan los sesgos.

Ello requerirá considerar los denominados “nuevos principios y nuevos derechos de la actividad administrativa automatizada” (CORVALÁN, 2021a, p. 235), como ser los de Autodeterminación algorítmica, Transparencia algorítmica y trazabilidad; Derecho de acceso a la información algorítmica; Motivación algorítmica y No discriminación algorítmica (cuyo análisis excede el objeto del presente). Asimismo, debiera analizarse la posible condición de reglamentos de los algoritmos (BOIX PALOP, 2020, p. 223-270), postulado por una importante doctrina española.

Resulta fundamental poder lograr el desarrollo tecnológico, incluso el uso de la inteligencia artificial, sin desatender los aspectos éticos y el respeto de los derechos humanos (DANESI, 2022).

## BIBLIOGRAFÍA

BASTERRA, Marcela I. **Acceso a la información pública y transparencia**: Ley 27.275 y decreto reglamentario, comentados, anotados y concordados. Buenos Aires: Astrea, 2017. Prólogo de Jorge Reinaldo Vanossi.

BOIX PALOP, Alex. Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones. En: **Revista de Derecho Público: Teoría y Método**, Madrid, Ed. Marcial Pons, v. 1, p. 223-270, 2020.

CORRIENTES, Argentina. Decreto N.º 298/2020, del 20-3-2020. **Boletín Oficial de Corrientes**, Corrientes, 20-3-2020.

CORRIENTES, Argentina. Decreto N.º 894/2017, del 1.º-11-2017. **Boletín Oficial de Corrientes**, Corrientes, 2-11-2017.

CORRIENTES, Argentina. Decreto N.º 1.759/72 T.O. 1991. Reglamento de Procedimientos Administrativos.

CORRIENTES, Argentina. Ley 6.250, del 6-12-2013. **Boletín Oficial de Corrientes**, Corrientes, 16-12-2013.

CORRIENTES, Argentina. Ley 6.518, de 27-11-2019. Código Procesal Penal. **Boletín Oficial de Corrientes**, Corrientes, 27-11-2019. Y su fe de erratas del 6-12-2019.

CORRIENTES, Argentina. Ley 6.556, del 13-5-2021. Código Procesal Civil y Comercial. **Boletín Oficial de Corrientes**, Corrientes, 13-5-2021, en vigencia a partir del 1.º-12-2021.

CORRIENTES, Argentina. Ley 6.580, de 27-10-2021. Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia. **Boletín Oficial de Corrientes**, Corrientes, 27-10-2021, en vigencia a partir del 1.º-3-2022.

CORRIENTES, Argentina. Ley 6.620, de 23-11-2022. Código Procesal Administrativo **Boletín Oficial de Corrientes**, Corrientes, 23-11-2022, en Anexo, promulgado por Decreto N.º 3.420 del 22-11-2022, **Boletín Oficial de Corrientes**, Corrientes, 23-11-2022, en vigencia a los 60 días de la publicación.

CORVALÁN, Juan Gustavo (Director). **Tratado de la inteligencia artificial**. t. I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2021a.

CORVALÁN, Juan Gustavo (Director). **Tratado de la inteligencia artificial**. t. II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2021b.

CORVALÁN, Juan Gustavo (Director). **Tratado de la inteligencia artificial**. t.



III. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2021c.

DANESI, Cecilia. El imperio de los algoritmos: **IA inclusiva, ética y al servicio de la humanidad**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Galerna, 2022.

KAHNMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruido**: una falla en el juicio humano. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke. Buenos Aires: Debate, 2021.

LACAVA, Federico José. **Acto administrativo automático**. Buenos Aires: Astrea, 2022.

LUQUI, Roberto Enrique. Nuevas regulaciones del procedimiento administrativo nacional. En: **La Ley**, 2-5-2018. p. 1-6.

REVIDATTI, Gustavo A. **Derecho administrativo**. t. 2. Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, 1985.

REY VÁZQUEZ, Luis E. Algunos aspectos del proceso contencioso-administrativo: incidencia de las nuevas tecnologías. En: **Revista Institutas**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. IJ, Número 8, septiembre 2018.

REY VÁZQUEZ, Luis E. El nuevo Código Procesal Administrativo de la provincia de Corrientes. En: **El Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Ed. El Derecho, v. 12, p. 7-10, 2022.

REY VÁZQUEZ, Luis E. La función administrativa en la órbita judicial: principales manifestaciones. En: BALBÍN, Carlos Francisco (Director). **Temas de derecho administrativo**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, agosto 2021a. p. 631-653.

REY VÁZQUEZ, Luis E. La legalidad de recambio en épocas de emergencia. En: CONTE-GRAND, Julio M.; RODRÍGUEZ, Libardo Rodríguez (Directores). **Perspectivas constitucionales, administrativas y convencionales del Ministerio Público en el derecho argentino y comparado**. Buenos Aires: Ábaco, 2023. p. 586-603.

REY VÁZQUEZ, Luis E. La suspensión de los plazos en los procedimientos administrativos nacionales con motivo de la pandemia del Covid-19, el principio (derecho) al plazo razonable y el acceso a la justicia. En: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (Director). **El derecho administrativo ante el COVID-19**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: IJ, 2021b.

ROMÁN CORDERO, Cristián. Twitter: el derecho a no ser bloqueado por los órganos de la administración (Comentario sobre el Dictamen N.º 18.671-2019 de la Contraloría General de la República). En: **Revista de Derecho Administrativo Económico**, Santiago de Chile, Ed. Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE) de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, N.º 30, p. 203-217, julio-diciembre 2019.

ROMÁN CORDERO, Cristián. #Twitter y @administración. En: **Revista de Derecho Administrativo Económico**, Santiago de Chile, Ed. Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE) de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, N.º 25, p. 27-43, julio-diciembre 2017.

RÜTHERS, Bernd. **La revolución secreta: del Estado de derecho al estado judicial: un ensayo sobre Constitución y método**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons, 2020.

SESÍN, Domingo Juan; GÓMEZ, Cecilia Angélica. Gobierno judicial: estándares de medición de rendimiento y control de desempeño judicial: la experiencia Córdoba. Disponible en: <<https://cepj.justiciacordoba.gov.ar/wp-content/uploads/2019/11/Estandares-de-Medici%C3%B3n-y-Rendici%C3%B3n-y-Control-del-desempe%C3%B1o-judicial.pdf>>. Consultado el 14-5-2023.

TARUFFO, Michelle. Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia. En: **Revista de Derecho YACHAQ**, Cusco (Perú), Centro de Investigación de los Estudiantes de Derecho (CIED) Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, N.º 8, p. 21-30, diciembre del 2017.

TAWIL, Guido Santiago. ¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria? En: **El Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Ed. El Derecho, p. 446-466, 2007.

VANDERBILT, Arthur T. **La justicia emplazada a reformarse**. Traducción por Carlos Alberto Benites y Javier Clavell Borrás. Buenos Aires: Depalma, 1959.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los Tribunales**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018.

Submissão em: 6 de novembro de 2023

Último Parecer favorável em: 18 de fevereiro de 2024

### Como citar este artigo científico

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. El procedimiento administrativo electrónico: los procesos judiciales y las reformas necesarias. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 1, p. 136-153, jan.-abr. 2024.

## RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA<sup>1</sup>

### STATE RESPONSIBILITY IN THE ARGENTINE REPUBLIC

MAURICIO GOLDFARB<sup>2</sup>

#### RESUMEN

La responsabilidad del Estado se vincula con los fundamentos mismos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Su regulación en la República Argentina es compleja, entre otros factores por su carácter de estado federal, y ha sufrido importantes cambios en la última década, pasando de un sistema basado en la elaboración jurisprudencial y con remisión a las normas civiles de responsabilidad a un esquema de corte legal y de naturaleza claramente de derecho público. En este artículo se analizan los antecedentes en la materia, las normas constitucionales y legales aplicables, la evolución jurisprudencial y se plantea las soluciones posibles para los casos de Estados Provinciales que aún no cuentan con una ley propia de responsabilidad del Estado.

**Palabras clave:** derecho administrativo; reparación plena; funcionarios públicos; federalismo; derechos humanos

#### ABSTRACT

The responsibility of the State is linked to the very foundations of the Constitutional and Democratic State of Law. Its regulation in Argentina Republic is complex and has undergone important changes in the last decade, from a system based on the elaboration of jurisprudence and with reference to the

<sup>1</sup> La Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica agradece al Revista Opinión Jurídica (Volumen 22, Número 48, julio-diciembre de 2023) por permitir la publicación de este estudio.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho. Docente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste de la República Argentina (Corrientes, Argentina). Abogado, Especialista en Derecho Administrativo. Orcid.org/0000-0002-9152-7638. e-mail: estudiogoldfarb@hotmail.com

civil rules of responsibility to a scheme of legal court and clearly of a public law nature. This paper analyzes the precedents, the constitutional and legal norms, the jurisprudential evolution and the proposed solution for the cases of Provincial States that still do not have their own law of State responsibility.

**Keywords:** administrative law; full repair; public workers; federalism; human rights.

## 1 INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado ha sido siempre un asunto de gran relevancia por su vinculación directa con los fundamentos mismos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho (MARIENHOFF, 1997; COMADIRA, 2003). Un orden jurídico que no repare los daños que causa la actividad o inactividad estatal no puede ser admitido a esta altura del desarrollo de la ciencia jurídica. Con acierto se ha señalado que la responsabilidad por los actos estatales funciona como garantía de las garantías ya que sin el que sin el reconocimiento de la responsabilidad del Estado carecían de sentido las demás garantías que reconoce el orden constitucional (CASSAGNE, 2014).

Sin embargo, durante mucho tiempo las conductas de los funcionarios estatales estuvieron exentas de reproches y de consecuencias disvaliosas, tanto para ellos a título personal como para el propio Estado. Recién después de la consagración de los estados constitucionales y el imperio de la ley como principio, se consolidó la idea de que los derechos de los particulares no pueden ser negados o afectados, sin que se genere una correlativa obligación de reparar. Con la posterior consolidación del Sistema Internacional de Derechos Humanos, esta idea no solo se consolidó, sino que avanzó hacia el paradigma de la prevención de los daños y su inmediata restitución al estado anterior a la violación.

Para una mejor comprensión de este trabajo, es importante recordar que la República Argentina posee un sistema federal de Estado, diseñado en la Constitución Nacional desde 1853. Este sistema determina una distribución de competencias entre los estados locales, que transfieren al estado nacional parte de sus competencias originarias, pero que conservan todo el poder no delegado en el estado federal<sup>3</sup>. Entre las materias no delegadas se encuentran las normas de Derecho Administrativo cuya regulación, a diferencia de las normas civiles, laborales o penales, no corresponden al Congreso de la Nación sino a cada una de las legislaturas provinciales. Toda vez que la regulación de la cuestión de la

<sup>3</sup> Artículo 121 de la Constitución Nacional: Las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

responsabilidad estatal está incluida dentro de la materia administrativa, cada jurisdicción conservaría la potestad legislativa al respecto.

Empero, como el estado federal también realiza función administrativa, es necesario regular también la cuestión de la responsabilidad respecto de la actuación de sus órganos. El objeto de este trabajo –de carácter descriptivo y cualitativo, con base en el relevamiento normativo y jurisprudencial– es definir el marco normativo aplicable a los casos de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Para ello, trazaremos un panorama de la evolución y de la regulación actual de la responsabilidad del Estado en la Argentina, considerando especialmente el impacto de la sanción de la ley de responsabilidad del Estado 26944 y del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Como veremos en los capítulos siguientes, el principal inconveniente se presenta en el caso de los Estados Provinciales que no tengan una ley propia que fije los límites y condiciones en las que el estado responde por los daños causados a particulares. Con el objetivo de buscar respuestas a ese problema, pasaremos revista a los antecedentes de la cuestión en nuestro país y las reglas vigentes tanto en el orden federal como en el orden provincial para, finalmente, exponer algunas reflexiones a modo de conclusión.

## **2 ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**

Como no existían normas específicas de Derecho Público que regularan la materia, en una primera etapa, los jueces recurrieron a la aplicación directa o analógica del Código Civil vigente desde 1871 y de las reglas generales de la reparación de daños. En virtud de esta aplicación, la primera respuesta a los reclamos de los particulares fue negativa, no solo para el caso del Estado, sino en general respecto de cualquier persona no física. Y es que el artículo 43 del Código Civil prohibía ejercer contra las personas jurídicas “acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”.

En el caso del Estado Nacional, y a pesar de que no existía norma constitucional o legal que prohibiera las demandas la Corte Suprema de Justicia sostuvo la necesidad de una ley dictada por el Congreso –como órgano competente para el arreglo de las deudas de la Nación– que, en cada caso, autorizara al particular a promover la demanda contra el Estado Nacional. En la causa *Vicente Sente y Antonio Seguich c/ Estado Nacional* (1864) la Corte Federal sostuvo por primera vez la imposibilidad de demandar al Estado Nacional, con fundamento en la división de poderes establecida en la Constitución Nacional.

De este modo, se descartó la posibilidad de que el Poder Judicial juzgue al Estado como demandado, interpretando que cuando el artículo 116 de la Constitución Nacional otorga competencia a la Corte Suprema y los Tribunales inferiores en todas las causas en que la Nación sea parte, se limita a aquellas en que sea parte actora.

Al año siguiente en la causa *Gómez, José Cándido c/ Estado Nacional* el máximo Tribunal, volvió a reafirmar la no demandabilidad del Estado, pero aclarando –*obiter dictum*– que tal principio no es aplicable a las Provincias, quienes si podían ser ejecutadas. En cuanto a la vía para canalizar el reclamo, la Corte Federal sostuvo que el rechazo de la demanda no significaba que

los acreedores de la Nación carezcan de los medios de hacer valer sus derechos, pudiendo ocurrir al Congreso, que por el inciso sexto del artículo 67, está facultado para arreglar el pago de la deuda pública, y en cuya imparcialidad, ilustración y justicia hallaran sus legítimos intereses la misma protección y garantías que en los Tribunales de la Nación.

De acuerdo a esta jurisprudencia de la Corte, el Estado era entonces eventualmente demandable (y solo en relación a cuestiones de derecho común, no como poder público) pero con su propio consentimiento expresado en una ley formal. Siguiendo esta doctrina, la ley 675 dictada por el Congreso de la Nación autorizó a *Aguirre, Carranza y Cía.* para presentar ante los Tribunales la reclamación por suministros provistos y no abonados al gobierno de la Confederación.

En el mismo sentido, la Ley nacional 3.952, de 1900, exigía una autorización previa para demandar al Estado Nacional. Esta exigencia que fue eliminada por la Ley 11.634, de 1932, que permitía demandar al fisco, tanto en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero previo reclamo administrativo.

Sin embargo, los reclamos indemnizatorios no tuvieron acogida favorable hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el *leading case Devoto* de 1933. En su sentencia, el máximo Tribunal condenó al Estado Nacional como responsable de los daños causados por un incendio causado por la imprudencia de un grupo de empleados del telégrafo aplicando las reglas de la responsabilidad por los hechos de los dependientes (artículo 1.113 del Código Civil). Esta jurisprudencia fue ratificada de manera constante en los autos *Ferrocarril Oeste* de 1937, donde ya se hizo referencia al deber de los funcionarios de actuar regularmente (artículo 1.112 del Código Civil) y en las causas posteriores llegadas a consideración de la Corte Suprema.

En 1984, la Corte dictó un fallo muy importante sobre la materia en causa *Vadell*. La Sentencia, referida a los daños causados a un particular

por la deficiente actuación del Registro de la Propiedad Inmueble, declaró la responsabilidad del Estado con base en la existencia de una “falta de servicio”, responsabilizando al Estado por no cumplir sino de un modo irregular las funciones a su cargo (artículo 1.112 del Código). Además, se aclaró expresamente que la responsabilidad estatal era directa y sin necesidad de demostrar culpa o dolo del funcionario.

Esta aplicación de las normas y principios del Código Civil, admitida por los civilistas por considerar que se trataba de un capítulo del derecho de daños era, sin embargo, resistida por los administrativistas que insistían en el carácter público de la responsabilidad estatal y su consiguiente pertenencia al subsistema de Derecho Administrativo (CASSAGNE, 2000).

Lo cierto es que, siguiendo a la Corte Suprema, todos los Tribunales del país –federales y locales– recurrieron a las normas constitucionales y civiles para ordenar la reparación de los daños y perjuicios causados tanto por la actividad ilegítima como legítima del estado y sus funcionarios, desarrollando una jurisprudencia muy rica y detallada. En una continuidad de esta línea jurisprudencial, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial incluía la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios en los artículos 1.764 al 1.766 como un supuesto especial de responsabilidad, acogiendo la tesis de que se trataba de una materia de fondo común a todo el país y propia del derecho de daños.

Sin embargo, en el proyecto definitivo enviado por el Poder Ejecutivo, se modificaron estos 3 artículos y se estableció que las normas generales de responsabilidad civil no son aplicables al Estado ni a sus funcionarios, ni de manera directa ni subsidiaria. Así lo dispone el texto finalmente aprobado:

- artículo 1.764. Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria;
- artículo 1.765. Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del Derecho Administrativo nacional o local según corresponda;
- artículo 1.766. Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del Derecho Administrativo nacional o local, según corresponda.

De este modo, prevaleció la postura de la doctrina administrativista que reclamaba como propia del derecho público la regulación de esta materia y no como

un tema perteneciente al campo de la responsabilidad civil (CASSAGNE, 2000; CÍCERO, 2013; ROSATTI, 2014). Esta posición había sido también sostenida –*obiter dictum*– por la Corte Suprema en el precedente *Barreto*<sup>4</sup> de 2006 y sus fallos posteriores, en los que resaltó que la cuestión de la responsabilidad de los Estados Provinciales era una materia cuya regulación correspondía al derecho público y, por ende, competencia de los gobiernos locales de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional<sup>5</sup>. Como era de esperar, el cambio de sistema mereció la fuerte crítica de la doctrina civilista, que sostuvo que la exclusión del Estado de las normas generales de la responsabilidad civil quitaba el papel central de la víctima o damnificado, violando así el principio de igualdad ante la ley (BUERES, 2015, p. 191).

### 3 LAS NORMAS CONSTITUCIONALES NACIONALES Y SUPRANACIONALES

Incluso antes de la aplicación directa de los principios de derecho público, ya la doctrina nacional había destacado el fundamento constitucional del deber de reparación de los daños, especialmente en cuanto a su extensión. Balbín destaca que la responsabilidad estatal tiene fundamento en los artículos 17 (inviolabilidad de la propiedad) para el caso de responsabilidad por actividad ilegítima y 16 (igualdad de las cargas públicas) para los supuestos de actividad legítima (BALBÍN, 2013, p. 219).

Entre estas pautas principales, se destacan las pautas fijadas por la Corte Suprema en relación al principio de reparación integral, en especial en los fallos *Santa Coloma* y *Gunther* ambos de 1986, luego ratificados en *Rodríguez Pereyra* (2012), todos casos de daños causados por el Estado.<sup>6</sup>

En el considerando 14 de *Gunther* la Corte señaló que

en todo caso, la responsabilidad [...] consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

<sup>4</sup> CSJN, *Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*, sentencia del 21/03/06.

<sup>5</sup> *Barreto*, Considerando 10 y siguientes.

<sup>6</sup> El principio de reparación integral, ha sido también reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baena, Ricardo y otros [270 trabajadores] vs. Panamá*, del 2 de febrero de 2001.



Por eso, para definir el sistema de responsabilidad del Estado en la República Argentina, y sin perjuicio del sistema federal ya referido, resulta necesario partir de las normas de la Constitución Nacional que garantizan el deber de responder del Estado (sea este nacional o provincial). Estas son los artículos 16 (principio de igualdad), 17 (principio de inviolabilidad de la propiedad), 19 (*alterum non laedere*) y 33 (derechos y garantías implícitos) de la Constitución Nacional. Con ellos, cualquier operador jurídico tendría las reglas básicas para resolver cualquier caso concreto que se le plantee.

El bloque normativo superior se completa con los tratados que poseen jerarquía constitucional del artículo 75 inciso 22, que examinaremos a continuación.

a) *La Convención Americana de los Derechos del Hombre*

- artículo 1.2. Establece que ningún ciudadano tiene la obligación de soportar, sea de fuente ilegítima o legítima, daños a sus derechos y obliga al íntegro restablecimiento de la dignidad lesionada, lo cual comprende la restitución plena, en especie y/o en su equivalente de la integridad (física, psíquica y moral) de la persona;
- artículo 10. Contempla un supuesto especial de responsabilidad: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”;
- artículo 21. Reconoce que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes y que, si bien la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social, ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley;
- artículo 63.1. Prescribe que, cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, la CIDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Y agrega: “Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”;

b) *el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

- artículo 14, inc. 6. Impone el deber de reparar: “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser

indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”;

c) *La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*

- artículo 14. Establece que “Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización”.

#### **4 LA LEY 26.944 DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (2014)**

Las normas del Código Civil y, especialmente, las pautas elaboradas por la jurisprudencia de la Corte Suprema se aplicaban –hasta 2014– tanto al Estado Nacional, como a las Provincias y los Municipios. La ausencia de una legislación específica sobre la cuestión se modificó cuando el 2 de julio de 2014 el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.944, denominada de Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos y, poco tiempo después, entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Como hemos visto, las normas del Código establecieron de modo expreso su inaplicabilidad a los supuestos de responsabilidad del Estado, los que quedaron sometidos a las reglas del derecho público (nacional o provincial, según el caso que se trate). Por su parte, la Ley de Responsabilidad fue producto de una negociación política, ya que la eliminación de la responsabilidad estatal y de los funcionarios fue planteada por algunos sectores políticos como un intento de garantizar la irresponsabilidad de los funcionarios del momento.

La Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado es una Ley que rige la responsabilidad del Estado Nacional por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas (artículo 1). El mismo artículo define a la responsabilidad del Estado como objetiva y directa. Además, en coincidencia con los ya mencionados artículos 1.764/66 del Código Civil y Comercial, establece que las normas civiles no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Toda la Ley fue presentada como una sistematización de los criterios jurisprudenciales elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y fue saludada como un avance legislativo (USLENGHI, 2014) pero también fue objeto de fundadas críticas por un sector de la doctrina nacional (ABERASTURY, 2014; GELLI, 2014; GORDILLO, 2014; PERRINO, 2014) que llegó incluso a sostener que la ley incluía una serie de

trabas para hacer efectiva la responsabilidad del estatal, protegiendo al fisco antes que a los derechos de los ciudadanos (BIANCHI, 2014).

El esquema de la Ley se basa en distinguir la responsabilidad extracontractual en aquellos supuestos en que resulta de la actividad o inactividad ilegítima (con muchas notas comunes con el derecho privado) de los casos de responsabilidad por actividad legítima (típica y exclusiva del derecho público). Así, en su artículo 3 exige para el primer caso:

- a) daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;
- c) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;
- d) falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado. La ley aclara que, en el caso de la omisión, esta sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

En cambio, en el caso de actividad legítima –que la ley califica de “excepcional”– además de los requisitos a y b (daño e imputabilidad), para que surja responsabilidad del estado se exige:

- a) relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;
- b) ausencia de deber jurídico de soportar el daño;
- c) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, por la afectación de un derecho adquirido.

Pero no solo los requisitos son diferentes para que se admita la responsabilidad por actividad o inactividad lícita. También difiere el alcance de la reparación, ya que, en este último caso, cuyo reconocimiento es además excepcional, no procede la reparación del lucro cesante y solo comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad de la autoridad pública, en una interpretación extensiva de la restricción que corresponde en el caso de expropiación por causa de utilidad pública. La Ley 26.944 precisa también la relación entre la responsabilidad del Estado y los concesionarios o contratistas de los servicios públicos por cuya actividad no responde, ni aun en forma subsidiaria (artículo 6).

Además, la ley incluye normas de claro corte procesal. Así se establece el plazo de prescripción para demandar tanto a los funcionarios como al Estado, como la acción de repetición del Estado contra sus empleados declarados responsables, plazo que se fija en todos los casos en 3 años, computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción quedó expedita (artículos 7 y 9). La acción indemnizatoria puede iniciarse conjuntamente con la de nulidad o inconstitucionalidad de los actos o después de finalizado este primer proceso (artículo 8).

Finalmente, y en lo que respecta a la responsabilidad por daños causados en el marco de los contratos administrativos, se aplican las normas específicas de cada tipo de contrato (p.e. Ley de Obras Públicas, 13.064), sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley 26.944.

## 5 LAS NORMAS CONSTITUCIONALES PROVINCIALES

Más allá de que la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los Tribunales inferiores –tanto federales como provinciales– aplicó de modo directo y principal las reglas de responsabilidad civil, lo cierto es que prácticamente todas las Constituciones provinciales contenían ya normas expresas referidas a la responsabilidad del Estado Provincial o de sus funcionarios.

Algunas de estas constituciones consagran de modo expreso el principio de la responsabilidad estatal, mientras que, en otras el reconocimiento es más implícito o referido a los funcionarios. Estas normas son de aplicación ineludible en los casos en los que se discuta acerca de la responsabilidad del Estado, por hechos imputables a sus órganos en cada una de esas jurisdicciones, exista o no una ley específica sobre la materia. Ya que estas normas constitucionales provinciales tienen una jerarquía superior a las Leyes de cada Estado local, pasaremos revista a las principales disposiciones constitucionales provinciales:

- *Constitución de Catamarca*. Artículo 48: No obstante la responsabilidad personal del agente, la Provincia responde subsidiariamente por el daño civil ocasionado por sus empleados y funcionarios en el desempeño de sus cargos, por razón de la función o del servicio prestado;
- *Constitución de Corrientes*. Artículo 16: Todos los funcionarios y empleados públicos son responsables en los casos y forma establecidos en esta Constitución y las leyes;
- *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA)*. Artículo 56: Los funcionarios de la administración pública de la Ciudad, de sus entes autárquicos y descentralizados, son responsables por los daños que

ocasionan y por los actos u omisiones en que incurrieran excediéndose en sus facultades legales. Deben presentar una declaración jurada de bienes al momento de asumir el cargo y al tiempo de cesar;

- *Constitución de Córdoba.* Artículo 14: Todos los funcionarios públicos, aún el Interventor Federal, prestan juramento de cumplir esta Constitución y son responsables civil, penal, administrativa y políticamente. Al asumir y cesar en sus cargos deben efectuar declaración patrimonial, conforme a la ley. El Estado es responsable por los daños que causan los hechos y actos producidos por todos sus funcionarios y agentes;
- *Constitución de Chubut.* Artículo 69: Todos los funcionarios públicos, electivos o no, y aun el Interventor Federal, en su caso, son solidariamente responsables con el Estado por los daños y perjuicios a que dé lugar el mal desempeño de sus funciones. En tales supuestos debe accionarse contra el responsable para que indemnice al Estado los daños que con su actuación le haya irrogado. El Estado y los Municipios están obligados a hacer citar al juicio en que son demandados a los funcionarios o ex funcionarios que se encuentren en las condiciones precedentes y a ejercitar la pertinente acción de repetición;
- *Constitución del Chaco.* Artículo 76: La Provincia y sus agentes son responsables del daño que éstos causaren a terceros por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, a menos que los actos que lo motiven hubieren sido ejecutados fuera de sus atribuciones, en cuyo caso, la responsabilidad será exclusiva del o los agentes que hubieren originado el daño [...]. El Estado Provincial, demandado por hechos de sus agentes, deberá recabar la citación a juicio de éstos para integrar la relación procesal, a efectos de determinar las responsabilidades que les competan. El funcionario o representante que omitiere tal citación responderá personalmente por los perjuicios causados, sin menoscabo de las sanciones que les pudieren corresponder;
- *Constitución de Entre Ríos.* Artículo 44: Las atribuciones de los funcionarios y empleados de la Provincia, municipalidades y comunas están limitadas por la Ley Suprema de la Nación, por esta Constitución y por las leyes que en su virtud dicte la Legislatura. Los funcionarios y empleados son individualmente responsables de los daños causados a terceros o al Estado por extralimitación o cumplimiento irregular de sus funciones. La Provincia no es responsable de los actos que los funcionarios y empleados practiquen fuera de sus atribuciones, salvo los casos que la ley determine;
- *Constitución de Jujuy.* Artículo 10: Responsabilidad del Estado y de sus agentes 1. Toda persona que ejerce cargo público es responsable de sus actos conforme a las disposiciones de esta Constitución y la ley. 2. El Estado responde por el daño civil ocasionado por sus funcionarios y empleados en

el desempeño de sus cargos, por razón de la función o del servicio prestado, sin perjuicio de la obligación de reintegro por parte del causante;

- *Constitución de La Rioja*. Artículo 49: Responsabilidad. La Provincia es solidariamente responsable con sus agentes cuando éstos causaren daños a terceros por mal desempeño de sus funciones, a menos que los actos que los motiven hubieren sido ejecutados fuera de sus atribuciones;
- *Constitución de Misiones*. Artículo 80: La Provincia y sus agentes son responsables del daño que éstos causaren a terceros por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones;
- *Constitución de Rio Negro*. Artículo 55: La Provincia y los Municipios son responsables por sí y por los actos de sus agentes realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones. Son demandados sin necesidad de autorización previa [...];
- *Constitución de Santa Fe*. Artículo 18: En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos. Tal responsabilidad se rige por las normas del Derecho común, en cuanto fueren aplicables;
- *Constitución de Santa Cruz*. Artículo 17: Toda ley, decreto u orden contrarios a los principios, derechos o garantías que esta Constitución consagra, no podrán ser aplicados por los Jueces. Todo individuo que por tales leyes, decretos u órdenes sea lesionado en sus derechos, tiene acción civil para pedir indemnización por los perjuicios que se le hayan causado, contra el empleado, funcionario o mandatario que los hubiera dictado, autorizado o ejecutado;
- *Constitución de Santiago del Estero*. Artículo 11: Responsabilidad del Estado. La Provincia y los Municipios como personas de derecho carecen de todo privilegio especial. Pueden ser demandados ante los Tribunales ordinarios y, al efecto, será suficiente que los interesados acrediten haber agotado la vía administrativa, siéndole desconocido o negado el derecho invocado, o que, transcurridos tres meses después de la iniciación de dicha vía, no se hubiere dictado resolución. Cumplidos estos requisitos, quedará expedita la vía judicial sin que sea menester autorización alguna ni otra formalidad previa [...];
- *Constitución de Salta*. Artículo 5: Responsabilidad del Estado. El Estado y, en su caso, sus funcionarios y empleados son responsables por los daños que ocasionen. Esta responsabilidad se extiende a los errores judiciales. El Estado Provincial es plenamente justiciable sin necesidad de autorización previa, en los términos de las leyes pertinentes [...];

- *Constitución de San Juan*. Responsabilidad del Estado. Artículo 8: La Provincia como persona jurídica de carácter público estatal, puede ser demandada ante la justicia ordinaria, sin necesidad de autorización previa y sin privilegio alguno [...];
- *Constitución de San Luis*. Responsabilidad del Estado. Artículo 12. La Provincia puede ser demandada sin requisitos previos. Si fuese condenada a pagar suma de dinero, sus rentas pueden ser embargadas cuando la Legislatura no haya arbitrado el medio para efectivizar el pago dentro de los seis meses de la fecha en que la sentencia condenatoria quede firme. En ningún caso los bienes afectados a servicios públicos, pueden ser embargados;
- *Constitución de Tierra del Fuego*. Responsabilidad. Artículo 188: Los funcionarios de los tres poderes del Estado Provincial, aun el Interventor Federal, de los entes autárquicos y descentralizados y de las municipalidades y comunas, son personalmente responsables por los daños que resulten de las violaciones a sus deberes y a los derechos que se enuncian en la Constitución Nacional, en la presente y en las leyes y demás normas jurídicas que en su consecuencia se dicten. El Estado Provincial será responsable por los actos de sus agentes realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones y estará obligado a promover acción de repetición contra los que resultaren responsables.

Sin perjuicio de estas normas Constitucionales provinciales y del resto del ordenamiento federal superior aplicable, algunas Provincias, como correlato reacción a la Ley 26.944 dictaron también sus leyes de responsabilidad, como lo veremos en el capítulo siguiente.

## **6 LAS LEYES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DICTADAS POR LOS ESTADOS PROVINCIALES**

Siguiendo la invitación incluida en el artículo 11 de la Ley 26.944, varias Provincias dictaron Leyes adhiriendo total o parcialmente a las disposiciones de la Ley nacional. Las jurisdicciones provinciales que adhirieron sin modificaciones a la Ley nacional fueron Catamarca (Ley N.º 5.536), La Rioja (Ley 10.004), Santiago del Estero (Ley N.º 7.179) y Santa Cruz (Ley N.º 3.396). La Provincia de Chubut dictó la Ley I N.º 560 que reproduce los términos de la Ley nacional de los artículos 1 a 8, pero incluye disposiciones procesales específicas respecto de la competencia y otras disposiciones locales en sus artículos 9 a 15.

En cambio, 4 jurisdicciones locales (3 Provincias y la CABA) dictaron Leyes con una mayor o menor diferenciación de la Ley nacional (CÍCERO, 2017), como veremos a continuación.

En el caso de Mendoza (Ley 8.898) la norma contiene algunas diferencias significativas con la Ley nacional. Sin perjuicio de que su artículo 2 enumera las fuentes (Constituciones nacional y provincial, Tratados de Derechos Humanos y Leyes locales) y establece que las soluciones análogas deben buscarse en el ámbito del Derecho Público y Administrativo, se prevén remisiones al sistema general de responsabilidad. Así, por ejemplo, en su artículo 4 (referente a la prescripción) y en su artículo 14 (responsabilidad de los establecimientos educativos) la Ley remite expresamente a las normas del Código Civil y Comercial.

También se regula de modo diferente el alcance de la reparación: se establece que la reparación del daño debe ser plena (de conformidad a lo previsto por el artículo 1.740 del Código Civil y Comercial, salvo las limitaciones que establece la propia ley, o resulten razonables de conformidad a los principios de atenuación de la responsabilidad previstos por el artículo 1.742 del Código Civil y Comercial).

La Ley también contempla la reparación de los daños derivados de la interrupción de una actividad, incluyendo la reparación de las inversiones ya realizadas y que sean razonables, siguiendo el texto del anteproyecto de Código Civil y Comercial (art. 10), así como la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas de propiedad estatal (art. 12), un supuesto no previsto en la Ley nacional.

Por último, se incluyen 3 disposiciones que hacen a la ejecución de la Sentencia contra el Estado: que cuando se cancela la deuda se deberá efectuar las provisiones necesarias a fin de incluir los intereses que pudieran corresponder hasta el momento de su efectivo pago; que el orden cronológico de cancelación puede ser alterado atendiendo a la especial vulnerabilidad de los acreedores (p.e. mayores de 70 años) o realizar el pago en cuotas cuando se trate de montos de una gran magnitud (art. 18).

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) (Ley 6.325) también tiene un régimen similar al nacional, pero con algunas diferencias significativas: en su artículo 1 *in fine* se aclara expresamente que pueden imponerse sanciones conminatorias<sup>7</sup>; en el artículo 2 se consagra el principio de la reparación integral y plena en los casos de actividad ilegítima y de la posible ampliación de la reparación –más allá del límite del daño emergente– en los casos de actividad legítima, pero que afecten a la vida o la salud (artículo 5); se prevé expresamente la posibilidad de culpa concurrente con la víctima y se admite la posible responsabilidad del estado en caso de un deficiente control a los concesionarios (artículo 6).

---

<sup>7</sup> Cuestión que había suscitado discusiones en el caso de la ley 26944. La Corte Suprema de Justicia se inclinó por la procedencia de las *astreintes* a la administración y a los funcionarios en la causa “*Bernardes, Jorge Alberto c/ ENA - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración*”, fallada el 3/03/2020.



En el caso de la Provincia de Entre Ríos, la Ley 10.636 posee una diferencia significativa con el régimen nacional: en su artículo 1 establece de modo expreso la aplicación supletoria del Código Civil y Comercial. Esta remisión podría entenderse *prima facie* incompatible con la prohibición del artículo 1.764. Sin embargo, no caben dudas que en el marco de las potestades regulatorias de las provinciales estas pueden elegir su propio marco regulatorio, incluso el del Código Civil y Comercial (PÉREZ HUALDE, 2015).

La Ley entrerriana también contempla la reparación de las inversiones ya realizadas – no amortizadas y razonables para el giro– en el caso de cese de actividades por actividad legítima del Estado (artículo 5), como ya vimos que los prevé la ley mendocina. En otra norma procesal realmente novedosa se establece la suspensión de plazo de prescripción por el inicio de las actuaciones administrativas (artículo 7) así como la obligatoriedad de la mediación prejudicial (artículo 15). También se establece la exigencia de determinar la existencia o no culpa del funcionario cuando ella fue alegada, a los efectos de la eventual repetición (artículo 8). Por último, en una decisión de política legislativa novedosa en la materia, se establece que los casos en que la víctima de un delito o sus herederos iniciaran acción civil por responsabilidad del Estado por ante la justicia penal, la causa se sustanciará por ante ese fuero.

La Ley 5.339 de responsabilidad del Estado de Río Negro también sigue las líneas principales de la Ley nacional. Sin embargo, se aclara que cuando la actividad dañosa no guarda relación directa con el servicio del funcionario, el Estado no responde, ni tampoco cuando la cosa de propiedad estatal sea usada contra su finalidad (artículo 5). Al igual que las Leyes de Mendoza y Entre Ríos, también se establece la aplicación supletoria del Código Civil y Comercial (artículo 6) y como la Ley entrerriana, el plazo de prescripción se suspende por un año en el caso de reclamo por vía administrativa. También en materia de prescripción se incluye una variante interesante: además de la prescripción trienal para el caso de hechos, se fija un plazo de 1 año para el caso de actos administrativos declarados nulos, contados desde la sentencia de anulación (artículo 16).

## 7 REFLEXIONES FINALES

En los capítulos anteriores hemos descripto sumariamente el sistema que rige la responsabilidad por acciones y omisiones estatales en la República Argentina. Una primera nota característica es la complejidad del sistema, que, a partir de la reforma de la legislación civil en 2014, excluyó de modo expreso la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios del sistema general de responsabilidad de derecho privado. Así, se concretó un verdadero cambio de paradigma: de una teoría unificada de la responsabilidad estatal aplicable a

cualquier órgano estatal sin importar su naturaleza nacional o local, de origen y elaboración pretoriana y con base en la legislación civil; a un sistema de corte legal y potencialmente diferente en cada jurisdicción.

Como ya vimos, la Ley nacional 26.944 solo regula los casos de responsabilidad patrimonial generados por los entes federales y sus funcionarios. De este modo quedan excluidos de la regulación las Provincias y Municipios. Incluso la propia Ley nacional ratifica esta condición al invitar en su artículo 11 a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adherirse. Así, cada Estado Provincial se encontraba habilitado para sancionar su propio régimen en la materia. Pero lo cierto es que, a la fecha de este trabajo, menos de la mitad de las 23 Provincias han adherido a la Ley nacional o dictado sus propias leyes de responsabilidad, y la mayoría de ellas sigue sin dictar una norma legal sobre la materia.

¿Qué ocurre en el caso de las Provincias que no dictaron sus propias leyes de responsabilidad del Estado? Entendemos que, aun en los casos de Estados locales sin leyes de responsabilidad, el operador jurídico cuenta con los elementos necesarios para resolver los conflictos que se presenten por la actividad o inactividad dañosa para los derechos de los particulares.

Entendemos que en estos casos –que abarcan a la mayoría de las Provincias del país– el esquema de fuentes normativas debería ser el que hemos expuesto en los capítulos anteriores. En primer lugar, por orden de jerarquía normativa, la Constitución Nacional (artículos 16, 17, 19 y 28) y los Tratados de Derechos Humanos. Luego las disposiciones de la Constitución provincial (para el caso de que se prevea algún aspecto de la responsabilidad estatal) y, finalmente, una interpretación integrativa de las normas que rigen la responsabilidad en general, incluidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, pero interpretadas siempre a la luz de las normas y principios del Derecho Público.

Ya indicamos que el artículo 1.764 del Código Civil y Comercial establece de modo terminante que las normas de la responsabilidad civil –de las que tanto se valiera la jurisprudencia para fijar los límites de la responsabilidad– no son aplicables ni de manera directa, ni de manera subsidiaria a la cuestión de la responsabilidad del Estado, por ser esta última una materia propia del Derecho Administrativo local. Sin embargo, con todo acierto, la doctrina nacional ha señalado que de ningún modo esta está vedada la interpretación analógica (PERRINO, 2015; CASSAGNE, 2012; BUSTELO, 2014). Por ello, el operador jurídico local puede recurrir a las normas del Código Civil y Comercial en función analógica e incluso complementaria. Además, en muchos casos, no cabrá otra solución que recurrir al sistema civil: solo a modo de ejemplo, la existencia o no de caso fortuito o fuerza mayor (eximentes de la responsabilidad estatal) debe ser considerada a la luz de las reglas del Código Civil y Comercial (GARCÍA PULLÉS, 2015, p. 632).

También en tal sentido, serán de utilidad las tradicionales pautas jurisprudenciales sobre responsabilidad en general y sobre responsabilidad del Estado y sus funcionarios elaboradas durante todo este tiempo por la Corte Federal y los Tribunales inferiores. Y es que muchísimas de estas pautas han sido total o parcialmente recogidas y normativizadas en el propio Código Civil y Comercial e incluso en la ley de responsabilidad del Estado (ABERASTURY, 2014). Esta continuidad de los criterios pretorianos utilizados para resolver este tipo de casos será especialmente útil en relación a los presupuestos del deber de reparar: antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factores de atribución, sin perjuicio de lo conveniente que puede resultar el dictado de una ley provincial (REY VÁZQUEZ, 2020).

Por otra parte, varias de las leyes provinciales de responsabilidad del Estado (Entre Ríos, Mendoza y Río Negro) contienen remisiones expresas al sistema de responsabilidad civil. Y es que, a pesar de las particularidades que pueda asumir el deber de reparar los daños por parte del Estado, es obvio que existen aspectos en los que no puede sino abreviar en el Derecho Civil: la existencia o no de causalidad o la presencia de eximentes se hallan definidos en el Derecho Privado a lo largo de una doctrina de larguísima data, de la que no tendría sentido alguno prescindir.

Es importante recordar que la Ley 26.944, por su propia naturaleza, no es aplicable a los supuestos de responsabilidad de los Estados Provinciales o municipales (salvo adhesión expresa). Por lo tanto, tampoco corresponde una interpretación analógica o extensiva de sus reglas. Sin perjuicio de ello, en muchos casos, las soluciones a las que se arriben serán similares, por la estrecha vinculación que tiene el texto de la ley nacional con muchos antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, a lo largo de casi un siglo, ha trazado los contornos de la responsabilidad estatal.

Los desafíos que aparecen a futuro son muy importantes: la conducta que habrán de asumir el resto de los Estados Provinciales (dictando o no leyes de responsabilidad) y la resolución de los eventuales planteos de inconstitucionalidad de la Ley 26.944 por no prever la reparación integral en el caso de daños por actividad lícita, por la exclusión de la aplicación del Código Civil y Comercial, por la responsabilidad de los concesionarios o por no prever la reparación con fundamento en el riesgo o vicio de las cosas, solo a modo de ejemplo (GARCÍA PULLÉS, 2015, p. 631).

También en el mismo sentido serán muy importantes las líneas jurisprudenciales de interpretación que marcarán la Corte Suprema de Justicia y los demás Tribunales Provinciales sobre las distintas leyes de responsabilidad<sup>8</sup>. Esperemos que, en cualquier caso, las soluciones que se brinden sean las más justas y razonables, considerando el necesario y siempre complejo equilibrio entre el bien común y derechos de los particulares.

<sup>8</sup> Por la consuetudinaria demora en la resolución de las causas que aqueja a la justicia argentina, a la fecha, los Tribunales de máxima jerarquía siguen dictando sentencias sobre hechos acaecidos antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, Pedro. Principios de la responsabilidad del estado. En: ABERASTURY, Pedro (Director). **Responsabilidad extracontractual del estado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014,
- BALBÍN, Carlos Francisco. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2013.
- BIANCHI, Alberto. La responsabilidad del Estado por actividad legislativa. En: ROSSATI, Horacio (Dir.). **Ley 26.944 de responsabilidad del estado**: análisis crítico y exegético. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2014.
- BUERES, Alberto. **Código civil y comercial de la nación**: analizado, comparado y concordado. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.
- BUSTELO, Ernesto N. La responsabilidad del Estado en debate: ¿no nos estaremos haciendo las preguntas equivocadas? 2014. Disponible en: <<https://dpicuantico.com/2014/04/25/diario-administrativo-nro-6-18-02-2014>>.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el código civil o por leyes administrativas**. Buenos Aires: La Ley, 2014.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema**. Buenos Aires: La Ley, 2000.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Responsabilidad del estado y de los funcionarios y empleados públicos en el código civil y comercial proyectado**. Buenos Aires: La Ley, 2012.
- CÍCERO, Nidia Karina. Regímenes provinciales de responsabilidad del estado: ¿florece el federalismo? En: **La Ley**, v. LXXXI, n.º 127, 7-7-2017.
- CÍCERO, Nidia Karina. **Servicios públicos y federalismo**: análisis de una historia de conflictos y una propuesta de superación. Buenos Aires: Eudeba, 2013.
- COMADIRA, Julio Rodolfo. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando. **Lecciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.
- GELLI, María Angélica. Lectura constitucional de la ley de responsabilidad del estado. En: **La Ley**: Suplemento Constitucional, agosto 2014.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: FDA, 2014.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

PÉREZ HUALDE, Alejandro. Consideraciones constitucionales sobre la regulación de la responsabilidad en los estados provinciales. En: **La Ley**, Gran Cuyo, Ed. La Ley, 2015.

PERRINO, Pablo Esteban. **La responsabilidad del estado y los funcionarios públicos**. Buenos Aires: La Ley, 2015.

PERRINO, Pablo Esteban. Lineamientos principales de la ley de responsabilidad del estado y de los funcionarios y agentes públicos: parte I y II. En: **DPI Derecho Administrativo**, 8-7-2014 y 15-7-2014.

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. La responsabilidad del estado en las provincias argentinas. En: **Revista de Responsabilidad Civil y Seguros**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. La Ley, v. XXII, N.º 3, 2020.

ROSATTI, Horacio. Competencia para legislar sobre responsabilidad del estado en la Argentina. En: ROSSATI, Horacio (Dir.). **Ley 26.944 de responsabilidad del estado**: análisis crítico y exegetico. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2014.

USLENGHI, Alejandro Juan. La responsabilidad del estado por omisión. En: **RAP**, N.º 347, p. 169 ss, 2014.

Submissão em: 7 de novembro de 2023

Último Parecer favorável em: 20 de março de 2024

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

GOLDFARB, Mauricio. Responsabilidad del estado en la República Argentina. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 1, p. 154-172, jan.-abr. 2024.

**COMO NOS POSICIONARMOS PERANTE ESTE MUNDO NOVO DA  
CIBER(IN)SEGURANÇA NOS BANCOS OU NAS EMPRESAS: DOS  
CIBERATAQUES AOS “SMARTPAYMENTS” E DO  
“SMART AML” À “SMART FRAUD”**

**MIGUEL DA CÂMARA MACHADO<sup>1</sup>**

**RESUMO**

Breves reflexões sobre alguns dos problemas jurídicos relacionados com a cibersegurança em tempos pós-pandemia, com a prevenção do branqueamento de capitais e da fraude em contexto de aceleração considerável, entre outros fenómenos, como as compras *online*, os pagamentos à distância, “*contactless*”, com recurso a códigos “QR” ou através de palavras-chave que são geradas

---

<sup>1</sup> Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Investigador no Centro de Investigação de Direito Privado; *Chief Legal Counsel* do Banco de Investimento Global. Este texto repete, quase sem alterações, um texto publicado na *IC3F - Revista de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses da Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária (ASFIC/PJ)*, n.º 8, jul. 2023 (p. 78-111) – correspondendo no essencial a uma versão adaptada de uma intervenção oral proferida na 19.ª Edição do colóquio “*Smart Payments Congress*” ocorrida no dia 1 de junho de 2021. Por essa razão, e pelas suas circunstâncias, mantêm-se muitas marcas de oralidade, sendo que estas reflexões carecem de mais desenvolvimentos e verdadeiras investigações científicas futuras, como este tema merece. Nas páginas finais, tentámos lançar alguns tópicos que gostaríamos de ver mais estudados no futuro e que nem naquela conferência foi possível desenvolver adequadamente. Todas as posições expressas nesta apresentação são estritamente pessoais e nenhuma vincula ou representa a posição ou entendimento de qualquer entidade com as quais o autor tem vindo a colaborar. Adicionalmente, agradeço o apoio valioso da Inês da Costa Pina que, numa primeira fase, me ajudou a preparar e transcrever a conferência, e, posteriormente, agradeço a atenção e o cuidado ilimitado da Catarina Vinagre na revisão, discussão e desenvolvimento de muitas das ideias que aqui tentámos, juntos, desenvolver sobre estes temas ainda muito pouco percorridos no campo do Direito. Espero que venham mais oportunidades de colaboração.

Para além destas advertências, queria ainda acrescentar agradecimentos ao Professor Waldir de Pinho Veloso, editor da *Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica*, pela amabilidade, pelo convite e pelo desafio para esta publicação e por todo o trabalho de divulgação de conhecimento jurídico no mundo de Língua Portuguesa e não só, do Brasil a Portugal. Espero que tanta reflexão jurídica sirva para construir um mundo mais (ciber)seguro, mais robusto nos mecanismos de defesas e tutela dos particulares e dos interesses públicos e, assim, um mundo mais justo e melhor. Todas as posições expressas nesta apresentação são estritamente pessoais e nenhuma vincula ou representa a posição ou entendimento de qualquer entidade com que o autor tem vindo a colaborar a título académico ou profissional. Endereço eletrónico: [mcamaramachado@fd.ulisboa.pt](mailto:mcamaramachado@fd.ulisboa.pt)

com esse propósito e que recebemos em mensagens nos nossos telemóveis - os chamados “*smartpayments*” (pagamentos inteligentes, para quem não goste de estrangeirismos inventados, como os que são usados abundantemente neste texto).

**Palavras-chave:** Cibersegurança; *smartpayments*; fraude eletrónica; branqueamento de capitais

### ABSTRACT

Brief thoughts on some of the legal problems related to cybersecurity in the post-pandemic era, on the prevention of money laundering and fraud in a context of considerable acceleration, among other phenomena, of online shopping, of remote payments, “contactless”, using “QR” codes or through passwords that are generated for that purpose and that we receive in messages on our mobile phones. The so-called “*smartpayments*” (payments using technological innovations, for those who do not like invented words, like the ones that are used abundantly in this text).

**Keywords:** *Cybersecurity; Fraud; Smartpayments; Anti-Money Laundering (AML)*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente texto pretende abordar o tema da “cibersegurança”, dada a sua atualidade e relevância, que se refletem também nas mais recentes alterações legislativas que implicam uma reflexão e discussão sobre a questão, uma vez que existem ainda muitos aspetos que têm de ser discutidos com o objetivo de se assegurar uma tutela satisfatória dos direitos de todos aqueles que estas normas visam proteger. E que hoje, cada vez mais, deixam de estar no mundo físico e passam a estar no “ciberespaço”.

A situação pandémica que surgiu no primeiro trimestre de 2020 e que se manteve nos anos seguintes (e cujos efeitos ainda poderemos sentir nos próximos tempos, nomeadamente em nível económico), influenciou a forma e a frequência com que se verificavam e verificam fenómenos de “ciberataques”, o que implicou também uma necessidade de refletir sobre as respostas que viriam a ser dadas a estes novos desafios.

A discussão do tema da cibersegurança implica a operacionalização e a reflexão sobre uma multiplicidade de novas expressões como “ciberataques”, “cibercrime”, “*smartpayments*”, “*smart frauds*” e até de conceitos novos como “*Anti-Cyber-Money-Laundering*” (ou dito de outra forma, “prevenção do branqueamento de capitais ‘*smart*’” ou da “*ciberlavagem de dinheiro*”, por exemplo, com a utilização de criptomoedas). Fatos que implicam, da parte

daqueles que estudam, pensam e aplicam o Direito, um esforço de atualização, mas também de clarificação destas expressões que surgem agora no debate académico e científico e que impactam, como tantas outras áreas, o conhecimento e articulação de outras áreas do saber.

O período de 2020/2022 foi marcado pelo aumento da utilização dos *smartpayments*<sup>2</sup>, não apenas em Portugal<sup>3</sup>, mas no mundo<sup>4</sup>, tendo-se tornado um dos meios de pagamento preferenciais dos consumidores.

Os *smartpayments* podem ser genericamente caracterizados como pagamentos à distância, o que explica a correlação entre o aparecimento de uma pandemia global, cujo controlo dependeu da restrição do contacto social, e o abrupto crescimento que se verificou na utilização destes meios de pagamento<sup>5</sup>. Deste modo, aumentou o número de pagamentos realizados por aplicações eletrónicas (como, por exemplo, das plataformas *homebanking* disponibilizadas pelos bancos ou da aplicação MBWay, entidade terceira aos bancos), pagamentos com QR Codes, pagamentos com códigos que são enviados por SMS.

Assim, verificou-se a aceleração da incorporação de serviços nas plataformas de *open banking* e os pagamentos conta-a-conta aumentaram, por se revelarem mais seguros, mais eficazes e mais rápidos. O desenvolvimento do mundo digital e o seu impacto na prestação de serviços à distância fizeram com que muitos clientes deixassem de se deslocar aos balcões físicos dos mais variados comércio, incluindo dos bancos, tornando-se consumidores “permanentemente digitais”.

<sup>2</sup> Inclusivamente, a EBA recomendou, em março de 2020, a adoção de medidas que incentivassem os pagamentos sem contacto (“*contactless*”) e os pagamentos remotos (*EBA Statement on consumer and payment issues in light of COVID19*, disponível em <[https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document\\_library/News%20and%20Press/Press%20Room/Press%20Releases/2020/EBA%20provides%20clarity%20to%20banks%20and%20consumers%20on%20the%20application%20of%20the%20prudential%20framework%20in%20light%20of%20COVID-19%20measures/Statement%20on%20consumer%20protection%20and%20payments%20in%20the%20COVID19%20crisis.pdf](https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/News%20and%20Press/Press%20Room/Press%20Releases/2020/EBA%20provides%20clarity%20to%20banks%20and%20consumers%20on%20the%20application%20of%20the%20prudential%20framework%20in%20light%20of%20COVID-19%20measures/Statement%20on%20consumer%20protection%20and%20payments%20in%20the%20COVID19%20crisis.pdf)>).

<sup>3</sup> V., entre outros: “Comunicado do Banco de Portugal sobre o Relatório dos Sistemas de Pagamentos de 2020” em: <<https://www.bportugal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-o-relatorio-dos-sistemas-de-pagamentos-de-2020-0>>.

<sup>4</sup> Cf., entre outros: “How COVID-19 triggered the digital and e-commerce turning point”, em: <<https://unctad.org/news/how-covid-19-triggered-digital-and-e-commerce-turning-point>>, “Global e-commerce jumps to \$26.7 trillion, fuelled by COVID-19”, em: <<https://news.un.org/en/story/2021/05/1091182>>; “10 Consumer Trends We’re Watching in 2021”, em: <<https://www.npd.com/news/thought-leadership/2021/10-consumer-trends-we-re-watching-in-2021/>>; “How Coronavirus (COVID-19) Is Impacting Ecommerce”, em: <<https://www.roirevolution.com/blog/2021/07/coronavirus-and-ecommerce/>>; ou “Responding to consumer trends in the new reality – COVID-19 pulse survey”, em: <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2020/11/consumers-new-reality.pdf>>.

<sup>5</sup> Neste sentido, como concluído pelo Banco de Portugal no Comunicado “2021: Como a pandemia alterou os hábitos de pagamento em Portugal”, de 23 de fevereiro de 2022, disponível em: <<https://www.bportugal.pt/comunicado/2021-como-pandemia-alterou-os-habitos-de-pagamento-em-portugal>> o montante das operações com instrumentos de pagamento eletrónicos aumentou substancialmente: um aumento de 65,4 mil milhões de euros movimentados através destes meios, expressando um crescimento de 14,9% face ao último ano pré-pandemia (2019); e o número de operações com cartões de pagamento, débitos diretos e transferências (incluindo imediatas) aumentou em 108 milhões, expressando um acréscimo de mais 3,7%, face ao último ano pré-pandemia (2019).



Isto significou, para os bancos tradicionais, habituados a um contacto direto ao balcão, uma nova realidade, que se acentuou com a pandemia provocada pela Covid-19 e que implicou uma adaptação às novas necessidades dos seus clientes.

Nestes termos, houve muito clientes que deixaram de ir aos balcões dos mais variados comércios, mas em particular dos bancos, e muitos consumidores ficaram “permanentemente digitais”. Os bancos tradicionais, com os seus clientes habituais, tipicamente mais habituados a um contacto ao balcão e direto, passaram a ter de enfrentar uma nova realidade devido a toda situação de pandemia provocada pela Covid-19 e foram forçados a se adaptarem às novas necessidades dos seus clientes. Como, aliás, acabou por acontecer em todos os tipos de comércio.

Claro está que os “bandidos”, que seguem as tendências das maiorias, aproveitaram os *smartpayments* para desenvolver as suas habilidades. O que resultou também em novas e mais frequentes formas de *smart frauds*.

Depois, há um conjunto de termos novos, como omnicanalidade, *embedded banking*, experiência customizada (a ideia de um “*waze* financeiro” – que orienta, à medida, os clientes bancários), que não são novos, não apareceram com a Covid-19, mas cuja evolução acelerou bastante desde 2020.

O combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo são outros ramos do Direito que têm vindo a se adaptar a todas estas alterações e inovações que temos acompanhado em relação às comunicações por vias digitais. Os deveres impostos pela legislação, nomeadamente em se tratando do *Know Your Customer* (doravante, designado abreviadamente por “omnicanalidade” ou “KYC”) e do *Know Your Attacker* (doravante, designado abreviadamente por “KYA”) implicam uma alteração de paradigma na prestação de serviços dos bancos. O gestor de conta tradicional, que conhecia presencialmente o seu cliente (com a interação ao balcão), poderá agora vir a ser substituído por um *data scientist* que faz esta função para os milhares de clientes dos bancos em simultâneo (e consegue, se fizer um bom trabalho, descobrir mais coisas do que o gestor de conta “tradicional” conseguiria descobrir), o que é proveitoso do ponto de vista comercial, mas essencial para identificar os “bandidos” que estão a tentar atacar os bancos e os seus clientes, pelo que se afigura aconselhável um desenvolvimento desta função nos bancos e nas instituições financeiras no geral.

Para ganharmos consciência sobre o quão recente é esta realidade, é importante notar que, em Portugal, só é possível abrir contas à distância, desde 2017, ano em que o Banco de Portugal (doravante, abreviadamente designado por “BdP”) publicou a Instrução n.º 9/2017, de 3 de julho, que permitiu, pela primeira vez, que uma pessoa abra conta sem ter de se deslocar presencialmente ao balcão de uma agência de um banco. O BdP, também em 2017, participou na elaboração da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece medidas

de combate ao *branqueamento de capitais* e ao *financiamento do terrorismo*, bem como medidas de execução do Regulamento (UE) n.º 2015/847). Antes da entrada em vigor dos diplomas citados, o gestor de conta tinha de cumprir o dever de identificação do cliente pela sua identificação pessoal, entendendo-se que era impossível identificar uma pessoa sem a ver pessoalmente.

Atualmente, quando abrimos contas em aplicações de telemóvel como o *Revolut*, por exemplo, ou outras instituições e “bancos digitais” que possibilitam os *smartpayments*, é-nos solicitado que apresentemos o nosso cartão do cidadão, que revelemos os hologramas dos cartões de identificação, entre outros procedimentos, precisamente porque estas instituições também têm de cumprir deveres de KYC.

Para além disso, ainda que, atualmente, todos os bancos permitam a abertura de contas à distância, replicando algumas das vantagens destes “*neobanks*”, é preciso termos em consideração que os bancos ditos “tradicionais” têm muitas características em que continuam e vão continuar a ser muito melhores do que qualquer aplicação para instalar no telemóvel. A relação entre o banco e o cliente é uma relação comercial, assente na confiança. E existe um conjunto de fatores que são muito importantes para os clientes bancários ainda nos dias de hoje e que nos parece que se irão manter. Nomeadamente, a segurança e a sensação de fiabilidade que os bancos tradicionais conseguem dar aos seus clientes e que as plataformas digitais e a falta de uma “cara humana” não conseguem satisfazer.

Independentemente disto, Portugal está muito à frente de outros países em termos de investimento e financiamento no desenvolvimento de novas soluções para abrir contas à distância e há cada vez mais instituições de crédito a fazer grandes investimentos na prevenção de ciberataques e em melhorias relativas à cibersegurança. No entanto, ainda existe uma grande margem para melhorar certos aspetos que implicam o trabalho e colaboração de engenheiros informáticos e juristas, necessária para criar formas de garantir a cibersegurança de forma mais eficaz e conceber o conteúdo das próprias leis e enquadramento normativo para poder proteger os clientes. Assim, verifica-se uma necessidade de sensibilizar o cliente bancário para a existência de obrigações dos bancos, que se refletem em expressões como *onboarding*, reconciliação do crédito, KYC ou *Know Your Transactions* (KYT). Portanto, no que toca aos bancos, somos da opinião que “os bancos têm mais experiência adquirida e são mais seguros do que os *neobanks*, mesmo no mundo digital”.

Em consonância com a importância que a cibersegurança tem vindo a assumir, têm saído vários estudos e relatórios, tanto na Europa como um todo quanto particularmente em Portugal, que têm como objetivo compilar orientações e diretrizes que podem ser seguidas para que se atinjam os necessários desenvolvimentos da matéria, que está, no entanto, em constante evolução e transformação.

Em nível da União Europeia, a Agência da União Europeia para a Cibersegurança (“ENISA”) publicou, em abril de 2021, o relatório “*TOWARDS A COMMON ECSC ROADMAP – Success factors for the implementation of national cyber security competitions*”, que inclui uma revisão da literatura e entrevistas a diversos especialistas que auxiliaram na identificação de diversos desafios em matéria de cibersegurança que servem de base para as conclusões e recomendações apresentadas para vários tipos de instituições<sup>6</sup>.

Em Portugal, o Gabinete de Cibercrime da Procuradoria-Geral da República publicou, em fevereiro de 2023, uma nota informativa na qual consta um resumo das denúncias de cibercrime recebidas pelas autoridades portuguesas no decorrer do ano de 2022<sup>7</sup>.

Por outro lado, o Observatório de Cibersegurança do Centro Nacional de Cibersegurança (“CNCS”) elaborou o relatório “*Cibersegurança em Portugal: Políticas Públicas*”, que, por um lado, sistematiza as Estratégias e Programas Públicos nacionais relacionados com a Cibersegurança e, por outro lado, analisa os indicadores disponíveis referentes à perceção dos cidadãos na interseção entre políticas públicas e segurança no ciberespaço, de forma a conhecer também o posicionamento de Portugal no contexto da União Europeia<sup>8</sup>.

Complementando o que temos vindo a referir, não se pode ignorar a preponderância que os valores ambientais têm vindo a assumir nas mais diversas áreas, não sendo a área da banca uma exceção. A forma como são tomadas as decisões das empresas pode ter impactos, ainda que indiretos, relevantes no meio ambiente. A desmaterialização dos pagamentos, dos consequentes comprovativos de pagamento e das várias interações entre os bancos e os seus clientes, têm conduzido a poupanças energéticas e materiais. Não obstante, as vantagens teóricas possíveis, que se poderiam atingir ao deixar de ter dinheiro em papel, passando a funcionar só na base do digital, ainda não foram atingidas.

As vantagens que podem ser concebidas em termos teóricos têm problemas práticos que têm de ser acautelados. Por exemplo, analisemos o caso das criptomoedas, uma realidade que tem despertado cada vez mais a atenção dos consumidores, mas também alguma controvérsia, recentemente qualificadas como o próximo desastre ambiental, devido aos enormes custos

<sup>6</sup> O objetivo deste relatório foi o de identificar os fatores-chave que permitem o sucesso de uma política nacional de cibersegurança bem como dar uma visão geral da atual situação na UE e nos países parceiros da CECA (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço), tendo sido feitas entrevistas a vários especialistas nacionais e da UE, para fornecer insights preliminares e uma plataforma de discussão de medidas de cibersegurança. Este relatório encontra-se disponível em: <<https://www.enisa.europa.eu/publications/towards-a-common-ecsc-roadmap>> (última visita em fevereiro de 2022).

<sup>7</sup> Esta nota informativa indica que se mantém a tendência verificada previamente no aumento das denúncias. Ainda que com a pandemia de covid-19 as denúncias tenham mais que duplicado, no ano de 2022 o número de denúncias também foi perto do dobro das que se tinham verificado no ano de 2021. A nota informativa pode ser encontrada em <<https://cibercrime.ministeriopublico.pt/pagina/cibercrime-em-2022-denuncias-recebidas>>.

<sup>8</sup> Este Relatório encontra-se disponível em: <<https://cibercrime.ministeriopublico.pt/pagina/ciberseguranca-em-portugal>> (última visita em fevereiro de 2022).

energéticos associados à sua “mineração” (que exigem processos de computação em massa, refrigeração e aquecimento inconcebíveis alguma vez na História da Humanidade)<sup>9</sup>. Pode parecer simples, mas, na prática, incorporar os valores ambientais nas nossas empresas não é uma tarefa fácil nem pouco dispendiosa, pelo que todas as opções têm de ser bem ponderadas. A ENISA publicou, em março de 2023, uma previsão dos problemas e desafios emergentes em nível de cibersegurança para 2030, entre os quais problematiza sobre a utilização de novas tecnologias e inteligência artificial na agricultura e a forma como as empresas poderão tentar diminuir a sua “pegada ecológica” e os seus impactos na sociedade como a conhecemos (ENISA, 2023).

## **2 O BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS POR MEIO DE NOVAS TECNOLOGIAS E A SUA PREVENÇÃO**

Com o surgimento de novas tecnologias, deparamo-nos com a necessidade de encontrar respostas para velhos problemas que implicam a ponderação de novos riscos. Deste modo, procuram-se novas formas de prevenir o branqueamento de capitais, mas também de dar resposta a muitas exigências dos reguladores que surgem associadas ao aumento de obrigações que recaem sobre as entidades reguladas.

Contudo, o cerne do problema que nos propomos a discutir recai sobre o facto de todas estas inovações, pouco exploradas e pouco regulamentadas, acabarem por ser utilizadas pelos “maus” (das criptomoedas às *fintech*), que aproveitam precisamente a falta de instrumentos normativos que os regulem de forma mais proveitosa do que os “bons”...

Qualquer Banco Central, com a missão de promover a estabilidade do sistema financeiro, vai estar atrasado a lidar com os ciberataques, com as criptomoedas e todas estas realidades que permanecem até certo pontos desconhecidas, em relação a quem tenta detetar as brechas de todos estes novos sistemas pelo que, nos próximos anos, as empresas e pessoas singulares estarão, de forma quase inevitável, mais expostas a ataques, o que implica uma insegurança e desconfiança no sistema<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Sobre a discussão do impacto do impacto da utilização de criptomoedas no meio ambiente, cf. Lucas Girard (2018).

<sup>10</sup> Neste sentido, indicamos o relatório “Global Cybersecurity Outlook 2023”, publicado em janeiro de 2023 pelo *World Economic Forum*, disponível em: <[https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Global\\_Security\\_Outlook\\_Report\\_2023.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Security_Outlook_Report_2023.pdf)>. Citando o referido documento: “The way we build regulations for cybersecurity is centralized. The regulations this system creates are valuable, but the process takes time. It can take two years for a regulation to be developed. Standardization can take 18 months. A cyberattack takes seconds. The speed at which emerging technologies are implemented often outpaces our ability to build security measures around them. We need to go beyond simple compliance with regulations if organizations are to be cyber resilient.”

O branqueamento de capitais continua a funcionar (como, aliás, todas as fraudes, em geral) por meio da criação de estruturas complexas (e, por isso, difíceis de perceber), que dão a ilusão de legalidade. A utilização de tecnologia tem contribuído para esta complexificação e a criação da aparência de licitude. Mas parece também poder ajudar na sua identificação e combate.

Em nível legislativo, poderemos dizer que já existe legislação “5G” que estabelece medidas de combate e prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo que assenta na previsão normativa de um complexo quadro de deveres antibranqueamento. E que impõe aos seus destinatários preocupações específicas, como o dever de identificar os seus clientes e de identificar os fundos objeto de transferência (e caminhamos para uma regulamentação “6G” com o pacote que trará a Diretiva “AML6” da União Europeia e uma Autoridade Europeia Antibranqueamento)<sup>11</sup>.

Os ciclos normativos e os diferentes planos de regulação do branqueamento de capitais são particularmente importantes no âmbito da cibersegurança, pois são uma das formas mais antigas que conhecemos para combater estas ameaças. O combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo tem vindo a se refletir num constante dever de atualização por parte dos destinatários destas leis, uma vez que existem alterações legislativas quase anuais.

Esta realidade implica um maior esforço por parte das instituições na formação das pessoas que trabalham com estes regimes, nomeadamente dos colaboradores das instituições financeiras. Mas não só, porque mesmo que esta formação exista num ano, no ano a seguir, devido à alteração dos diplomas, estará desatualizada e será necessário fornecer a estes trabalhadores novas informações e orientações. A mesma lógica de constante atualização, de identificação e de prevenção serão necessárias para que se estabeleçam regimes jurídicos robustos para proteger os consumidores no mundo digital.

Em termos sintéticos, podemos descrever em traços gerais a evolução normativa no âmbito das leis do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, estabelecendo um paralelismo com a forma como têm evoluído os telemóveis, nestes termos<sup>12</sup>: existem cinco grandes gerações de legislação de combate do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

O grande impulso para a produção normativa na matéria foi a luta contra a droga, a partir dos anos 80, nos Estados Unidos da América. Com base nesse acontecimento, o Grupo de Ação Financeira Internacional (“GAFI”), criado no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

<sup>11</sup> Anunciados pela Comissão Europeia no verão de 2021, depois de muitas discussões, mas ainda em debate no Parlamento Europeu em maio de 2023.

<sup>12</sup> Temos abordado esta temática com maior profundidade em vários textos, traçando estes paralelismos e usando estas imagens. Assim, v., por exemplo, Machado (2020b, p. 259-351).

(“OCDE”), iniciou uma avaliação a diversos ordenamentos jurídicos de onde resultaram as primeiras recomendações deste órgão.

De seguida, após o atentado de 11 de setembro de 2001, o GAFI elaborou novas recomendações que acabam por integrar as primeiras Diretivas aprovadas sobre o tema. A adoção destes diplomas implica, para os Estados-Membros da UE, uma obrigação de os transpor para o ordenamento jurídico interno.

Não obstante, surgiram diversas críticas à forma como estas Diretivas foram transpostas, por se considerar que as leis internas dos países iam longe demais. Inclusivamente, existe jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”), como o Acórdão *Michaud*, que considerou a lei francesa desconforme à Constituição e às normas de Direito da UE.

Após a transposição, tornou-se necessário o desenvolvimento de regulação setorial, no âmbito da qual cada um dos supervisores emite Regulamentos com normas específicas para as entidades que operam nos setores que supervisionam (isto é, o BdP emitiu regulamentos que se aplicam às diversas instituições financeiras, a CMVM aos intervenientes no mercado de capitais, a ASF para o setor dos seguros, a ASAE para os comerciantes em geral, entre outros).

Em Portugal, a primeira lei nacional antibranqueamento de capitais foi aprovada em 1993. A segunda lei antibranqueamento de capitais surge em 2004 e foi muito discutida, uma vez que o teor de certas normas era considerado, por diversos estudiosos, contrário à Constituição da República Portuguesa (“CRP”), ainda que o Tribunal Constitucional nunca se tenha pronunciado nesse sentido<sup>13</sup>. A terceira lei antibranqueamento de capitais foi a de 2008. Esta, contrariamente à sua antecessora, foi considerada uma boa lei sobre a matéria, tendo sofrido diversas alterações que a aperfeiçoaram e melhoraram, estando em vigor até 2017, altura em que foi aprovada a quarta lei antibranqueamento de capitais, que ainda se encontra em vigor, ainda que tenham sido introduzidas, em 2020, profundas alterações. As últimas alterações introduzidas a este diploma foram realizadas por aprovação da Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, entre as quais se pode destacar (finalmente) a correção do ponto ii), da alínea w), do artigo 2.º, que densifica o conceito de “membros próximos da família”, importante para determinar a quem se aplica o regime jurídico aplicável às pessoas politicamente expostas (“PEP”).

As sucessivas leis antibranqueamento que foram sendo aprovadas implicaram o aumento do conjunto das entidades obrigadas, o que resulta no alargamento da aplicação de um regime que estava inicialmente pensado apenas para ser implementado e dirigido aos Bancos (que são intervenientes importantes nestes *smartpayments*), mas que passou a aplicar-se a todo o tipo de entidades. Desta forma, as lojas que hoje vendem bens de luxo, por exemplo,

<sup>13</sup> Neste sentido pronunciou-se a Ordem dos Advogados, conforme se poderá verificar em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/noticias/2004/03/30/entrou-em-vigor-a-lei-112004/>>.

as joalharias e os *stands* de automóveis, têm de ter sistemas de prevenção de branqueamento de capitais fortes. Adicionalmente, passámos a ter leis que recorrem a uma ideia de ajustamento ao risco em cada setor que, associado a um número crescente de deveres antibranqueamento, obrigam a uma atenção e pesquisa constante em relação à atividade das várias entidades e pessoas, com o intuito de detetar um possível branqueador, a que está subjacente uma ideia de “desconfiança” no comércio em geral.

### **3 DEVERES DE PREVENÇÃO DO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E O AVISO N.º 3/2021 DO BANCO DE PORTUGAL**

Considerando o que temos vindo a expor e analisando de forma um pouco mais detalhada os deveres de prevenção e de branqueamento que recaem sobre as instituições obrigadas, podemos elencar as seguintes categorias principais de deveres:

- principais – dentro desta categoria podemos inserir o dever de identificação e diligência (regulado nos artigos 23.º e seguintes da Lei n.º 83/2017), o dever de exame (densificado pelo artigo 52.º da Lei n.º 83/2017) e o dever de comunicação (regulado nos termos dos artigos 43.º e seguintes da Lei n.º 83/2017);
- acessórios – nesta categoria insere-se o dever de recusa (artigo 50.º da Lei n.º 83/2017), o dever de abstenção (regulado nos artigos 47.º e seguintes da Lei n.º 83/2017) e o dever de colaboração (artigo 53.º da Lei n.º 83/2017);
- secundários – tendo em consideração a divisão que agora se adota, no âmbito dos deveres secundários cabe referir o dever de controlo (densificado nos artigos 12.º e seguintes da Lei n.º 83/2017), o dever de conservação (artigo 51.º da Lei n.º 83/2017), não divulgação (artigo 54.º da Lei n.º 83/2017), segredo (artigo 105.º da Lei n.º 83/2017), e formação (artigo 55.º da Lei n.º 83/2017). No âmbito das regras que densificam os deveres de controlo, encontramos normas específicas que determinam a complexificação da estrutura empresarial. Por um lado, porque o órgão de administração das entidades obrigadas pode ser responsabilizado nos termos do artigo 13.º da Lei n.º 83/2017. Por outro lado, prevê-se agora a necessidade de existir, na estrutura organizacional da empresa um *Compliance Officer*, ou seja, alguém que seja responsável por zelar pelo cumprimento da legislação de prevenção do branqueamento de capitais (cf. artigo 16.º da Lei n.º

83/2017), mas também a existências de reportes periódicos às entidades competentes para a fiscalização do cumprimento destes deveres, que implicam a existência de registos e de documentação, assim como de sistemas de informação que permitam a elaboração destes relatórios de forma completa e exata;

- extraordinários – para além de todos os deveres que já enunciamos, vigoram hoje regras que impõem recusa de pagamentos por determinado meio (como, por exemplo, as restrições previstas na Lei n.º 92/2017, que proíbe as instituições de receber, em numerário, transações de qualquer natureza que envolvam montantes iguais ou superiores a 3000 €), de proteção de denunciante, conseguida sobretudo por meio de uma tentativa de garantir que todas as denúncias são anónimas (cf. artigo 20.º da Lei n.º 83/2017) e o dever de atualização (previsto no artigo 40.º da Lei n.º 83/2017). Por outro lado, a legislação prevê também a responsabilidade quanto aos PEP's e aos beneficiários efetivos das empresas (conceitos cujas definições podem ser encontradas no artigo 2.º das Lei n.º 83/2017, ainda que a sua interpretação dependa da articulação de diversas normas jurídicas que os regulam).

No que concerne especificamente aos *smartpayments*, em abril de 2021, o BdP emitiu o Aviso n.º 3/2021, que se aplica às entidades que exercem atividades com ativos virtuais (abrangidas pelas obrigações estabelecidas na Lei n.º 83/2017, após inclusão da alínea mm), n.º 1 do artigo 2.º do diploma citado) e que contém regras próprias de registo, relacionadas com a prevenção do branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo.

De acordo com o artigo 1.º do Aviso n.º 3/2021, que estabelece o objeto e o âmbito de aplicação, o diploma define os termos de apresentação, junto do BdP, do pedido de registo pelas entidades que pretendam exercer uma ou mais atividades com ativos virtuais e dos pedidos de alteração dos factos sujeitos a registo pelas entidades que exerçam atividades com ativos virtuais, regulamentando o artigo 112.º-A da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, com o objetivo de contribuir para a celeridade e para a eficácia dos procedimentos de tramitação e decisão dos pedidos de registo e de alteração de registo, bem como para a certeza e a segurança jurídicas na interpretação e na aplicação das disposições legais relevantes.

A aprovação deste artigo se insere no que consideramos a quinta geração de normas antibranqueamento de capitais, que está preocupada com áreas emergentes do Direito Económico e Financeiro que carecem de regulamentação como as *bitcoins* e as *fintechs*, mas surgem também preocupações em áreas até à altura ignoradas, como a arte ou o futebol.



## 4 MODALIDADES DE (CIBER)ATAQUES

Após a breve análise teórica que temos vindo a fazer, tentaremos agora descrever sucintamente as várias modalidades de (ciber)ataques. Estes podem diferenciar-se tendo em consideração os meios utilizados para o ataque, isto é, se **os invasores/hackers**:

1. **utilizam os endereços de e-mail dos funcionários das Instituições para enviarem anexos maliciosos em e-mails falsos, ainda que com uma aparência normal.** Nestes casos, qualquer pessoa que pertence à estrutura empresarial da instituição atacada poderá receber *e-mails* que aparentam ser *e-mails* sem qualquer tipo de anomalia, enviados por colegas, supervisores ou clientes, que serão, à partida, mais fáceis de falsificar e, por meio desses *e-mails*, os atacantes podem entrar nos sistemas da instituição;
2. **invadem as redes da Instituição que se encontrem pouco ou mal protegidas.** Os *hackers* estão constantemente a tentar entrar nas redes das Instituições. Parece existir uma certa tendência, por parte dos *hackers*, de atacar (ou pelo menos, de tentar atacar) os sistemas informáticos de Governos, bancos e “quintas” onde se fazem criptomoedas, uma vez que serão sítios onde potencialmente existirá mais dinheiro (independentemente do tipo de dinheiro);
3. **utilizam sistemas (e proteções) contra os utilizadores e, neste âmbito normalmente podem ser classificados 6 tipos de ataques:**
  - **negação de serviço.** Estes ataques têm como objetivo privar o utilizador do acesso a determinado *site* ou serviço. Dentro dos ataques de negação de serviço, é possível distinguir entre os ataques “DoS – *Denial of Services*”, que têm origem no facto de os *hackers* criarem um número elevado de solicitações a determinado serviço, provocando uma sobrecarga no sistema, com o intuito de forçar a negação do acesso, e os ataques “DDoS – *Distributed Denial of Service*”, que consistem em ataques idênticos aos ataques DoS, principalmente no que diz respeito às consequências, mas em que são utilizados computadores infetados com vírus que estão interligados em rede e que são conectados ao mesmo serviço de um sistema de forma a que o mesmo não possa ser utilizado;
  - **malware, spyware ou tentativa de administração remota.** Neste tipo de ataque, os *hackers* utilizam uma ou mais técnicas para aceder ao dispositivo e tirar partido dessa

circunstância para ter acesso a informações, invadir contas, entre outros. Uma das técnicas muitas vezes utilizada, denominada *phishing*, consiste no envio de *e-mails*, sobretudo para *e-mails* institucionais, que funcionam como meio de “entrega” do *malware* (daí que seja importante as empresas terem uma série de políticas de cibersegurança, para tentarem evitar que os seus trabalhadores, por meio do seu *e-mail* institucional sejam cúmplices num ataque externo). A utilização cada vez mais recorrente de criptomoeda fez com que se desenvolvesse meios para “roubar” criptomoeda, e passaram a existir “mineiros de criptomoeda” que exercem esta atividade de forma ilícita, infiltrando-se em redes das empresas para roubar informação e poder de computação para a prossecução da atividade e criar criptomoeda, mas com base em recursos roubados;

- **força bruta.** É um método de ataque “antigo”, mas ainda é popular e eficiente. Consiste em adotar uma abordagem de tentativa e erro, pela qual o atacante tenta todas as combinações possíveis de *passwords* ou de *usernames* (ou qualquer outro meio de autenticação), até encontrar a correta. Normalmente implica o recurso a ferramentas especializadas que permitam criar um grande número de combinações. Devido à recorrência destes ataques, muitas plataformas têm optado por implementar o processo de autenticação a dois passos, exigindo mais do que uma forma de autenticação, que podem implicar a inserção de um código recebido por mensagem de texto ou a realização de uma ação concreta determinada no seguimento de um comando específico dado pela aplicação/serviço;
- **engenharia social.** Este tipo de ataques, em particular nos últimos três anos (com a pandemia, em que se verificou um aumento generalizado de todo o tipo de encomendas *online*), foi realizado pela utilização de mensagens escritas recebidas nos telemóveis ou computadores, enviados por supostas empresas de entregas, nas quais era solicitado que o utilizador carregasse num *link* para obter informações sobre a suposta encomenda, mas ao carregar no *link*, era dada uma autorização de acesso aos dados do dispositivo que recebia o *link*<sup>14</sup>. Ao recorrer a esta técnica, os atacantes

<sup>14</sup> Nos anos de 2020/2021, foram publicadas várias notícias, tanto pelos vários meios de comunicação social como pelas várias empresas “utilizadas” para dar credibilidade às mensagens dos ataques, a alertar para situações de fraude que foram detectadas. São explicados os vários ataques que foram detectados, por exemplo, na publicação do Expresso “*Está a ser alvo de fraude por e-mail ou SMS? Saiba o que fazer*”, de 10 de abril de 2020. Disponível em: <<https://>

manipulam o comportamento do seu alvo, fator que pode ser potenciado pelo desconhecimento do utilizador face ao serviço. Normalmente desenvolvem-se em diversas etapas, que envolvem: (i) recolher informação sobre o alvo, identificando padrões de comportamento; (ii) desenvolver relações de confiança, com base nas informações recolhidas; (iii) contacto com a fonte que permite o ataque, seja um *link* ou *e-mail* de *phishing*; (iv) execução do ataque, que pode implicar receber dinheiro ou informação do alvo que permite explorar mais informação sensível ou outros recursos<sup>15</sup>;

- **hackear.** Implica, à partida, a aplicação de meios tecnológicos ou conhecimento técnico para ultrapassar um obstáculo. Esta definição implica que nem todo o *hacking* seja necessariamente ilegal. A atividade se torna ilegal quando o “obstáculo” a ultrapassar é um sistema de segurança que tem por objetivo impedir o acesso de terceiros, obtendo acesso ilícito a dados que não deveriam ser do conhecimento do atacante;
- **ataques web.** Este tipo de ataques tem como alvo os gestores de *passwords* que são programas desenhados para manter em segurança os *usernames* e *passwords* dos seus utilizadores, através da encriptação destes dados, que são guardados no dispositivo e em servidores dos prestadores do serviço. Para aumentar a segurança destes mecanismos, à semelhança do que já referimos como técnica para evitar os ataques de força bruta, é exigida uma autenticação a dois passos, que combina o fornecimento de uma palavra-passe considerada segura e a inserção de um código recebido por outro meio de comunicação.

## 5 CIBERATAQUES: COMO OS ANTEVER E COMO OS PREVENIR?

Considerando o que temos vindo a expor, torna-se agora relevante problematizar sobre que ações e comportamentos podemos adotar para evitar um ciberataque. Embora, possa, à partida, parecer pouco relevante, umas

---

[expresso.pt/economia/2020-04-10-Esta-a-ser-alvo-de-fraude-por-e-mail-ou-SMS--Saiba-o-que-fazer](https://expresso.pt/economia/2020-04-10-Esta-a-ser-alvo-de-fraude-por-e-mail-ou-SMS--Saiba-o-que-fazer) e na publicação da Visão “À espera de uma encomenda dos CTT? Cuidado, há mais SMS fraudulentas a circular”, de 23 de fevereiro de 2021, disponível em: <<https://visao.sapo.pt/atualidade/sociedade/2021-02-23-a-espera-de-uma-encomenda-dos-ctt-cuidado-ha-mais-sms-fraudulentas-a-circular/>>.

<sup>15</sup> Neste sentido, cf. o artigo disponível em: <<https://www.metacompliance.com/pt/blog/phishing-and-ransomware/signs-of-a-social-engineering-attack>>.

das mais eficazes formas de evitar um ataque é prestar atenção a indícios de ciberataque e à nossa atuação online.

Acima de tudo, importa compreender como e que meios utilizam os *hackers* de forma a identificar padrões que nos permitam (pelo menos tentar) impedir o ataque. Pode parecer estranho, e até difícil, contudo é indubitavelmente a melhor forma: se compreendermos como é que um *hacker* pensa, se formos capazes de identificar potenciais alvos, a forma como estes podem ser atacados, será muito mais fácil prevenir e reduzir os riscos de ataque, bem como saber agir quando somos confrontados com um ataque. Assim, podemos concluir que pensar como um *hacker* ajuda a antecipar as medidas que serão necessárias para travar o ataque e diminuir o seu impacto. É por isso que empresas como a Facebook Inc. e o Twitter, Inc. têm contratado *hackers* para os ajudar na prevenção e segurança das suas redes<sup>16</sup>. Conforme tivemos oportunidade de aflorar num ponto anterior, o *hacking*, por si só, não é ilegal e têm sido apontadas diversas “categorias” de *hackers*. Os *hackers* de “chapéu branco” (ou *hackers* “*white hat*”) são peritos em segurança que acabam por se especializar em identificar métodos de infiltração nos sistemas de segurança, com o objetivo de manter seguros os sistemas das empresas, funcionando como guardiões contra os *hackers* de chapéu preto (ou *hackers black hat*) que, estes sim, prosseguem atividades ilegais.

Sabendo como pensa um *hacker* e quais as fases do ciberataque (ESTEVEES; RAMALHO; HARO, 2017, p. 71), será mais fácil criar um plano de segurança mais robusto, preparado para lidar com ciberataques, objetivo este que é crucial para a utilização de serviços *on-line*.

Deste modo, será necessário, em primeiro lugar, saber quais são os potenciais alvos e saber geri-los de forma a minimizá-los. Para além disso, será sempre útil verificar as vulnerabilidades do sistema e da segurança para melhorar e/ou preparar os meios de defesa adequados. Esta realidade irá pressupor que existe um plano para as várias modalidades de ataque e que irá, idealmente, prever diversas formas de reagir consoante o nível do ataque que é enfrentado.

Destarte, em relação aos diferentes meios que podem ser úteis para prevenir ciberataques, elencamos, de seguida, um conjunto de recomendações que, segundo as melhores práticas internacionais, devem ser adotadas:

- 1. adotar *passwords* fortes.** Por exemplo, devem ser escolhidas *passwords* que contenham uma combinação de letras minúsculas e maiúsculas,

---

<sup>16</sup> Desde 2011 que o Facebook tem contratado *hackers* para detectarem falhas nos seus sistemas. A título de exemplo veja-se a notícia do Visão, de 30 de agosto de 2011, <<https://www.dinheirovivo.pt/marketing-pub/facebook-contrata-hackers-12578579.html>>. Além do Facebook, também o Twitter contratou o *hacker* Peiter Zatko para chefe de segurança, conforme notícia do Diário de Notícias, de 17 de novembro de 2020, disponível em: <<https://www.dn.pt/mundo/twitter-contrata-pirata-informatico-famoso-para-chefe-de-seguranca-13043025.html>>. Ademais, segundo relata a notícia, anteriormente Peiter Zatko já havia trabalhado para a Google e para o Departamento de Defesa dos Estados Unidos.

números e símbolos, mas que não contenham informação pessoal do utilizador (como nome ou data de nascimento), devendo ser regularmente alteradas, seguindo as boas práticas que os departamentos de informática de cada instituição vão comunicando aos utilizadores;

2. **manter as redes seguras (wi-fi).** Este é um aspeto essencial porque mesmo que o dispositivo esteja seguro podem existir outros dispositivos que estejam ligados a ele e que sejam mais vulneráveis. O exemplo mais claro são os *routers* cuja segurança deve ser assegurada. Existem diversos tipos de protocolos de segurança para proteger os dispositivos sem fios, sendo os mais comuns o WEP, o WPA e o WPA2. O WPA2 foi o protocolo de segurança que vigorou durante mais tempo, uma vez que gera códigos de segurança que mesmo os melhores computadores, com maior capacidade de processamento, poderiam levar anos a descriptar. Atualmente, já surgiu o WPA3, lançado em 2018, e reconhecido como protocolo de proteção padrão em 2020, mas que ainda não foi implementado na maior parte dos dispositivos, antecipando-se que ainda vá demorar algum tempo até que seja adotado com maior “universalidade”;
3. **instalar software antivírus adequado ao risco.** Como tivemos oportunidade de desenvolver num ponto anterior da nossa exposição, muitos dos ciberataques ocorrem por inserção, no dispositivo, de *malware* e *softwares* maliciosos. Estas aplicações ajudam a reduzir o impacto destes “vírus” no dispositivo. Para além disso, o risco pode ser reduzido seguindo a máxima do *need-to-know basis* e um princípio de minimização no acesso a dados sensíveis, desta forma, reduzindo-se o fluxo de informação dentro da instituição. Os colaboradores apenas têm de ter acesso às informações necessárias para desempenhar as suas funções (e isto é uma coisa que nas empresas é bastante importante, não só para a cibersegurança, mas para a segurança em geral das instituições, dos seus colaboradores, clientes e até de outros *stakeholders* relevantes);
4. **evitar abrir e-mails ou mensagens suspeitas bem como evitar verificar o conteúdo de discos e “pen drives” suspeitos.** Da mesma maneira que se realizam testes/exercícios antissismo ou antifogo, devem fazer-se testes de cibersegurança, pois assim é possível treinar e sensibilizar os colaboradores para este tipo de problemas, confrontando-os com situações práticas. Por exemplo, há empresas que enviam “e-mails falsos” para os e-mails institucionais para testar a atenção com que os colaboradores abrem certos endereços aparentemente suspeitos ou que deixam “pens” em cima das secretárias no escritório para averiguar se os colaboradores colocam “pens” nos seus computadores sem conhecer a sua proveniência;
5. **usar encriptação/cifragem e firewalls.** Há uma série de programas que, atualmente, se podem usar nos computadores para proteger as redes e sistemas das empresas de invasores externos;

- 6. não ignorar/descurar o cuidado e atenção com os dispositivos móveis.** Por vezes, as instituições se esquecem de que os seus colaboradores utilizam *tablets*, *smartphones*, *smartwatches* que, com uso de determinadas aplicações, acedem aos sistemas da empresa e, não estando totalmente protegidos, todos estes dispositivos são possíveis portas de entrada para os *hackers*, nos seus sistemas informáticos. Deste modo, como referimos anteriormente, é essencial assegurar a segurança de todos os dispositivos ligados à rede que queremos proteger;
- 7. adotar boas práticas no uso de *Bluetooth* e localização GPS.** O *Bluetooth* e a localização GPS dos dispositivos devem estar, por regra, desligados quando não são necessários, porque os *hackers* também podem utilizar este tipo de ligações para “invadir” as redes das instituições;
- 8. assistir a formações e a cursos de cibersegurança.** As formas de ciberataques vão evoluindo e vão-se aperfeiçoando e o mesmo é verdade em relação às técnicas e protocolos de defesa, pelo que o conhecimento deve ser atualizado e a sensibilização deve ser cada vez maior, pois estes ataques acarretam riscos significativos, não só para as empresas e instituições, como para as pessoas que nelas trabalham e que podem ter os seus dados comprometidos;
- 9. contratar especialistas em cibersegurança.** Este é um mercado crescente em que a concorrência e a especialização têm evoluído muito ao longo dos últimos anos, sendo de valorizar o conhecimento que estes profissionais têm (e a contratação desses profissionais, após o período de pandemia, com um crescente mercado remoto, tem implicado crescentes exigências e dificuldades);
- 10. o caso especial da proteção de dados.** Tipicamente, quando ocorre um ciberataque, os maiores acidentes normalmente reportados são *data breaches* (fuga ou violação de dados) pelo que tem haver *Data Protection Officers* (doravante, designado abreviadamente por DPO's) e *Money Laundering Reporting Officers* (doravante, designado abreviadamente por AMLRO's) que, com o apoio de *task-forces*, possam minimizar o impacto e os malefícios que decorrem destes fenómenos.

## 6 OS CIBERATAQUES EM TEMPOS DE PANDEMIA

Com a pandemia provocada pela COVID-19 (e a conseqüente situação de sucessivos confinamentos em casa) intensificou-se o número de ocorrências de ciberataques, confirmando-se uma tendência que já vinha a crescer nos últimos anos. Esta realidade pode dever-se à “migração” da vida das pessoas para o mundo digital, impulsionada pelo aumento do teletrabalho e pelo facto

de atividades do dia-a-dia como a simples comunicação e algumas idas às compras, tenham sido realizadas quase exclusivamente *online*. Em geral, a pandemia intensificou tudo na vida das pessoas, o que acarretou também um aumento significativo dos registos de ciberataques e de cibercrimes<sup>17</sup>, assim como do número de reclamações *online* (os relatórios do Banco de Portugal<sup>18</sup> ou da CMVM<sup>19</sup> demonstram isso).

<sup>17</sup> Houve um aumento significativo no volume de incidentes de cibersegurança e nos números dos indicadores de cibercrime a partir de março de 2020 em comparação com o volume verificado em 2019, conforme concluído no Relatório Cibersegurança em Portugal – Riscos e Conflitos de 2021 do Observatório de Cibersegurança do Centro Nacional de Cibersegurança (CNCS), que analisa o ano de 2020 e perspectiva os anos de 2021 e 2022 (versão completa disponível em: <<https://www.cncs.gov.pt/docs/relatorio-riscosconflitos2021-observatoriociberseguranca-cnccs.pdf>>; e versão resumida disponível em: <<https://www.cncs.gov.pt/docs/relatorio15m-riscosconflitos2021-observatoriociberseguranca-cnccs.pdf>>). Nos termos do mesmo Relatório do CNCS as ciberameaças mais relevantes em 2020 foram o *phishing/smishing* (representaram 43% dos ciberincidentes), tendo sido a Banca o setor com mais incidentes registados (13%), seguido do setor de Prestadores de Serviços de Internet (11%). Ainda nos termos do referido Relatório, apesar da criminalidade em geral ter diminuído em 2020, o crime relacionado com a informática aumentou (+7,4% do total de crimes) bem como o volume de crimes de burla informática/comunicações registados pelas autoridades policiais aumentou em 2020 (+22% do que em 2019), sendo que a cibercriminalidade mais frequente com base no registo de denúncias em 2020 foi a defraudação na utilização do MBWay.

<sup>18</sup> Nos termos do Relatório de Supervisão Comportamental relativo a 2020, do BdP, os clientes bancários apresentaram em 2020 mais 8,6% de reclamações, relativas a matérias sujeitas à supervisão do BdP, do que em 2019 (disponível em: <<https://www.bportugal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-sinopse-de-atividades-de-supervisao-3>>); já nos termos do Relatório de Supervisão Comportamental relativo a 2021, do BdP, foram apresentadas em 2021 menos 1,7% do que em 2020 (disponível em: <<https://www.bportugal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-o-relatorio-de-supervisao-comportamental-de-2021-0>>). Já no 1.º semestre de 2021, o Livro de Reclamações Eletrónico (LRE) foi o canal mais utilizado pelos clientes bancários (39,6% das reclamações apresentadas) sendo que uma grande parte das reclamações dizem respeito a situações fraudulentas (quanto a cartões de pagamento 36,6%, quanto a transferências de crédito 18,4%), cfr. referido na Sinopse de Atividades de Supervisão Comportamental do BdP (relativa ao 1.º semestre de 2021), disponível em: <<https://www.bportugal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-sinopse-de-atividades-de-supervisao-3>> (p. 63 e ss.). Em 2022, o LRE foi o segundo canal mais utilizado, tendo sido apresentadas 32% das reclamações através do mesmo. Esta diminuição coincide com uma altura em que voltamos a experienciar alguma normalidade no “mundo físico” o que reforça o nosso entendimento de que a pandemia foi um dos grandes motivos para os aumentos que se verificaram em 2020 e 2021 (disponível em: <[https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/rsc\\_2022\\_pt.pdf](https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/rsc_2022_pt.pdf)>).

<sup>19</sup> Nos termos do Relatório sobre Reclamações e Pedidos de Informação relativo a 2020, da CMVM, foi registado um aumento de 5% no número de reclamações recebidas dos investidores em 2020 face ao ano de 2019, sendo que o aumento mais significativo ocorreu entre abril e junho de 2020, com o número médio de reclamações recebidas durante estes meses a crescer 76% face ao trimestre anterior (disponível em: <<https://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20210330r.aspx>>). Já nos termos do Relatório sobre Reclamações e Pedidos de Informação relativo a 2021, da CMVM, foi verificada uma descida de 21% no número de reclamações face a 2020, sendo que tal diminuição reflete sobretudo a menor volatilidade nos mercados financeiros quando comparado com o ano de 2020, muito marcado pelo contexto pandémico (disponível em: <<https://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20220406a.aspx?v=>>>). Em contrapartida, no Relatório sobre Reclamações e Pedidos de Informação relativo a 2022, a CMVM indica que recebeu 451 reclamações, o que representa um aumento de 35% face ao ano anterior e o número mais elevado dos últimos quatro anos. O contexto de incerteza económica experienciado na época a que podemos chamar pós-Covid-19 pode ser um dos fatores que explica a flutuação dos mercados e o aumento das reclamações (disponível em: <[https://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/Publicacoes/rel\\_reclamacoes/Documents/RELATORIO%20ANUAL%20DE%20RECLAMA%C3%87%C3%95ES%20-%202022%20-%2029.03.2023.pdf](https://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/Publicacoes/rel_reclamacoes/Documents/RELATORIO%20ANUAL%20DE%20RECLAMA%C3%87%C3%95ES%20-%202022%20-%2029.03.2023.pdf)>).

Nos anos de 2020/2021, aumentou o teletrabalho e isto significa que as pessoas deixaram de trabalhar “dentro da bolha do escritório”, na qual tinham computadores que estavam diretamente ligados à *internet* e à *intranet* das instituições e passaram a estar ligados à internet de casa com os novos *desktops* e *laptops* que passaram a representar um risco acrescido. Os bancos (e as instituições em geral) começaram a funcionar de forma remota e viram-se forçados a pensar com mais atenção e a reforçar a sua cibersegurança. Aumentou também exponencialmente a abertura de contas bancárias à distância, de *smartpayments*, de pagamentos com uso de soluções sem contactos ou de compras *online*, em consequência da situação pandémica global.

Assim, para termos alguma noção quantitativa, de acordo com alguns estudos, para o caso dos Estados Unidos da América, o envio de mensagens de *spam* terá aumentado cerca de 220 vezes só em fevereiro e março de 2020, os ataques de *malware* e os *e-mails* de *phishing* aumentaram ainda mais<sup>20</sup>.

Os atacantes aproveit(ar)am vários aspetos da pandemia de coronavírus e dos isolamentos para enganar as vítimas. Os *hackers* aproveitaram a realidade para criar falsas novas sensações de emergência e usufruir da incerteza e inquietação das pessoas, que viviam uma situação sem precedente, para aumentar a sensação de perigo e de preocupação, porque as pessoas (colaboradores e clientes), perante o *stress* e em estado de alerta reagem de forma mais impulsiva e menos racional, o que facilita a utilização de meios ardilosos, essenciais para estes ataques. Com base nesta realidade, durante os anos da pandemia (2020, 2021 e também 2022) multiplicaram-se os alertas e avisos dos bancos aos seus clientes (“*raise customer awareness*”) numa tentativa de diminuir os ciberataques por meio da sensibilização dos utilizadores.

No Reino Unido, a Associação Inglesa de Bancos reportou que já teriam sido pagos mais de 147 mil/milhões de libras para compensar perdas derivadas de ciberataques, estimando-se que mais do dobro tenha sido perdido<sup>21</sup>. Em termos globais, são 32,4 biliões de dólares com fraudes de pagamentos. Houve vítimas muito diferentes, que vão desde os clientes “pequeninos”, a senhora que está a receber um valor pelo MBWay (e não consegue perceber porque dá o seu número de telemóvel e está alguém a usar o seu MBWay) até à Honda, Microsoft e a Autoridade Bancária Europeia (European Banking Agency – EBA)<sup>22</sup>. Desta

<sup>20</sup> Neste sentido, cfr., por exemplo, quanto aos e-mails de phishing: <<https://biac.org/wp-content/uploads/2020/08/Business-at-OECD-Policy-Brief-Covid-19-and-Digital-Security.pdf>>, p. 2. e, quanto ao envio de mensagens spam: <<https://tech-pt.netlify.app/articles/pt525502/index.htm>> (consultados em junho de 2021).

<sup>21</sup> Sobre estes temas, cfr. <<https://www.agcs.allianz.com/news-and-insights/expert-risk-articles/financial-services-risk-cyber.html>> ou <<https://www.ukfinance.org.uk/system/files/Fraud%20The%20Facts%202021-%20FINAL.pdf>>.

<sup>22</sup> Sobre os ataques no sistema financeiro, é interessante ler o que a imprensa reportou sobre estes temas, em: <<https://visao.sapo.pt/exameinformatica/noticias-ei/internet/2020-03-17-banco-de-portugal-nega-ter-sido-atacado-por-hackers-da-cyberteam/>>, em <<https://observador.pt/2022/05/02/e-uma-inevitabilidade-que-haja-um-grande-ataque-cibernetico-a-bancos/>>, em: <<https://www.dn.pt/sociedade/ciberataques-aumentaram-79-em-portugal-em-2020-13734040.html>> ou em: <<https://www.forbespt.com/cibercrime-ataques-crescem-e>>



forma, enfrentamos ameaças emergentes, fraudes com cartões de crédito e uma engenharia social cada vez mais criativa (tal como o branqueamento de capitais) em que o elo mais fraco é o “utilizador”.

## **7 OCORREU UM CIBERATAQUE, E DEPOIS? O QUE PODE SER FEITO E O QUE DEVE SER APRENDIDO?**

Em tópicos muito sintéticos, resumimos os passos que têm sido sugeridos para tentar minimizar os impactos da ocorrência de um ciberataque:

- identificar os danos;
- identificar as falhas dos sistemas de segurança e substituir o que falhou por novas soluções;
- suspender as atividades e acessos à rede que forem necessários para descobrir o vírus;
- impedir a disseminação do vírus;
- investir em *software* adequado;
- aproveitar os *backups*;
- reforçar as nossas *passwords*;
- “respirar fundo” (e partilhar conhecimento!).

Depois da ocorrência de um ciberataque existe, à partida, um dever de comunicação às autoridades competentes, nomeadamente, o Banco de Portugal (BdP) e/ou o Banco Central Europeu (BCE), a Comissão Nacional da Proteção de Dados (CNPd) e o Centro Nacional de Cibersegurança (CNCS). O problema destes reportes é que são previstos prazos muito curtos para os fazer, numa lógica de minimização de danos e resposta célere, mas isto faz com que uma empresa sobre ataque ou que tem os seus meios sobretudo alocados a combater/minimizar o ataque tenha de os “dispersar” para cumprir estas exigências legais.

O Banco de Portugal emitiu uma instrução específica, a Instrução n.º 21/2019, de 25 de novembro, que regulamenta o reporte de incidentes de cibersegurança em entidades supervisionadas pelo BdP e em instituições de crédito significantes com sede em Portugal supervisionadas pelo BCE. Esta multiplicação de reportes pode implicar muitas dificuldades práticas, exigindo

---

atingem-tambem-consumidores/>. A própria Universidade de Lisboa foi alvo de um ciberataque já depois da realização da conferência transcrita neste texto.

que as instituições estejam, ao mesmo tempo, a tentar lidar com um ciberataque para o travar o mais rapidamente possível, a fazer reportes ao BdP, ao BCE, à CNPD, ao CNCS e, eventualmente, fazer um reporte aos clientes da instituição atacada, caso os seus dados tenham sido indevidamente expostos.

Como em tudo na vida, quando as coisas correm mal, o que é que podemos fazer? Detetar as nossas fragilidades e pontos fracos e reforçá-los para o futuro, reconhecendo que existem barreiras ou defesas que funcionaram, investindo nessas mesmas soluções.

Já enquanto este texto se encontrava na sua última revisão, durante o ano de 2023, temos assistido a progressos significativos na seara legislativa e que representam um esforço constante dos reguladores europeus para acompanhar os constantes desenvolvimentos que se verificam em matéria de cibersegurança<sup>23</sup>. No dia 16 de janeiro de 2023, foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia o Regulamento (UE) 2022/2554 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de dezembro de 2022, comumente conhecido por *Digital Operational Resilience Act* (“DORA”), que tem como objetivo alcançar um elevado nível de resiliência operacional digital em relação a todas as entidades reguladas do setor financeiro, o que só será possível com a harmonização das várias regras de direito da União Europeia e dos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais. Uma vez que se trata de um Regulamento, o diploma será diretamente aplicável aos Estados-Membros a partir do dia 17 de janeiro de 2025.

A aprovação deste diploma integra, em termos legislativo, muitas das preocupações que temos vindo a referir, nomeadamente impõe deveres de:

- i. *governance*, na medida em que as entidades abrangidas pelo Regulamento devem implementar medidas de controlo interno para detetar e reagir de forma célere a riscos que possam surgir das tecnologias de informação e comunicação (“TIC”);
- ii. gestão de risco, que passa pela aprovação dos planos de cibersegurança que temos vindo a referir e que impõe a implementação de sistemas de segurança reconhecidos internacionalmente, assim como um controlo e monitorização desta implementação e a realização de testes de resiliência das ferramentas e sistemas;
- iii. reporte (cf. artigos 17.º a 19.º do DORA).

Para além destas obrigações, prevêem-se ainda menções mínimas que devem vir referidas nos contratos celebrados com prestadores de serviços

<sup>23</sup> Para reforçar o que temos vindo a afirmar em relação às constantes inovações legislativas sobre o tema que se desenvolve no presente artigo, cabe referir que os importantíssimos diplomas para estes temas: a Diretiva de cibersegurança (NIS2) e o Regulamento para a resiliência das entidades financeiras (DORA), foram aprovados em 2022 posteriormente à conferência e à redação do texto original que ainda se limitava a antecipá-los.

quando estejam em causa serviços TIC considerados críticos, previstos no artigo 30.º do DORA, mais concretamente, no seu n.º 3.

Para além do DORA, em fevereiro de 2023 foi aprovada a Diretiva (UE) 2022/2555 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022, também denominada NIS 2, que procura estabelecer um padrão de cibersegurança comum na União Europeia. Esta Diretiva terá de ser transposta pelos Estados-Membros até 2024, mas reforça este dever de comunicação às entidades competentes e aos utilizadores que possam ver os seus dados comprometidos (cf. artigo 23.º da NIS 2), assim como a necessidade das empresas e instituições abrangidas adotarem medidas de gestão de riscos de cibersegurança (cf. artigo 21.º da NIS 2) e o dever de formação que recai sobre as entidades obrigadas neste âmbito (cf. artigo 20.º da NIS 2).

### **7.1 Temos as Pessoas Certas, nos Lugares Certos?**

Atualmente, a cibersegurança é a principal preocupação dos bancos, segundo um estudo em 37 dos Estados que compõem os Estados Unidos da América. As instituições financeiras são 300 vezes mais atacadas do que as outras instituições (quanto a este tema, v. CARTER, 2022). Ademais, as instituições financeiras conhecem bem os quatro principais tipos de ataque (SQLi, LFI, XSS e OGNL Java Injection) e a maior parte das instituições financeiras teve um grande “ciberincidente” recentemente.

Não só o número de ciberataques continua a aumentar, mas também o número de “ciberacidentes” tem vindo a aumentar (grande parte dos casos de *data breach* decorrem ou de violação de procedimentos internos das instituições ou descuidos que podiam ser evitados).

Adicionalmente, existem ainda ataques que surgem de “agentes” internos (*insiders*) e que são os “piores” porque implicam mais custos para as instituições, demoram mais tempo a ser detetados e são os mais agressivos. Os bancos e as instituições financeiras têm aumentado muito os orçamentos alocados à sua cibersegurança – e serão das instituições que estão a investir mais nesta área, mais do que qualquer outra indústria, o que significou uma melhoria na prevenção dos ciberincidentes. No entanto, continua a existir uma lógica de reação aos ciberataques e não uma lógica de prevenção, o que, necessariamente, implica que os riscos e danos que surgem destes fenómenos ainda têm grande impacto nas instituições.

Já os reguladores e os supervisores também estão mais preparados (desde logo com os reportes múltiplos que permitem um *enforcement* mais eficaz e atento). Em particular, o BdP está cada vez mais preparado e tem vindo a investir

neste tema da cibersegurança, a par das restantes autoridades de supervisão, que também estão a investir, o que provoca uma melhoria dos sistemas e da forma como se tem lidado com estas situações.

Também em termos resumidos, no âmbito da cibersegurança, há uma necessidade de:

- ter novas ferramentas tecnológicas à disposição das várias instituições e entidades;
- garantir a multidisciplinariedade das pessoas envolvidas no contra-ataque;
- investir na cibersegurança (e ninguém está a investir mais e melhor do que os “bancos tradicionais”, o que faz com que se tornem uma aposta mais segura do que as novas *fintech* que aparecem quase como cogumelos).

Por tudo isto, temos de fazer por ter (e de acreditar que temos) as pessoas certas nos lugares certos, para fazer face às necessidades específicas de cibersegurança de cada instituição.

## **7.2 Novos Problemas e Riscos para Equilibrar**

A inovação e rapidez características desta área em constante evolução fazem com que surjam novos problemas e novos riscos que têm de ser ponderados, dos quais destacamos os seguintes:

1. mais possibilidades de anonimato e, ao mesmo tempo, menos privacidade;
2. montagem de estruturas complexas está mais facilitada;
3. falta de fronteiras: possibilidade de abrir contas, facilmente, em diferentes países da UE, sem despende muito tempo e sem deslocações;
4. facilidades nas transferências internacionais;
5. existência de entidades menores com menos capacidade e estruturas de situações suspeitas/de risco;
6. falta de incentivos para bancos investirem em inovação tecnológica;
7. cada vez mais entidades responsáveis (conforme previsto na PSD2, a Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho).

### 7.3 Novos Benefícios e Vantagens para Explorar

Ainda antes de ocorrer qualquer ciberataque, mas sobretudo após uma instituição financeira ser vítima de um ciberataque, há um conjunto de possibilidades que devem ser ponderadas e aplicadas de forma a reforçar a cibersegurança e a diminuir o “ciberrisco” de cada instituição financeira, de entre as quais destacamos as seguintes:

1. quanto ao *Know Your Customer* (KYC), por exemplo, registo digital de clientes, fotografias, videochamadas gravadas, geolocalização, entre outros;
2. quanto ao *Know Your Transaction* (KYT), por exemplo, *tracing*, registo de operações, entre outros;
3. encriptação, cifragem e proteção dos dados e identidades dos clientes;
4. *machine learning*, *big data* e Inteligência Artificial (IA). Quanto ao *machine learning*, é possível ser utilizado para analisar temas específicos, como (i) entradas em numerário, (ii) entradas “estranhas”, tendo em conta a atividade declarada do beneficiário, ou (iii) entradas anormais, dado o historial da conta (atendendo a padrões que antes/hoje ainda não conseguimos detetar); quanto ao *big data*, pode ser utilizado para análise de operações e padrões de comportamento.

Com a utilização destes vários meios e destas possibilidades, ainda que exista pouca abertura para tal (mesmo nos sistemas de risco de crédito), os bancos podem conseguir ganhos muito positivos, tais como:

1. reduzir o número de falsos positivos;
2. detetar padrões que antes passariam despercebidos;
3. reduzir custos de *compliance*;
4. realocar esforços e energias.

### 8 INÉRCIA E DESINCENTIVOS – ALGUMAS NOTAS, QUASE A TERMINAR

Entrando na parte mais “enumerada” e resumida deste texto, nestes domínios podemos identificar as seguintes “inércias e desincentivos” ao desenvolvimento tecnológico por parte das instituições:

- problema de compreensão pelo regulador (não percebe ou aceita os novos sistemas, o que queria uma área de “desregulamentação” potencialmente perigosa, pois os utilizadores recorrem a estas novas soluções de qualquer forma);
- riscos e custos numa aposta que pode sair frustrada;
- arriscar sanções pela falta/falha dos sistemas informáticos:
  - conservação de dados;
  - acesso aos dados;
  - violação de segredo bancário e profissional.

## **9 DICAS E NOTAS FINAIS (ALGUNS OBJETIVOS A PROSSEGUIR)**

O objetivo maior nestes domínios (como reguladores ou como agentes “lícitos” no mercado) tem de ser trabalhar para garantir a maior proteção possível dos dados pessoais e de todo o tipo de dados que são confiados pelas pessoas, tanto singulares como coletivas, a cada empresa, a cada Banco, e que, por se encontrarem armazenados em rede, *online*, acabam por estar, possivelmente, sujeitos a vários tipos de tentativas de ciberataque.

Outro grande objetivo nos parece ser o de aumentar o conhecimento e a literacia sobre cibersegurança, sobre os comportamentos de risco e os comportamentos preventivos que as pessoas, em geral, podem adotar.

Por mais que as empresas, os bancos e as mais variadas entidades montem estruturas e sistemas para desenvolverem a sua atividade em segurança, invistam em sistemas de proteção dos dados contra ciberataques, no fim do dia é fundamental que todos nós, que utilizamos os vários sistemas *online*, tenhamos a consciência do que são comportamentos de risco e optemos, conscientemente, por adotar comportamentos defensivos. Assim, torna-se imprescindível a realização de ações de formação adaptadas à realidade efetiva das empresas que sejam articuladas tendo em vista a especificidade do setor em que atuam.

Outra preocupação que não pode ser esquecida prende-se com a necessidade de estimular a inovação tecnológica a favor da prevenção do branqueamento de capitais e do combate ao financiamento do terrorismo, como já tem acontecido com o combate à fraude. A possibilidade de angariar, lícitamente ou não, muito dinheiro numa ponta do mundo e abrir uma conta bancária na outra ponta, tudo por meios informáticos, faz com que se torne necessário, ou no mínimo recomendável, que existam sistemas tecnologicamente capazes de controlar a criação de alguns esquemas informáticos.

Neste sentido, para além da necessidade de estimular a inovação tecnológica a favor da prevenção do branqueamento de capitais, é também necessário dotar tanto as entidades reguladoras como as entidades policiais dos meios, dos sistemas e dos conhecimentos informáticos avançados necessários para que estas possam controlar e mitigar os riscos que surgem destas novas operações.

Não será realista querer que uma entidade reguladora ou policial controle os crimes que ocorrem *online*, no meio informático, sem que lhes seja dado os meios e conhecimentos informáticos avançados e necessários para “correr atrás dos *hackers*”, é como dar cavalos a agentes da polícia e pedir-lhes que cavalguem atrás dos criminosos que seguem a conduzir carros de alta cilindrada: nunca os vão alcançar, por muito que se esforcem.

Adicionalmente, revela-se necessário adaptar os sistemas de PBCFT/PD às realidades concretas de cada setor de atividade, como, a título de exemplo, aos setores da hotelaria, imobiliário, comércio (sobretudo dos designados bens de luxo), plataformas de financiamento colaborativo, *start-ups* tecnológicas e *fintechs*.

Para além de tudo isto, é ainda necessário apostar na supervisão integrada e que tenha os meios tecnológicos “de ponta” à sua disposição, para que o seu trabalho possa ser desempenhado o melhor possível. Dentro das entidades reguladas tem de se verificar uma forte relação, que garanta a sua “sintonização”, entre os DPO’s e os *Compliance Officers* de cada banco, de cada empresa ou entidade, dado que ambas as funções têm algumas preocupações comuns e partilhadas relativamente à proteção de dados (do segredo às garantias de não divulgação), que se deve refletir nos códigos de conduta e regulamentos internos das diversas instituições.

Há muitas recomendações e reflexões que, por certo, ainda estão por ser feitas relativamente a todo este mundo novo da cibersegurança nos bancos e nas empresas e, em particular, quanto aos *ciberataques*, aos *smartpayemnts*, à *smart fraud* e até à *smart AML*. Como qualquer jurista sabe, a regra é o Direito “andar atrás” da realidade. Ora, no que toca a regular transações, atividades e atuações *online*, utilizando essa invenção extraordinária que é a Internet, não existirá seguramente uma exceção e o Direito terá de fazer um *sprint* para conseguir acompanhar o seu desenvolvimento.

Basta pensar no início da Internet no mundo: há 50 anos não existia sequer Internet, muito menos teria o impacto e a importância que lhe conhecemos nos dias de hoje, e termos como ‘cibersegurança’ ou ‘smartpayments’ não eram sequer utilizados nem tampouco imagináveis. A Internet conseguiu criar um admirável mundo novo, cheio de coisas boas e de novas oportunidades de comunicação, mas também trouxe ao mundo real todo um novo mundo de novos problemas e desafios que têm de ser refletidos e ponderados, exigindo-se novas respostas e ideias do Direito e dos juristas, em articulação com especialistas de outras áreas do conhecimento, como a engenharia ou a economia.

## BIBLIOGRAFIA

AGNER, Ben; KETTEMAN, Matthias C.; VIETH, Kilian (Ed.). **Research handbook on human rights and digital technology**: global politics, law and international relations. Cheltenham: Edward Elgar, 2020.

ALBERT, Thomas G. Crypto nation Switzerland: a legal and regulatory overview on recent developments. In: **Journal of International Banking Law and Regulation**, London, Ed. Sweet and Maxwell, v. 33, n. 9, p. 326-330, 2018.

ALLDRIDGE, Peter. **What went wrong with money laundering law?** [S. 1.]: Palgrave Pivot, 2016.

ALVES, Diogo Lopes. O papel fundamental da cibersegurança na proteção de dados pessoais. In: **Anuário da Proteção de Dados**, Lisboa, Ed. Observatório da Proteção de Dados Pessoais; Nova School of Law; Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. p. 121-154, 2021.

BERGSTRÖM, Maria. The many uses of anti-money laundering regulation: over time and into the future. In: **German Law Journal**, Wiesbaden, Ed. EBS Law School, vol. 19, n.º 5, p. 1.149-1.168, 2018.

BRUNO, Giovanni. La cybersecurity nel sistema del diritto europeo. In: BRUNO, Giovanni (a cura de). **Diritto delle comunicazioni**, Turim: G. Giappichelli, 2019. p. 467-479.

BUSCH, Danny; VAN DAM, Cees C. A bank's duty of care: perspectives from european and comparative law. In: **A Bank's Duty of Care**. Oregon: Hart, 2017. p. 374-445.

CARTER, Pape, Four worries bank cybersecurity experts face. April 28, 2022. Disponível em: <<https://www.americanbanker.com/list/four-worries-bank-cybersecurity-experts-face>>.

CARTER, Michael. Monet laundering: expanding the BSA to target the art market. 2018. Disponível em: <<http://amonsocial.alvarezandmarsal.com/post/102ey0j/monet-laundering-expanding-the-bsa-to-target-the-art-market>>.

CORDEIRO, António Menezes; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; DUARTE, Diogo Pereira (Coord.). **FinTech**: desafios sobre tecnologia financeira. 2. ed. v. 1. 2019a.

CORDEIRO, António Menezes; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; DUARTE, Diogo Pereira (Coord.). **FinTech**: desafios sobre tecnologia financeira. 2. ed. v. 2. 2019b.

CORTEZ, Frederico. *A internet of everything* e a dimensão *ciber* do terrorismo.



In: **Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses**, Lisboa, Ed. IC3F, n. 5, p. 96-121, dez. 2019.

COSTA, José Neves da. Responsabilidade penal das instituições de crédito e do chief compliance officer no crime de branqueamento. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). **Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 303-341.

DIDENKO, Anton N. Cybersecurity regulation in the financial sector: prospects of legal harmonization in the European Union and beyond. In: **Uniform Law Review**, Oxford, Ed. Oxford University Press, v. 25, n. 1, p. 125-167, 2020.

DUARTE, Diogo Pereira; PASSARADAS, Francisco. Gestão de risco, compliance e auditoria interna. In: CORDEIRO, António Menezes (Coord.). **Estudos de direito bancário**. v. I Coimbra: Almedina, 2018. p. 193-227.

EDWARDS, Graeme. **Cybercrime investigators handbook**. Hoboken: Wiley, 2020.

ENISA – EUROPEAN UNION AGENCY FOR CYBERSECURITY. Identifying Emerging Cyber Security Threats and Challenges for 2030. March, 29, 2023. Disponível em: <<https://www.enisa.europa.eu/publications/enisa-foresight-cybersecurity-threats-for-2030>>.

ESTEVES, José; RAMALHO, Elisabete; HARO, Guillermo de. To improve cybersecurity, think like a hacker. In: **MIT Sloan Management Review**, Massachusetts, Ed. Massachusetts Institute of Technology, v. 58, Issue 3, p. 71, 2017.

FRANCO, Víctor Eduardo Deutsch. **Ciberseguridad para directivos: riesgos, control y eficiencia de las tecnologías de la información (acción empresarial)**. Córdoba: Almuzara. 2022.

GARCIA, Maite Moreno. **Gestión de incidentes de ciberseguridad**. Bogotá (Colômbia) / México (D.C.): La U / RA-MA, 2022.

GERALDES, Sofia Martins. A estratégia de cibersegurança da União Europeia: catastrofista, realista e/ou otimista? In: **Nação e Defesa**, Lisboa, Ed. Instituto de Defesa Nacional, n.º 154, p. 69-88, dez. 2019.

GIRARD, Lucas. Impactos ambientais da mineração de criptomoedas. In: **Boletim**, São Paulo, Centro de Estudos Sociedade e Tecnologia, Universidade de São Paulo, v. 3, n. 6, agosto 2018.

GRAY, David; HENDERSON, Stephen E. (Ed.). **The Cambridge handbook of surveillance law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

GUIMARÃES, Márcio Jorge Ferreira. O contributo da União Europeia para a segurança da informação: a proteção da identidade digital dos cidadãos e a

posição soberana dos Estados aplicada aos conflitos no ciberespaço. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito)– Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020.

JOHANSEN, Gerard. **Digital forensics and incident response: incident response tools and techniques for effective cyber threat response**. 3<sup>rd</sup>. ed. Birmingham (Reino Unido): Packt, 2022.

KARAPATAKIS, Andreas. Virtual worlds and money laundering under EU law: the inadequacy of the existing legal framework and the challenges of regulation. In: **New Journal of European Criminal Law**, Mortsel (Belgium), Ed. Sage, v. 10, n.º 2, p. 128-150, 2019.

KOSSEFF, Jeff. Hacking cybersecurity law. In: **University of Illinois Law Review**, Champaign (Illinois), Ed. University of Illinois College of Law, n.º 3, p. 811-849, 2020.

LEONETTI, Xavier. **Smartsécurité et cyberjustice**. Paris: Presses Universitaires de France, 2021.

LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele. **Chasing criminal money: challenges and perspectives on asset recovery in the EU**: Oxford: Hart, 2017.

LINHARDT, Stefanie. Crypto mania how central banks are responding to a new threat. In: *The Banker*, April Edition. 2018a. Disponível em: <<http://ec2-54-72-50-240.eu-west-1.compute.amazonaws.com/World/Crypto-mania-how-central-banks-are-responding-to-a-new-threat?ct=true>>.

LINHARDT, Stefanie. Supervisors or enforcers: who steers AML in Europe? In: *The Banker*, October Edition. 2018b. Disponível em: <<https://www.thebanker.com/World/Western-Europe/Supervisors-or-enforcers-who-steers-AML-in-Europe>>.

LOOSVELD, Stefaan. The 5<sup>th</sup> EU anti-money laundering directive: virtual currencies and other novelties. In: **Journal of International Banking Law and Regulation**, London, Sweet and Maxwell, v. 33, n. 9, p. 297-304, 2018.

MACHADO, Miguel da Câmara. Deveres antibraneamento de capitais: de onde vieram, quais são e como vão evoluir (do “4G” ao “5G”). In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). **Novos estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal**. Coimbra: Almedina, 2020b. p. 259-351.

MACHADO, Miguel da Câmara. Estes regimes vão autodestruir-se em 5 segundos. In: MACHADO, Miguel da Câmara (Org.). **Regimes da prevenção do branqueamento de capitais e compliance bancário**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 9-19.

MACHADO, Miguel da Câmara. Novas regras sancionatórias (bancárias e financeiras): a reforma do RGICSF em matéria contraordenacional ou

o despertar de um direito processual das contraordenações bancárias e financeiras. In: **Revista de Direito Civil**, Coimbra, Ed. Almedina, a. II, n.º 2, p. 359-385, 2017.

MACHADO, Miguel da Câmara. (Un)reasonable searches and seizures? algumas dúvidas, medos e ansiedades sobre a Lei n.º 17/2019 e o dever de denunciar contas acima de cinquenta mil euros. In: **Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais**, vol. 1, n.º 2, p. 199-217, mar.-abr. 2020a.

MARQUES, António Gameiro; SANTOS, Lino. Riscos e desafios futuros para a cibersegurança. In: **Segurança e Defesa**, n.º 42, p. 51-60, jul. 2021.

McCARTHY, Killian. **The money laundering market**: regulating the criminal economy. Newcastle: Agenda, 2018.

MENDES, Paulo Sousa de. A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia. In: **Católica Law Review**, Lisboa, Ed. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, v. 1, n. 3, p. 127-156, nov. 2017.

NATWICK, Dwayne. **Microsoft cybersecurity architect exam Ref SC-100**: get certified with ease while learning how to develop highly effective cybersecurity strategies. Birmingham (Reino Unido): Packt, 2023.

NUNES, Carlos Casimiro. As ações de prevenção de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo do DCIAP. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, a.41, n.º 162, p. 53-75, abr.-jun. 2020.

NUNES, Carlos Casimiro. O Ministério Público na prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, a. 39, n.º 153, p. 93-140, jan.-mar. 2018.

O'CONNOR, Denis. EU fifth anti-money laundering directive: can banks handle it? 11.10.2018. Disponível em: <<https://kyc360.com/article/eu-fifth-anti-money-laundering-directive-key-points-banks/>>.

OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Definição de perfis e decisões individuais automatizadas no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. In: CORDEIRO, António Menezes; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; DUARTE, Diogo Pereira (Coord.). **FinTech**: desafios sobre tecnologia financeira. 2. ed. v. 2. 2019. p. 61-88.

OZKAYA, Erdal. **Cybersecurity**: the beginner's guide: a comprehensive guide to getting started in cybersecurity. Birmingham (Reino Unido): Packt, 2019.

PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa

(Coord.). Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal. Coimbra: Almedina, 2018.

PATRÍCIO, Rui; MATOS, Nuno Igreja. Corrupção e branqueamento: das relações incestuosas às (a)tipicidades. In: **Revista Estudos Projeto ETHOS: corrupção e criminalidade económico-financeira**. Lisboa, Ed. Procuradoria-Geral da República, p. 51-79, 2018.

PATRÍCIO, Rui; MATOS, Nuno Igreja. **Direito penal económico**: uma política criminal na era *compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

PEHLIVAN, Ceyhun Necate. **Global Privacy Law Review**, Alphen Aan Den Rijn (Holanda), Ed. Kluwer Law Internacional, v. I, n.º 1, February 2020.

RAINS, Tim. **Cybersecurity threats, malware trends, and strategies**: discover risk mitigation strategies for modern threats to your organization. 2<sup>nd</sup> edition. Birmingham (Reino Unido): Packt, 2023.

RAMALHO, David Silva; MATOS, Nuno Igreja. Branqueamento e Bitcoin: uma introdução. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, a. 41, n.º 162, p. 77-115, (abr.-jun. 2020).

RAMOS, Paulo Simões. When the old meets the new: an insight on the possible rebirth of the doctrine of belligerency in the framework of jus in bello cyber operations. In: DUARTE, Maria Luísa; LANCEIRO, Rui Tavares; DUARTE, Francisco de Abreu (Coord.). **Ordem jurídica global do século XXI**: sujeitos e actores no palco internacional. Lisboa: AAFDL, 2020. p. 279-299.

RYDER, Nicholas. **The financial war on terrorism: a review of counter-terrorist financing strategies since 2001**. Nova Iorque: Routledge, 2015.

SALGUEIRO, Ana Cláudia. Branqueamento de capitais e moedas virtuais. 28.12.2018. Disponível em: <[http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1546006920branqueamento\\_de\\_capitais\\_e\\_moedas\\_virtuais.pdf](http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1546006920branqueamento_de_capitais_e_moedas_virtuais.pdf)>.

SANCHEZ FRÍAS, Alejandro. The EU directive on combating terrorism and the criminalisation of travelling. In: **European Criminal Law Review**, Lüneburg, Ed. Nomos, v. 8, n. 2, p. 201-222, 2018.

SANTIS, Fausto Martin de. **Football, gambling, and money laundering**: a global criminal justice perspective. Londres: Springer, 2014.

SANTIS, Fausto Martin de. **Money laundering through art**: a criminal justice perspective. Londres: Springer, 2013.

SICLARI, Domenico (Ed.). **The new anti-money laundering law**: first perspectives on the 4th European Union directive. Heidelberg: Palgrave Macmillan, 2016.

SARTORI, Daria. Michaud V. France: a step forward into the Bosphorus doctrine, or a step backward into “subjective” foreseeability? 2012. Disponível em: <<https://strasbourgobservers.com/2012/12/21/michaud-v-france-a-step-forward-into-the-bosphorus-doctrine-or-a-step-backward-into-subjective-foreseeability/>>.

SATULA, Benja. **Branqueamento de capitais**. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2010.

SHCHERBAK, Sergii. How should bitcoin be regulated? In: **European Journal of Legal Studies**, Florence (Italy), Ed. Department of Law of the European University Institute (EUI), v. 7, n.º 1, p. 45-91, 2013.

SILVA, Patrícia Godinho. Recent developments in EU legislation on anti-money laundering and terrorist financing. In: **New Journal of European Criminal Law**, Mortsel (Belgium), Ed. Sage, v. 10, n.º 1, p. 57-67, 2019.

SMALL, Zachary. Art dealers could be under more financial scrutiny with New US bill. 2018. Disponível em: <<https://hyperallergic.com/448705/bank-secrecy-act-art-dealers-luke-messer/>>.

SNYERS, Alexander; PAUWELS, Karl. ICOs in Belgium: down the rabbit hole into legal no man’s land? In: **International Company and Commercial Law Review**, London, Ed. Sweet and Maxwell, v. 29, n. 8, p. 483-510. 2018.

STESSENS, Guy. **Money laundering: a new international law enforcement model**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

STORRER, Pierre; ROUSSILLE, Myriam. Nouveaux moyens de paiement, banque digitale et protection des données. In: **Banque & Droit**, n. 180, Paris, Ed. Dalloz, p. 35-38, jui-aoû 2018.

TORRES KEENLYSIDE, Adrià; CONTRERAS SOLER, Beatriz; GARRÓS FONT, Imma. Análisis criminológico, técnico y legal del phishing. In: **Revista Aranzadi Doctrinal**, Madrid, Ed. Thomson Reuters, n.º 9, p. 69-95, octubre 2021.

TRENO, Inês. How machine learning can fight new fraud as open banking reshapes commerce. 10.03.2018. Disponível em: <<https://feedzai.com/blog/machine-learning-can-fight-new-fraud-open-banking-reshapes-commerce/>>.

VALENTE, Piergiorgio. Bitcoin and virtual currencies are real: are regulators still virtual? In: Intertax, Alphen Aan Den Rijn (Holanda), Ed. Kluwer Law Internacional, v. 46, n. 6/7, , p. 541-549, 2018.

VAN WEGBERG, Rolf; OERLEMANS, Jan-Jaap; VAN DEVENTER, Oskar. Bitcoin money laundering: mixed results? an explorative study on money laundering of cybercrime proceeds using bitcoin. In: Journal of Financial Crime, Leeds (England), Ed. Emerald, v. 25, n.º 2, p. 419-435, 2018.

VICENTE, Dário Moura; CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. A proteção de dados pessoais na internet à luz do direito comparado. In: **Revista de Direito Intelectual**, Lisboa, Ed. Almedina, n.º 2, p. 45-90, 2018.

VIDA Judiciária. N.º 205, Porto, Ed. Vida Económica, jan.-fev. 2018 (Edição temática lusófona dedicada ao branqueamento de capitais e “compliance”).

WAHL, Thomas. 5<sup>th</sup> anti-money laundering directive. 18.09.2018. Disponível em: <<https://eucrim.eu/news/5th-anti-money-laundering-directive/>>.

WAHL, Thomas. New directive on criminalisation of money laundering. 23.02.2019. Disponível em: <<https://eucrim.eu/news/new-directive-criminalisation-money-laundering/>>.

YU, Sounil. Cyber defense matrix: the essential guide to navigating the cybersecurity landscape. JupiterOne, 2022.

ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio. Criptoactivos y blanqueo de capitales: problemas jurídico procesales. In: **Revista Aranzadi Doctrinal**, Madrid, Ed. Thomson Reuters, n.º 8, p. 53-67, septiembre 2019.

Submissão em: 9 de novembro de 2023

Último Parecer favorável em: 23 de fevereiro de 2024

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

MACHADO, Miguel da Câmara. Como nos posicionarmos perante este mundo novo da ciber(in)segurança nos bancos ou nas empresas: dos ciberataques aos “smartpayments” e do “smart AML” à “smart fraud”. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 1, p. 173-205, jan.-abr. 2024.

**STRUCTURING OF SPECIAL PURPOSE VEHICLE (SPV) WITHIN THE  
SCOPE OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (PPPs)  
UNDER TURKISH LAW**

**NESRİN AKIN<sup>1</sup>**

**ABSTRACT**

In order to meet the increasing infrastructure needs of Turkey, it is generally accepted necessary to utilise alternative financing models to be provided with the participation of the private sector in addition to the use of public resources. In this framework, PPPs model, which has been widely used in realisation of infrastructure investments in developed and developing countries in recent years, is also applied in Turkey. PPPs model takes its legal root from art. 47 of Turkish Constitution N.º 2709 and various legal regulations for PPPs have been adopted since 1980s. The private sector, which is one of the contracting party of the PPP model and entitled to participate as a tenderer in the tender in Turkey, is usually a business partnership which is legally evaluated as ordinary partnership. However capital companies also bid for the tender opened by the contracting public authority according to the relevant laws. If the tender is awarded to a business partnership or a capital company according to the relevant law, the documents regarding the establishment of the special purpose vehicle shall be requested. Generally the SPV structured as a joint stock company.

**Keywords:** Public-private partnerships, Special purpose vehicle, Turkish Law

**A) LEGAL DEVELOPMENT OF PPPS UNDER TURKISH LAW**

Public-private partnerships, which aim to provide certain public services, particularly infrastructure services that require advanced technology and

---

<sup>1</sup> Professor Doctor. ORCID 0000-0001-5445-0355. *e-mail:* akinlegal@gmail.com

high capital, jointly by both sectors through the joint use of the facilities and resources of the public administrations and the private sector, involves the joint undertaking by the public sector and private sector organisations of functions such as construction, renovation, operation, management, financing, supervision and control needed for the provision of a specific public service under a long term contract. (EMEK, 2009; GÖZLER; KAPLAN, 2012; PARLAK; KÖSE; TOPRAK, 2020; YILMAZ, 2021). With governments bringing the private sector expertise and profit-oriented approach to public service delivery projects through PPPs, collaborative models between the public and private sectors have attracted a great deal of attention in the last four decades and have been widely used in infrastructure and also other public services such as transportation, water and sewerage, energy, environmental protection, public health. (AYANOĞLU, 2021) From this perspective we may easily assume that PPPs are based on two main needs: private financing to overcome budgetary constraints in the organization of public services, and leveraging the operational capacity and techniques of the private sector. (YALÇIN, 2014)

In order to meet the increasing infrastructure needs of Turkey, it is thought necessary to utilise alternative financing models to be provided with the participation of the private sector in addition to the use of public resources. In this framework, PPPs model, which has been widely used in realisation of infrastructure investments in developed and developing countries in recent years, is also applied in Turkey. In many areas of public services in Turkey, such as health, transportation, energy and education, it has been stated by the administration authorities that the use of public-private partnerships will have positive effects on public borrowing and taxes, that projects will be completed through public-private partnerships, and that policies to support PPPs are among the priority agenda items of governments (YALÇIN, 2016).

PPPs model takes its legal root from art. 47 of Turkish Constitution N.º 2709. This article of Constitution indicates that Turkish law and legal regulations shall determine which of the investments and services carried out by the Turkish State and state economic enterprises and other public legal entities may be outsourced or transferred to real persons or legal entities under private law contracts. While the preliminary studies of PPP investments projected in Turkey were first carried out by the State Planning Organisation and then by the institutions reorganised under the name of the Ministry of Development, as of 2018, these duties and responsibilities are carried out by the Presidency of the Republic of Turkey Strategy and Budget Directorate (CSBB). According to the “Public-Private Partnership Report 2019” prepared by CSBB, a total of 243 projects with an investment amount of 63.8 billion dollars were implemented under the public-private partnership model in Turkey between 1986 and 2019, and the total contract value of the projects was determined as approximately 140 billion dollars (BAYANSAR; ÖZER, 2021).



Effective identification and contractualisation of risks and mutual obligations are critical for the success of PPP projects. Another factor that will increase success and motivation is the setting of performance targets, ensuring that the private sector organisation bears the consequences of failures and is rewarded for high performance. Various methods are used in the realisation of public-private partnerships. The most common of these methods are Concession Right Transfer (CRT), Build-Transfer (BTR), Build-Operate-Operate (BOO), Build-Operate-Transfer (BOT), Build-Improve-Operate-Transfer (BID), Build-Lease-Operate-Transfer (BOT), Build-Lease-Transfer (BTL), Build-Own-Operate-Operate (BOT) and Build-Own-Transfer (BOT). Unlike privatisation, in this model, the state does not completely transfer the production of public goods and services to the private sector, but as the owner and main actor in the process, it determines the definition, content and scope of public service and assumes the responsibility of supervision and control (KÖSE, 2018).

In Turkey various legal regulations for PPPs have been adopted since 1980s. These can be summarised as follows:

Law N.º 3096 dated 4.12.1984 on the Assignment of Entities other than the Turkish Electricity Authority with Electricity Generation, Transmission, Distribution and Trade was the first legal arrangement regarding the Build-Operate-Transfer model and the Transfer of Operating Rights Model in the energy sector (ŞİRİN, 2017).

Following the Law N.º 3096, the Law N.º 3465 dated 28.5.1988 on the Assignment of Entities other than the General Directorate of Highways with the Construction, Maintenance and Operation of Access Controlled Highways (Motorways), which regulates the assignment of capital companies subject to the provisions of private law for the construction, maintenance and operation of motorways and the service facilities there on according to the BOT model, entered into force upon publication in the Turkish Official Gazette dated 2.6.1988 and numbered 19830.

In order to provide a legal basis for the BOT model, Law N.º 3996 on BOT of Certain Investments and Services The Law on the Realisation of Electricity Generation Facilities within the framework of the Build-Operate model was published in the Turkish Official Gazette dated 13.6.1994 and numbered 21959 and put into force.

In the energy sector, the BO model was regulated by the Council of Ministers Decree N.º 96/8269 on the Establishment of Electricity Generation Facilities published in the Official Gazette dated 8.6.1996 and numbered 22660.

Law N.º 4283 on the Establishment and Operation of Electric Energy Generation Facilities with Build-Operate Model and Regulation of Energy Sales was published in the Turkish Official Gazette dated 19.7.1997 and numbered

23054. Law N.º 4283 excludes hydroelectric, geothermal, nuclear power plants and power plants to be operated with other renewable energy resources, and regulates the principles and procedures regarding the granting of permission to establish and operate facilities and the sale of energy to the production companies under the Build-Operate Model for only thermal power plants.

Within the framework of Telegraph and Telephone Law N.º 406 and Wireless Law N.º 2813, the contract between the ministry and the operator for the execution of telecommunication services and/or operation of the infrastructure is considered as a concession. Law N.º 3974 dated 2.2.1994, which entered into force upon its publication in the Turkish Official Gazette dated 1.3.1994 and numbered 21864, and which added 5 additional articles to the Privatisation Law N.º 3291, regulated the privatisation of the Turkish Electricity Corporation by selling its shares and assets (additional articles 1-4) and that the contracts to be concluded on the basis of this Law or for the private sector to establish and operate new energy generation, transmission and distribution facilities or to take over the operating rights of the existing ones shall be subject to “private law provisions” and shall not be considered as “concession contracts”.

Article 18 of the Law on Privatisation Practices dated 24.11.1994 and numbered 4046, which lists the privatisation methods, regulates the granting of operating rights. By Law N.º 4446 dated 13.8.1999 amending the 1982 Turkish Constitution, two paragraphs added to Article 47 of the Constitution stipulate that, on the one hand, the principles and procedures regarding the privatisation of enterprises and assets owned by public legal entities shall be determined by law, and on the other hand, the law shall determine which of the investments and services carried out by public legal entities may be made or transferred to real or legal entities through private law contracts. On the other hand, with the provision added to the first paragraph of Article 125 of the Constitution, it has been determined that disputes arising from public service concession agreements and contracts may be resolved through national and international arbitration. With the amendment made to the second paragraph of Article 155 of the Constitution, the power of the Council of State to review concession agreements and contracts has been transformed into the power to express an opinion. After the Constitutional Amendment in 1999 with this Law, it has been made possible for the administrative authorities to delegate the public services via contracts which actually have private law nature under Turkish law (BAYAZIT; ALPER, 2017).

Within the framework of the laws harmonising with the Turkish Constitution, the Law N.º 4501 dated 21.1.2001 on the Principles to be Observed in the Event of Arbitration in Disputes Arising from Concession Agreements and Contracts Related to Public Services entered into force. On the other hand, necessary amendments were made to the Law N.º 2575 on Council of State and the Law N.º 2577 on Administrative Procedure regarding public service concessions.

Article 33 of the Law N.º 5335 dated 21.4.2005 on Amendments to Certain Laws and Decree Laws stipulates that the General Directorate of State Airports Authority may transfer the airports it operates and the terminals and other necessary facilities built and operated by it within the framework of the BOT model to the private sector to private law legal entities through tenders for a period not exceeding 49 years by using the leasing and/or granting of operating rights methods specified in the Law N.º 4046 on the Regulation of Privatisation Practices.

Law N.º 5396 of 2005 on the Addition of an Additional Article to the Basic Law on Health Services stipulates that health facilities, which are deemed necessary by the High Planning Council, may be constructed by the Ministry of Health within the framework of the preliminary project and basic standards to be determined, on immovable properties owned by the Ministry of Health or the Treasury, in return for lease to real or private legal entities to be determined by tender, for a certain period of time and at a price not exceeding 49 years. Two amendments were made to the Regulation on the Construction of Health Facilities in Return for Lease and the Renovation of Health Facilities in Return for the Operation of Services and Areas other than Medical Service Areas in the Facilities. With the first amendment, 13 articles of the first Regulation published in 2006 were amended and a provisional article was added. Accordingly, it is seen that some amendments and additions have been made on various issues such as the purpose of the Regulation, contract and right of override agreement, financial criteria for tenderers, joint venture and special purpose company, rent and rent increases. The second amendment was made by the Council of Ministers Decree N.º 2011/2011 published in the Turkish Official Gazette N.º 27981 in 2011.

Finally Law N.º 6428 dated 21.02.2013 on the Construction, Renovation and Procurement of Facilities and Services by the Ministry of Health through the Public Private Partnership Model and Amendments to Certain Laws and Decrees with the Force of Law is put into force. The purpose of this law is to determine the procedures and principles regarding the construction of the facilities needed to be constructed by the Turkish Ministry of Health and its affiliated institutions within the framework of the public-private partnership model according to the provisions of private law by tender and private law, within the framework of the preliminary project, pre-feasibility report and basic standards to be determined, by establishing an independent and permanent right of superficies on the immovable properties owned privately by the Turkish Treasury for a period not exceeding thirty years, excluding the fixed investment period specified in the contract, to ensure the renovation of existing facilities, and to provide consultancy, research and development services to be received for these projects and some services requiring advanced technology or high financial resources.

The legal regulations that they have been prepared for certain sectors and projects, the distribution of PPPs across sectors have been limited to large-scale projects concentrated in the energy, transportation and health sectors (UYSAL, 2018; BAYANSAR; ÖZER, 2021) and there is no general framework and law for PPPs (KALENDER İLHAN, 2011; BAYAZIT, 2020). It is of great importance that the legal infrastructure for the public private partnership model is formed in the best way. Considering the world practices, it is considered that a single framework law would be appropriate (ŞİRİN, 2017).

The PPP process has a structure that may impose a high financial burden on the public sector for many years and needs to be properly designed and managed. Therefore, it is important to improve the institutional capacities of public institutions based on expertise in project planning and management processes in the field of PPPs. Some of the problems encountered in PPP implementations are based on the lack of an adequate and appropriate legal framework and the disorganisation of the existing legislation.

The fact that the regulations in various laws are under some conditions not compatible with each other and this makes it difficult to design and execute the implementation in a standardised structure to a certain extent. Besides the scattered regulations in different laws carry the risk of causing non-standard practices and legal disputes, especially in cases of overlap and contradiction. In order to solve such problems, there is a need for a framework law and standardised regulations for PPP applications.

With the implementation of the relevant regulations, the effectiveness of both implementation processes and control and audit activities will increase (KÖSE, 2018; KEÇELİGİL, 2018). However Şirin argues that it would be a much more practical solution to overhaul the Law N.º 3996 in this sense instead of making a completely new law. Although Law N.º 3996 regulates only the build-operate-transfer-operate model and determines that only “some” investments and services can be made within the framework of this model, it is successful in terms of its basic operational fiction and systematics.

Therefore, it would be an appropriate solution to make this Law more comprehensive to cover other models and all investment areas. While doing this, of course, the order of priority among the projects where these models can be implemented should be determined, and it should also be taken into consideration which ones may be attractive for the private sector and under which conditions. On the other hand, the lack of political, economic and to a certain extent legal infrastructure, as well as mistakes made in contract design and the lack of a balanced risk distribution between the public and private sectors may cause some negative effects in terms of public and private sector co-operation and may prevent the design and implementation of the models from being sufficiently successful (ŞİRİN, 2017).

## **B) STRUCTURING OF SPV WITHIN THE SCOPE OF PPPS UNDER TURKISH LAW**

The private sector, which is one of the contracting party of the PPP model and entitled to participate as a tenderer in the tender, is usually a business partnership which is legally evaluated as ordinary partnership. However capital companies also bid for the tender opened by the contracting public authority according to the relevant laws.

Ordinary partnerships are regulated under Turkish Code of Obligations between art. 620-644. Article 620 of TCO defines the ordinary partnership as a contract in which two or more real or legal persons undertake to bring their labor and property to achieve a common purpose. The real or legal persons forming the business partnership are jointly and severally responsible for the fulfilment of the commitment of the ordinary partnership. For the PPPs these private sector business partnerships mostly consist of many parties such as design engineers, construction companies, lawyers, bankers, insurance companies, expert managers, consultancy companies, companies providing production inputs, marketers, organisations purchasing the product, etc. (BAYANSAR; ÖZER, 2021).

At the tender stage, a Declaration of Business Partnership shall be requested from the business partnerships regarding their partnership. If the tender is awarded to a business partnership the documents regarding the establishment of the special purpose vehicle shall be requested.

Generally the SPV is formed as a joint stock company. According to Law N.º 5396 establishment of the SPV as a joint stock company is a compulsory condition. Special purpose company is defined in art. 1/2(o) of this Law and it defines special purpose company as a joint stock company established by the contractor who is a party to the contract to be signed with the contracting authority as a result of the tender, whose field of activity is limited to the subject of the contract.

Besides due to the art. 12 of Implementation Regulation on The Construction, Renovation and Service Procurement of Facilities by The Ministry of Health Through Public-Private Partnership Model, after the tender for construction works is finalised, a separate and new special purpose joint stock company must be established by the contractors before the contract is signed. In the articles of association of this company, the facility project to be realised and the works to be performed within this scope shall be specified as the field of activity. Before signing the contract after the tender decision, the notarised articles of association of the special purpose company, the copy of the Turkish Trade Registry Gazette in which the articles of association is published, the necessary documents regarding the establishment of tax and

social security liabilities, notarised signature circulars showing the person or persons authorised to sign the contract on behalf of the special purpose company must be submitted.

The rights and responsibilities belong to the tenderer on whom the tender is made until the special purpose company is established, and to the special purpose company after the special purpose company is established. Law N.º 3096, 3996 and 4283 regulates that the tenderer shall be capital companies.

Joint stock companies are commercial and also capital companies that are regulated under Turkish Commercial Code N.º 6102. According to the art. 329 of this Code, a joint stock company is a company whose capital is fixed and divided into shares, and which is liable for its debts only with its assets. The shareholders are liable only for the capital shares they have subscribed and against the company. Besides according to the articles 330 and 330 of the Code, joint stock companies may be established for any economic purpose and subject not prohibited by law. The articles of association must include the subject of the company's business, with its essential points specified and defined. In PPP agreements the subject and field of activity are limited to the subject of the contract.

The SPV structure is finalised after the tender is concluded. After SPV obtains legal capacity to act, it starts its operations by signing the contract with the contracting authority. Here the contract shall be subject to the provisions of private law and its duration shall be determined by the administration, depending on the relevant law and the characteristics of the facility. The contract and its annexes concluded between the contractor and the administration in accordance with the provisions of private law for public services between the special purpose vehicle and the administration within the framework of the related law and for the performance of some services requiring advanced technology or high financial resources and the contractor is tenderer and the SPV on whom the tender is made and the contract is signed. The responsibility, legal rights and obligations of the SPVs are determined by and derived from the PPP agreement.

The main responsibilities of the SPV are as follows:

## **B.1 Construction Works**

Construction works are the design, construction, renovation and other forms of works necessary for the provision of the service subject to the project. In contracts where there is a construction element, the design and construction of this construction may be a contractual obligation, as well as the maintenance, repair and renovation of this structure in a way to ensure that the service subject

to the contract is provided in accordance with the contract, and if necessary, all of the expansion activities are among the obligations of the SPV within this scope. SPV fulfils its contractual commitments by concluding contracts with goods and service providers.

Essentially, the PPP system consists of a chain of contracts. In the execution of investments and services realised through PPP models, there are many parties and multiple contracts regulating the legal relations between these parties. In practice, the issues regarding the design, financing, establishment and operation of the investment and/or service can be determined with the "Implementation Contract" signed between the contracting authority and the SPV established by the tenderer to be specific to the project, and the construction works within the scope of this contract can be carried out by the sub-contractors specialised in construction works or by another construction contractor within the scope of the "Construction Contract" concluded with the SPV.

The construction works within the scope of the Regulation on Construction Works Tenders are carried out within the scope of the contract concluded between the administration and the contractor as a result of the tenders held within the scope of Law N.º 4734. On the other hand, it is understood that there is no regulation in the Regulation on Construction Works Tenders regarding the definitions and legal relations within the scope of the works carried out within the scope of PPP models.

The fulfilment of the contractual obligations of the sponsors and other shareholders of the SPV, who take risks in the project and work for the completion of the project, means the performance of the performances that are the subject of the PPP contract, which is the reason for the establishment of the SPV. It shall be specified in the tender document whether or not subcontractors will be allowed to be employed in the work subject to tender, and whether the works to be subcontracted due to the nature of the work and the contract to be made with the subcontractors will be submitted to the approval of the administration. The works delegated by the SPV to the subcontractors are construction, procurement of equipment and maintenance and operation activities.

Although the responsibilities of the SPV towards the administration are fulfilled by subcontractors specialised in their field, subcontracting the works to subcontractors does not remove the legal responsibility of the SPV for this work (KEŞLİ, 2012). The SPV shall also be liable for any damages to third parties during the contract period. In case the SPV fails to fulfil its obligations stipulated in the contract, provisions regarding the compensation of the damages incurred by the administration and penal conditions shall be included in the contract.

The contractor shall also transfer all its rights and obligations arising from the contract under the same conditions and in the tender document to another real or private law legal entity that meets the qualification requirements determined by the Administration with the approval of the Administration. In

construction works requiring the establishment of a special purpose company, the transfer can only be made to the special purpose company established. In this case, the contract for the overriding right shall also be transferred on behalf of the transferee. In the event that the contract is transferred in this manner, other contracts shall be deemed to have been transferred to the transferee real person or private law legal entities. The transferor and transferee contractors are jointly and severally liable for the obligations arising before the transfer of the contract.

One of the most important features of PPPs is the termination of the contract in the event that the construction works cannot be completed within the time specified in the contract and therefore the contractor cannot claim any compensation from the administration in the event of failure to start the performance of the commitment to produce and deliver the service on time or the contract is terminated under the obligation to compensate the demolition costs if it has not built in accordance with the project (KEŞLİ, 2012). In case of termination of the contract, the account of the works subject to the contract shall be made according to the contract and general provisions and the contractor's relationship with the administration shall be severed.

In the event that the contractor damages the structures and facilities the cost of the damage is also taken from the contractor. On the date of termination of the contract, the current status of the works shall be determined by the administration together with the contractor or its representative, and a status report shall be issued. If the contractor or its representative is not present on the previously notified day, the due diligence report shall be drawn up in the absence of the contractor and the situation shall be stated in the report. In case of termination of the contract, the compensation and penal conditions to be paid by the faulty party shall be included in the contract.

## **B.2 To Produce and Deliver the Service**

Since the subject matter of the PPP contract mainly focuses on issues of public service nature, it is the primary performance obligation expected by the public party in the contract to produce this service in accordance with the standards stipulated in the contract and to provide it to the public in the same standards. *Keşli* argues that it should be emphasised that in PPP contracts, although the service is provided to the public by the private sector, the service provided is a public service. Therefore, a lawsuit can be filed against the administration based on service defect due to this service. This is one of the most important differences between outsourcing or privatisation of a service and PPP.



Unconditional termination of the contract is possible if the service is not provided within a certain period of time. Moreover, according to *Keşli*, if equity requires, it should be possible to continue the work in case the remaining portion is less, without prejudice to the obligation to pay compensation for the delay.

The service subject to the contract is provided to the public by the SPV. Both the production of the service and its provision to the public are carried out by the SPV. It is also possible that there is a public entity in the SPV and certain parts of the work are provided by the public entity. The production and provision of the service is predominantly related to the element of the transfer of operating rights in the case where the enterprise is in the private sector (KEŞLİ, 2012).

### **B.3 Conformity of the Service to the Prescribed Standards**

In the PPP contract, it is agreed that the service will be produced to a certain standard, often at a higher quality than the quality offered or can be offered by the public sector. In the contract, a technical specification is also issued as an annex to the contract and technical details are determined in detail in this specification. It should also be analysed how to deal with matters not specified in the specifications. In this context, according to *Keşli*, in cases where it is possible to interpret that the SPV does not have a commitment, although it is possible to interpret it in this way, it would be appropriate to capture the standards required by the work and to extend the standard perception that dominates the overall contract to that part as well (KEŞLİ, 2012).

In the event that the contractor fails to fulfil its commitments under the contract during the fixed investment period after the signing of the contract, except for the cases of immediate termination specified in the contract, the contractor shall be given a period of time appropriate to the nature of the work in order to fulfil the requirements by clearly stating the arbitrariness with a written notice to be made by the administration through a notary public. In addition, the contractor shall also be notified to the finance providers that provide funding for the financing of the project.

This period shall not affect the duration of the contract, nor shall it prevent the application of the penal clause arising from the delay. In the event that the commitment is not fulfilled at the end of the period specified by the notice, the finance providers may ensure that the work is carried out by making a change in the partnership structure of the contractor in agreement with the administration. If this cannot be achieved, the contract shall be terminated by the administration.

#### **B.4 Obtaining the Necessary Financing for the Project**

The investment amount foreseen in the implementation contract concluded within the scope of PPP models is generally the estimated fixed investment amount proposed by the tenderer within the scope of its proposal. This amount is mostly not used as an evaluation criterion in the finalisation of the tender for the relevant work, but is taken as basis in applications such as financing, guarantee, penalty, etc.

Within the scope of the contract, and items outside the scope of the construction work such as project design, consultancy services, financing, expropriation, furnishing may also be included in the investment amount. In the implementation of the model, risks or responsibilities that may arise from conditions that may affect the profitability of the private sector (natural disasters, war, legal infrastructure, etc.) are undertaken by the public sector, while the private sector is more responsible for financing, know-how and technological equipment.

In PPP projects, the financing of the project must be provided by the SPV. One of the main obligations of the contractor is to provide project financing. At the point of financing, it is possible to provide financing as a capital investor partner within the SPV, as well as in the form of financing from banks or other funds and in the form of a contract with the SPV. Establishing and maintaining the cash flow of the project is one of the most important element and risk in PPP projects. The most important actors of PPP are financiers.

When international projects are analysed, it is seen that the projects in which financing is provided either through the capital investor partner or through banks, financial institutions and funds participating in the project as financiers are predominant. In recent years, it is observed that the projects are directed by financiers. Contracts with financiers are in the form of loan agreements or partnership agreements. Since the project asset amount is the only asset to be owned by the SPV, the recourse right of the financier in case of default is limited only to the amount of the capital investment made in the SPV.

Nevertheless, the lender often requires collateral from the project sponsors, their parent companies and/or the parent companies of the project companies. PPP structure involves the establishment of an SPV in which one or more of the banks, contractors and operators will be shareholders. The contracts necessary to provide finance to the SPV are concluded at the same time as the contracts of the main contractor and subcontractors are concluded. A prerequisite for this is the provision of sufficient revenue streams to provide financial institutions with the necessary collateral and incentives to become shareholders. The legal and factual structure of the company must be such that the financing risk is acceptable. All financial obligations must be fulfilled

until the end of the contract. When structuring the SPV, the establishment of a “financially viable” structure is a condition for project success. In addition, the legal structure should be established as a workable partnership structure, and the organs of the company and the powers of these organs should be clarified in the articles of association. Once these conditions are met, the company becomes self-financing.

Following the financing of the project and the recycling of the financing provided, the SPV achieves its purpose. Since the cost of construction of the facilities is covered by a loan against a pledge, the private sector organisations providing the financing must make significant prepayments. PPP structures seem to be suitable for capital-intensive infrastructure contracts as they spread the project risk across multiple participants. This is because everyone will suffer losses in the event of project failure. As a result, the financiers are assured that the other participants will work in partnership to resolve potential problems. A successful PPP financial structure can be established in two ways, financing from internal and external sources. If the contractor is to finance from equity, it is possible for it to set up the structure as it wishes and to enter into contracts with any person or persons it wishes.

However, in the case of a multi-participant SPV, and especially in the case of a corporate PPP model, it is beneficial to spread the project risk to all parties with an interest in the project through contracts. In many PPP projects, the project undertaker and borrower will be an SPV created specifically for that project. From the financiers’ point of view, the SPV is a serious risk factor due to its limited liability. The project assets in the assets of the SPV are the only guarantee of the creditors (KEŞLİ, 2012).

When projects are financed through the issuance of debt securities, credit rating agencies are approached to provide credit ratings for the debt in question. These organisations are usually consulted early in the project preparation process. In this way, concerns about financing can be identified at an early stage and a new structure can be developed accordingly. For example, changing the scope of equity capital within the SPV. Insurance organisations can also be used to increase the amount of financing (KEŞLİ, 2012).

The public administration as a contracting authority shall audit or have audited the SPV’s activities within the scope of the contract at all stages. The SPV to be authorised for audit shall be asked for the necessary information and documents to determine their economic and financial competence and professional and technical competence.

For this purpose, the SPV shall be required to provide necessary information and documents: documents related to its financial status to be obtained from banks, its balance sheet or the required parts of its balance sheet that must be published in accordance with the relevant legislation, or equivalent documents, its total turnover showing its business volume or the

amount of work undertaken and completed in relation to the work subject to the tender, and documents to be used in the qualification assessment according to the nature of the work subject to the tender, in the tender document and in the announcement or invitation regarding the tender or pre-qualification.

In the event that the contractor authorised by the audit does not fulfil its commitment in accordance with the tender document and the provisions of the contract or does not complete the work in due time, the performance bond and additional performance bonds, if any, shall be recorded as revenue and the contract shall be terminated and the account shall be liquidated in accordance with the general provisions, without the need to make a protest, if the same situation continues despite the notice of the administration and clearly stating the reasons, with a delay penalty at the rate determined in the tender document. The contractor authorised for audit shall be liable for the damages that may arise due to incorrect and misleading information and opinions in the reports they prepare and for the damages they may cause to the administration and third parties due to their activities within the scope of the contract, and for the accuracy and compliance of the information and documents, financial and technical tables and reports to be submitted to the administration regarding the audit with the contract and the relevant legislation, and for the audit according to generally accepted auditing principles and principles.

### **B.5 Revising the Contract in Case of Fundamental Changes**

The main mission of the SPV is to focus on the objectives set by the contracting authority for the realisation of the project. However, it is the SPV's duty to take initiatives to make the necessary changes together with the public administration in case of major changes concerning the project (KEŞLİ, 2012). In cases of force majeure, extraordinary circumstances or the emergence of a situation affecting the implementation of the contract and its annexes, or in cases where the provisions in the contract and its annexes contain conflicts, in order to ensure the applicability or comprehensibility of the contract, the contract and its annexes may be amended by the parties with the approval of the higher administrative authorities. At this point, what is being negotiated is the revision of a commitment made in the tender offer. Therefore, the parameters that are the basis for the award of the tender are changed outside the tender. This is an important point that may be encountered in PPP projects.

On the one hand, it is a matter of selecting the most advantageous bid among the bidders by eliminating the competitors, and on the other hand, it is a matter of preventing situations that would cause economic insolvency of a structure that cooperates with the public, and in some cases even partners with the public, and as a result, preventing the disruption of public service.

Especially in contracts denominated in foreign currencies, a possible crisis creates economic difficulties in the performance of mutual obligations in the contracts. In this case, the collection of receivables becomes difficult due to the filing of adaptation lawsuits and taking precautionary injunctions by the contractors related to the economic crises experienced.

When the reason for the request for revision is examined, *Keşli* argues that requests and decisions that would prevent those who participate in the tender and make commitments against the administration from fulfilling their commitments for whatever reason, if they are merchants, are incompatible with Turkish law. In Turkish law, the inability of the merchant, who has entered into a contractual commitment with the tender, to fulfil its commitments due to economic fluctuations is not a reason for adaptation alone. However, the existence of an explicit provision in the tender specifications and the contract is an exception to this.

At this point, in view of the fact that the structure of the PPP involves the co-operation of the public and private sectors, it is necessary to include provisions in the tender specifications and contracts to prevent the insolvency of the special purpose company in extraordinary circumstances and to be flexible in this regard, provided that it remains within the framework of the rule of good faith. However, as a rule, if it is not included in the tender specification and contract, inflation and excessive increases in exchange rates are included in the obligation to act as a prudent trader and are accepted as the expected situation to be foreseen at the contract execution stage (KEŞLİ, 2012).

Since the PPP contract is a long fixed-term contract, in some cases, at the end of the term, there will be a public service operating facility. In some contracts, this facility must also be abandoned to the administration. However, in some cases, it may be obligatory to leave all or part of this facility to the administration. However, it is also possible to have a PPP where the contract may be terminated without abandonment to the contracting authority. At this point, while applying the provision on the transfer of the operating facilities, it should be considered whether these “facilities are separable from the service”. In cases where the said facility and the service are combined, and the concession for the provision of the service and the operating facility cannot be separated, the transfer of the facility is mandatory.

This obligation stems from Article 168 of the Turkish Constitution.<sup>2</sup> The

---

<sup>2</sup> Turkish Constitution art. 168 “Natural wealth and resources are under the sovereignty and control of the State. The right to explore and exploit them belongs to the State. The State may transfer this right to real and legal persons for a certain period of time. The exploration and exploitation of any natural wealth and resources by the State in partnership with real persons and legal entities or directly by real persons and legal entities shall be subject to the express authorization of the law. In this case, the conditions to be complied with by real persons and legal entities and the procedures and principles of supervision, inspection and sanctions to be imposed by the State shall be specified in the law.”

decisions of the Turkish Constitutional Court<sup>3</sup> and the Council of State<sup>4</sup> have evaluated the issue in terms of the way in which the resource used in energy production is obtained, and based on the criterion of whether the facility and the natural resource can be separated from each other.

## CONCLUSIONS

In order to meet the increasing infrastructure needs of Turkey, it is generally accepted necessary to utilise alternative financing models to be provided with the participation of the private sector in addition to the use of public resources. In this framework, PPPs model, which has been widely used in realisation of infrastructure investments in developed and developing countries in recent years, is also applied in Turkey.

PPPs model takes its legal root from art. 47 of Turkish Constitution N.º 2709 and various legal regulations for PPPs have been adopted since 1980s. The legal regulations that they have been prepared for certain sectors and projects, the distribution of PPPs across sectors have been limited to large-scale projects concentrated in the energy, transportation and health sectors and there is no general framework and law for PPPs. The private sector, which is one of the contracting party of the PPP model and entitled to participate as a tenderer in the tender in Turkey, is usually a business partnership which is legally evaluated as ordinary partnership.

However capital companies also bid for the tender opened by the contracting public authority according to the relevant laws. If the tender is awarded to a business partnership or a capital company according to the relevant law, the documents regarding the establishment of the special purpose vehicle shall be requested. The private sector, which is one of the contracting party of the PPP model and entitled to participate as a tenderer in the tender, is usually a business partnership which is legally evaluated as ordinary partnership. However capital companies also bid for the tender opened by the contracting public authority according to the relevant laws.

Generally the SPV is formed as a joint stock company and finalised after the tender is concluded. After SPV obtains legal capacity to act, it starts its

<sup>3</sup> Turkish Constitution art. 148 “The Constitutional Court shall review the conformity of laws, presidential decrees and the Rules of Procedure of the Grand National Assembly of Turkey with the Constitution in terms of form and substance and shall rule on individual applications.”

<sup>4</sup> Turkish Constitution art. 155 “The Council of State is the final review authority for decisions and judgements rendered by administrative courts which are not reserved by law to another administrative judicial authority. It shall also hear certain cases specified by law as a court of first and last instance. The Council of State shall hear cases, give its opinion within two months on concession agreements and contracts relating to public services, resolve administrative disputes and perform other duties prescribed by law.”

operations by signing the contract with the contracting authority. The contract shall be subject to the provisions of private law and its duration shall be determined by the administration, depending on the relevant law and the characteristics of the facility. The contract and its annexes concluded between the contractor and the administration in accordance with the provisions of private law for public services between the special purpose vehicle and the administration within the framework of the related law and for the performance of some services requiring advanced technology or high financial resources and the contractor is tenderer and the SPV on whom the tender is made and the contract is signed.

The responsibility, legal rights and obligations of the SPVs are determined by and derived from the PPP agreement. The works delegated by the SPV to the subcontractors are construction, procurement of equipment and maintenance and operation activities. Although the responsibilities of the SPV towards the administration are fulfilled by subcontractors specialised in their field, subcontracting the works to subcontractors does not remove the legal responsibility of the SPV for this work.

The SPV shall also be liable for any damages to third parties during the contract period. In case the SPV fails to fulfil its obligations stipulated in the contract, provisions regarding the compensation of the damages incurred by the administration and penal conditions shall be included in the contract. The SPV shall also transfer all its rights and obligations arising from the contract under the same conditions and in the tender document to another real or private law legal entity that meets the qualification requirements determined by the Administration with the approval of the Administration. In construction works requiring the establishment of a special purpose company, the transfer can only be made to the special purpose company established. In this case, the contract for the overriding right shall also be transferred on behalf of the transferee. In the event that the contract is transferred in this manner, other contracts shall be deemed to have been transferred to the transferee real person or private law legal entities.

The transferor and transferee contractors are jointly and severally liable for the obligations arising before the transfer of the contract. In the event that the contractor fails to fulfil its commitments under the contract during the fixed investment period after the signing of the contract, except for the cases of immediate termination specified in the contract, the contractor shall be given a period of time appropriate to the nature of the work in order to fulfil the requirements by clearly stating the arbitrariness with a written notice to be made by the administration through a notary public. In addition, the contractor shall also be notified to the finance providers that provide funding for the financing of the project. This period shall not affect the duration of the contract, nor shall it prevent the application of the penal clause arising from the delay. In the event that the commitment is not fulfilled at the end of the period specified by the

notice, the finance providers may ensure that the work is carried out by making a change in the partnership structure of the contractor in agreement with the administration. If this cannot be achieved, the contract shall be terminated by the administration.

In PPP projects, the financing of the project must be provided by the SPV. One of the main obligations of the contractor is to provide project financing. At the point of financing, it is possible to provide financing as a capital investor partner within the SPV, as well as in the form of financing from banks or other funds and in the form of a contract with the SPV. Establishing and maintaining the cash flow of the project is one of the most important element and risk in PPP projects.

The public administration as a contracting authority shall audit or have audited the SPV's activities within the scope of the contract at all stages. The SPV to be authorised for audit shall be asked for the necessary information and documents to determine their economic and financial competence and professional and technical competence.

For this purpose, the SPV shall be required to provide necessary information and documents: documents related to its financial status to be obtained from banks, its balance sheet or the required parts of its balance sheet that must be published in accordance with the relevant legislation, or equivalent documents, its total turnover showing its business volume or the amount of work undertaken and completed in relation to the work subject to the tender, and documents to be used in the qualification assessment according to the nature of the work subject to the tender, in the tender document and in the announcement or invitation regarding the tender or pre-qualification.

## REFERENCES

AYANOĞLU, Taner. Kamu özel işbirliği kavramı ekseninde idarenin tanımlanması problematiği üzerine düşünceler. In: **AHBVÜ Amme İdaresi Dergisi**, Ankara, Ed. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, v. 54, Issue 1, p, 77-98, 2021.

BAYANSAR, Reha; ÖZER, Mehmet Akif. Türkiye’de kamu özel ortaklığı modelinin uygulama alanları üzerine değerlendirmeler. In: **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Kütahya Merkez (Kütahya), Ed. Kütahya Dumlupınar Üniversitesi, v. 68, p. 415-436, 2021.

BAYAZIT, Bahar. Legal analysis of state support in public private partnerships in Turkey. In: **European Procurement & Public Private Partnerships Law Review** (EPPL), Berlin , Ed. Lexxion, v. 15, issue 3, p. 209-215, 2020.



BAYAZIT, Bahar; ALPER, Gizem. Ultrahazardous activity liability in PPP models: efficient allocation of risk. In: **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, Ed. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, v. 66, issue 1, p. 1-47, 2017.

EMEK, Uğur. Karşılaştırmalı perspektiften kamu özel işbirlikleri: avrupa topluğu ve Türkiye. In: **Rekabet Dergisi**, Ankara, Ed. Rekabet Karamuru, v. 10, Issue 1, p. 7-53, 2009.

GÖZLER, Kemal; KAPLAN, Gürsel. **İdare hukuku dersleri**. Bursa: Ekin, 2012.

KALENDER İLHAN, Rabia. Public private partnerships in Turkey. In: **European Public Private Partnership Law Review**, Berlin , Ed. Lexxion, v. 6, issue 2, p. 85-88, 2011.

KEÇELİGİL, Hasan Tahsin. Kamu-özel işbirliği esasları ve Türkiye uygulaması. In: **Terazi Hukuk Dergisi**, Ankara, Ed. Seçkin Yayıncılık, v. 13, issue 145, 158-175, 2018.

KEŞLİ, Ahmet Teyit. **PPP projelerinin hukuki rejimi**. Group Law, 2012.

PARLAK, Nükrettin; KÖSE, Hacı Ömer; TOPRAK, Metin. Kamu-özel işbirliği modeli ve Türkiye uygulamaları: sayıştay raporları ışığında Sonuçlarının Değerlendirilmesi. In: **Sayıştay Dergisi**, Ankara, Ed. T.C. Sayıştay Başkanlığı, v. 31, issue 119, p. 9-39, 2020.

ŞİRİN, Zafer Ertunç. Türkiye’de kamu özel ortaklığı yönteminin hukuki altyapısı. In: **Maliye Araştırma Merkezi Konferansları**, İstanbul, Ed. İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi, v. 61, 25-57, 2017.

UYŞAL, Yusuf. Avrupa Birliği’nin seçilmiş bazı ülkelerinde ve Türkiye’de kamu özel işbirliği yatırımlarının karşılaştırmalı analizi. In: **Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi**, v. 1, issue 2, p. 158-173, 2018.

YALÇIN, Fatma Ceren. Geleneksel kamu hukuku sistematğinde kamu özel işbirliğine eleştirel bir bakış: 6428 sayılı kanun ve yasal yapılanma ve uygulama için öneriler. In: **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, İstanbul, Ed. İstanbul Ticaret Üniversitesi, v. 15, issue 30, p. 163-190, 2016.

YALÇIN, Fatma Ceren. Kamu özel işbirliği ve özelleştirme: kavramsal bir çerçeve. In: **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, İstanbul, Ed. İstanbul Ticaret Üniversitesi, v. 13, issue 25, p. 133-162, 2014.

YILMAZ, İlham. The improvement of public private partnership in the Turkish health law. **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, İstanbul, Ed. İstanbul Ticaret Üniversitesi, v. 20, issue 41, p. 807-852, 2021.

Submissão em: 24 de outubro de 2023

Último Parecer favorável em: 19 de março de 2024

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

AKIN, Nesrin. Structuring of special purpose vehicle (SPV) within the scope of public-private partnerships (PPPs) under Turkish law. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 1, p. 206-225, jan.-abr. 2024.

## RIGHT TO DEVELOPMENT IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES<sup>1</sup>  
VALDIR DE OLIVEIRA JR<sup>2</sup>  
ROBSON COSME DE JESUS ALVES<sup>3</sup>

### ABSTRACT

The presented article discusses the fundamental right to development, a theme with great social and scientific relevance in the context of the pandemic. Without the intention of going through every single corner of the topic, we aim to examine, throughout the present study, the following topics: concept and origins of development in the international plan; the nuances of law of development in the Brazilian constitutional plan; and, finally, the integral theory of the protection of the fundamental human rights as an instrument of implementation of the right to development.

**Keywords:** Fundamental human rights; Brazilian constitutional system; Right to development; integral theory of protection of the fundamental human rights.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza e pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Pós-Doutor e Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Mestrado/Doutorado). Professor da Faculdade Baiana de Direito e da Faculdade Ruy Barbosa. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Autor de diversas obras jurídicas. Endereço eletrônico: ric.mauricio@ig.com.br

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

<sup>3</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

## **1 RIGHT TO DEVELOPMENT: CONCEPTS AND ORIGINS**

According to Amartya Sen (2000, p. 17), development can be conceived as a process of expansion of the freedoms, which implies the removal of social obstacles that compromise a dignified existence

Therefore, development appears as a central question of humanity, the true converging core of the main theories and social movements, resulting in reflexes in the conceptions of the democratic regime, citizenship and fundamental human rights in the global, regional and local contexts.

According to Flávia Piovesan (2010, p. 100), the contemporary conception of human rights is related to the processes of universalization and internationalization of those ethical topics as expressions of the fight for dignity and justice.

As such, it was not different from the historical statement of the right to development, created in 1972 by Keba M'Baye (1972, p. 505) during a conference of the Human Rights Course, professed at the International Institute of Human Rights, in Strasbourg.

According to Phillip Dann (2010, p. 83), those who suffer or have less benefits deserve help from those who have more benefits, which implies an ample range of actions: guarantee of consistency of macroeconomic public policies; raise of productivity; good governance practices; preservation of solid democratic institutions; combat against corruption; and mutual responsibility between nations.

Furthermore, important documents and international organizations state the importance of such rights. In 1977, the Human Rights Commission of the United Nations mentioned the right to development in the plan of international cooperation; in 1978, at UNESCO, the right to development was inserted in the text of the International Declaration about race and racial prejudice; in 1981, the African Charter on Human and People's Rights, approved during the 18<sup>th</sup> Conference of Heads of State and Government, in Kenya, referred clearly the right to development.

Afterwards, in 1986, the United Nations approved the Declaration on the Right to Development, which, in its premises, states the concept of development as an economic, social, cultural and political process which focuses on the constant improvement of well-being for the whole population and every single person based on their active, free and significant participation on the development and the fair distribution of benefits.

Such an international instrument established that the human being is a central subject of development who must be an active participant and a beneficiary

of the right to development as an inalienable, indivisible and interdependent right, placing the human being as an active participant and beneficiary of their process of construction. This international document imposed to the State its duty of formulating national policies adequate for the development, reaffirming the free and active participation of every person in the equal distribution of resulting benefits.

As such, the solidary and cooperative basis to guarantee the development were launched, with a proposition of a new international order based on the sovereign equality, interdependency, mutual interest and cooperation between the international subjects. These are the origins of the primary responsibility of the States to create conditions to fulfill the right to development, and the duty to eliminate the obstacles for development resulting from the lack of attention to the civil, political, economic, social and cultural rights.

Another important element is the Declaration of Human Rights in Vienna, in 1993, which affirms that every human right is universal, interdependent and related, and that the international community must treat human rights globally, fairly and equally, aiming for the creation of a plural, solidary and integral environment that allows a dignified existence.

Moreover, in 2000, the UN General Assembly adopted the Millenium Declaration with a task of adhering to a worldwide project to reduce extreme poverty in its every single form by completing the following objectives: reducing poverty and hunger in the world; guaranteeing primary education for everyone, promoting equality between men and women; reducing child mortality; improving health for mothers; combating illnesses; securing environmental sustainability and participate in a worldwide partnership for development.

So, the global crisis reinforced the primary need of maintaining solidarity bonds between nations, creating an atmosphere that could allow the expansion of civil achievements for the development of countries and establishing cooperative tasks in order to build a global order of equal development.

After all, the right to development, present in a series of international pacts, which are indivisibly connected, is recognized in a multilevel and in an inter constitutional way in different juridical documents, based on solidarity between national and in the cooperative progress of the States.

## **2 RIGHT TO DEVELOPMENT IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM**

Right to development is the result of a new generation of rights that claim its complete protection in a solidary regime. It is identified as the right to solidarity or third generation or dimension right.

According to Dirley da Cunha Júnior (2014, p. 483), the third dimension rights contain powers of collective or diffuse titularity attributed generically to every social formation, fomenting the principle of solidarity or fraternity.

As such, the right to development takes an undeniable transindividual character, representing the unifying milestone of the present fundamental rights and other human and convergent comunitary rights for its open and integral system of protection.

In the Brazilian federal Constitution from 1988, development presents different connotations, which allows the interaction with other constitutional norms in a plural environment, full of normative possibilities.

The referred Constitution comprehends, basically, the following parts: Constitutional preamble, Fixed Constitutional Devices (1<sup>st</sup> to 250<sup>th</sup> articles) and Transitory Constitutional Devices (ADCT – 1<sup>st</sup> to 98<sup>th</sup> articles). Its non-codified structure, integrating part of the inter constitutionality block, is divided in: Due Constitutional Tools (according to the 5<sup>th</sup> article, 2<sup>nd</sup> §) which are the fundamental rights resulting from the regime and the principles adopted by the Brazilian federal Constitution, or the international treaties in which the Federative Republic of Brazil is a part of, except the International Treaties of Human Rights incorporated in the form of the 5<sup>th</sup> article, 3<sup>rd</sup> §, which constitute the equivalent Constitutional Devices or equivalent fundamental rights. According to the referred 5<sup>th</sup> article, 3<sup>rd</sup> §, the treaties and international conventions about human rights that get approved, in each National Congress House, in two turns, by three fifths of the votes of their respective members, will be equivalent to constitutional amendments.

The right to development is already referred in the Brazilian constitutional preamble when it prescribes the institution of a Democratic State, destined to assure the full exercise of the social and individual rights, freedom, security, well-being, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, plural and free of prejudice society based on social harmony, in both internal and international contexts, which a pacific solution for problems.

Furthermore, the 3<sup>rd</sup> article of the Brazilian federal Constitution, 1988, establishes, among the fundamental goals of the Federative Republic of Brazil, one of guaranteeing national development. That is a fundamental programmatic norm, binded to the public powers (with an important international systemic function, with a commitment to the duties of protection and of guaranteeing the existential progress while having positive interventions in the public, judicial, law, economic and administrative processes) and subjectively (regarding rights and duties of solidarity).

As such, the fundamental right to development results from the fundamental goal established in the 3<sup>rd</sup> article, II of the Brazilian Constitution, making the constitutional device multifunctional. So, it fulfills a double

systemic function: it is a transindividual fundamental right – with every possible consequence from the insertion of the fundamental rights in an integral theory of protection – and it also appears as a fundamental public policy – a control parameter for every State action to promote development.

Such a fundamental goal grows in normative dimension and interconstitutive importance when it reinforces its protection on an international level as an expression of common human need.

This way, the constitutional legal operator from 1988, 4<sup>th</sup> article, establishes structural principles of international relationships, defending the principle of cooperation between people for the progress of humanity. Progress and cooperation are indissociable to guarantee the prevalence of fundamental human rights and the formation of solidarity bonds between people and nations.

The same constitutional device (4<sup>th</sup> article) contains the international and community guidelines, with the integrative opening of the fundamental rights (5<sup>th</sup> article, 2<sup>nd</sup> §) in the international and community regime of protection of progress and the human existential development. This results in the materialization of an inter-institutional and integral system of protection of the existential progress of the human being.

### **3 THE INTEGRAL THEORY OF PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS AS AN INSTRUMENT OF IMPLEMENTATION OF THE RIGHT TO DEVELOPMENT**

According to Flávia Piovesan (2010, p. 106), one of the weakest fragilities of the international system of human rights is composed by the difficulties of elevating rights, including the challenge of implementing the right to development.

As such, it is convenient to adopt a theory of integral protection of human dignity and fundamental human rights, focusing on the necessity of promoting a systemic, institutional and multilevel organization for the care for the fundamental human rights.

Such rights have axiological contents and, in every case, equal deontological hierarchy, being institutionally protected by diverse jurisdictions (constitutional, international and community).

The different jurisdictions – internal, international and community – establish heuristic justification to overlap the other jurisdictions. They are lost in the useless debate about monism versus dualism, looking for an inadequate protagonist that should reside in the human being and their integral protection.

On the contrary, the integral theory of the protection of the fundamental

human rights establishes the open and diatopic hermeneutic dialogue between the internal, international and community orders, in the institutional contexts of a true inter constitutional jurisdiction.

In an integral theory of protection, with an expansion of the constitutional jurisdiction of the transindividual rights for the community and international domains, there is the analysis of the protection, restrictions, content and efficiency of the fundamental right to development, demanding, necessarily, a new solidarity paradigm.

The instrumental guarantees of protection of the rights, present in the inter constitutional system, are usable in its ample universe of application. It is possible to apply the control of conventionality present in the international jurisdiction in the internal context of each country. The internal jurisdiction of integral protection of the human, fundamental and community rights, in front of the 5<sup>th</sup> article, 2<sup>nd</sup> § (opening clause), combined with the 102<sup>th</sup> article, III (diffuse control), both from the Brazilian federal Constitution, allows the Brazilian magistrates to have the diffuse control of the conventionality.

Another relevant aspect of the integral theory is the establishment of the initial standard of protection or previous delimitation of the essential content. The intangible core of the human, fundamental and community rights must be identified and immediately protected at the judicial level before any decision. If the protection of the essential content is kept, the determination of the protection, content and efficiency contexts will undergo a democratic and cooperative process of State decision, guided by transparent pondering processes.

The integral theory of protection, with inserted rights in a multilevel structural complexity of inter constitutionality, adds relevance to the model of solidary State intervention, in which the goal is the complete development with the sharing of tasks and responsibilities largely from the State and, in the opposite side, binded to transnational companies and the private section based on its transindividual duty of promoting social, cultural and economic developments for the society.

According to Daniel Sarmiento (2003, p. 220), the theory of integral protection is receptive to the theory of direct and immediate efficiency of the fundamental rights in the private relationships – direct horizontal efficiency. This idea was defended, initially, in Germany by Carl Nipperdey, since the 50's, and he justifies his statements based on the confirmation that the dangers that may harm the fundamental rights in the modern world do not come solely from the State, but also from the social and third parties in general.

The theory of horizontal efficiency, immediate or indirect, of the fundamental rights was development in the German school by Günther Dürig (1956, p. 157), as the intermediate construction between the one that simply



negates the binding of private individuals to the fundamental rights, and the one that defends the direct incidence of those rights in the private sphere.

Discussing the theme, Claus Wilhelm Canaris (2006, p. 28) defends the immediate nature of the binding of the legislator of private right to the fundamental rights and the normative efficiency they have as a prohibition of intervention and imperative of tutelage. He questions the idea of immediate efficiency related to third parties, but states that there is an immediate binding of the legislator of private rights to the fundamental rights. The author states that one should only mention immediate efficiency related to third parties if the fundamental rights are directed immediately against individuals of private rights.

We understand that the recipients of the norms of the fundamental rights are, not only the State and its organs, but also the individuals of private rights, even when the fundamental norm is not directed immediately to the latter, but is resultant from the inter constitutional system of protection and is reasonable, adequate, necessary and proportional in the strict sense to its interprivate application to better protect the injured or harmed legal good in a juridical relation between individuals.

In the Brazilian context, the construction of a free, fair and solidary society demands a set of conformity tasks directed to ensure the social dignity of the citizen through the equality of opportunities. Social and distributive justice, reinforced by the bonds of solidarity, through the mutual support between social, governmental and individual institutions allows the equality of chances (which guarantees the initial conditions of freedom – through public policies that make the essential content of the fundamental rights intangible, especially in social vulnerable contexts); the equality of results (which guarantees the conditions of the well-being in the collective existential progress – with the duty of transindividual protection – pondering the individual protection in front of the colectivity and global distribution of resources) and the social equality (which guarantees the conditions of active participation in the development – through the intensification of social solidarity bonds).

With this diapason, the model of cooperative federal action in the country confers to the federal entities a new inter constitutional competence to protect the fundamental human rights, with the reduction of inequality and the fulfillment of the transindividual right to development, From the duty of integral protection of the local and regional communities in the inter constitutional order results the obligation of promoting legal and institutional-federal symmetry, empowering the efficiency of the fundamental human rights.

Hence the creation of the federal direct correspondent of active participation and representation in the inter constitutional context, promoting a relationship of external federal inter constitutionality – dialogue of integral protection between the communitary Constitution, federal Constitution, International

Treaties of Human Rights, organic laws and Constitution of federal entities. The relation between the Brazilian federal Constitution, Constitution of States/ Federal District and organic laws of the cities is kept – internal federal inter constitutionality.

#### **4 CONCLUSION**

Development can be conceived as a process of expansion of substantive freedom, which implies the removal of the social obstacles that compromise a dignified existence. It is a central question of the humanity, a true conversion core of the main theories and social movements, producing reflexes in the conceptions of a democratic regime, the citizenship and human rights in the global, regional and local contexts in the scenario of the new social normality, created by the sanitary crisis of coronavirus.

The right to development was affirmed in important international documents and organisms. In 1977, the Commission of Human Rights of the United Nations mentioned the right to development on its plan of international cooperation; in 1978, the right to development was inserted in the text of the International Declaration about race and racial prejudice; in the year of 1981, the African Chart on Human and People's Rights, approved during the 18<sup>th</sup> Conference of Heads of State and Government, in Kenya, referred openly to the right to development.

Afterwards, in 1986, the United Nations approved the Declaration on the right to development, which concepts the development as an economic, social, cultural and political process that aims for the constant improvement of the well-being for the whole population and for every individual based on their active, free and significative participation on the development and fair distribution of the resulting benefits.

In the year of 2000, the UN General Assembly adopted the Declaration of the Millenium, with a commitment of adhering to a worldwide project of reducing extreme poverty in every single form.

The fundamental right to development is the result of the new generation of rights that claims its integral protection in a solidary regime. It is identified as a right to solidarity or third generation/dimension right and it has an undeniable transindividual character representing the unifying milestone of the present fundamental rights and other human and communitary rights for its open and integral system of protection.

In the Brazilian Federal Constitution, 1988, the development presents different connotations, which allows it to dialogue with other constitutional norms in a plural environment, full of normative possibilities.

Development is referred in the Brazilian constitutional preamble from 1988, prescribing the institution of a democratic State that must ensure the exercise of social and individual rights, freedom, security, well-being, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, plural and free of prejudice society, founded in the social harmony, in the internal and international orders, with pacific solution for controversies.

Furthermore, the 3<sup>rd</sup> article of the Brazilian federal Constitution, 1988, establishes, among the fundamental goals of the Federative Republic of Brazil, the goal of national development. This is a programmatic fundamental norm, with bonds to the public powers (with important systemic function and duties of protection and insurance of the existential progress, while promoting positive interventions in the political, judicial, law, economic and administrative processes) and to the society (regarding rights and duties of solidarity).

By inserting the international and community guidelines in the same constitutional device (4<sup>th</sup> article), presented in the integral opening of the fundamental rights (5<sup>th</sup> article, 2<sup>nd</sup> §), in the community and international regime of protection of progress and the human existential development, our constitutional order built the multilevel inter constitutionalism (international, community and constitutional).

As such, the challenge of the implementation of rights and the systematic theory of integral protection must be allied. The integral constitutionalism or integral theory of protection arises from the need of promoting fundamental human rights. In an integral theory of protection, in front of an expansion of the constitutional jurisdiction of transindividual rights for the community and international domains, the analysis of the protection, restrictions, content and efficiency of the fundamental right to development demands a new solidarity paradigm.

Another relevant aspect in the integral theory is the establishment of the initial standard of protection on precious delimitation of the essential content. The intangible core of the human, fundamental and community rights must be identified and protected in the judicial, legislative or administrative levels before any decision. With the protection of the essential content, the determination of protection, content and efficiency will undergo a democratic and cooperative process of State decision guided by transparent processes of ponderation.

The integral theory of protection, with inserted rights in a structural multilevel complexity of inter constitutionality adds relevance to the model of solidary State intervention, looking for the complete development with the sharing of tasks and responsibility for the State, opposing the bond of transnational companies and the internal private sector due to its transindividual task of promoting social, cultural and economic development for the society.

The social and distributive justices, empowered by the bonds of solidarity, through the mutual support between the social and governmental institutions

and the individuals, promotes the equality of chances (which guarantees the initial conditions of freedom – with public policies that make the essential content of the fundamental rights intangible, especially in social vulnerable contexts); the equality of results (which guarantees the conditions of social well-being in the collective existential progress – with the duty of transindividual protection – pondering the individual protection in front of the collectivity and the global distribution of resources) and the solidarity equality (which guarantees the conditions of active participation in development – with the intensification of social solidarity bonds).

The model of cooperative federalism gives a new inter constitutional competence to the federal entities for the protection of federal constitutional rights like the reduction of regional inequalities and the transindividual right to sustainable development. The duty of integral protection for the local and regional communities in the inter constitutional orders results in the obligation of promoting legal and institutional-federal symmetry, with the optimal efficiency of fundamental human rights.

## REFERENCES

- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BURRY, John. **La idea del progreso**. Madrid: Alianza, 1971.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2014.
- DANN, Philip. Solidarity and the law of institutional development cooperation In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. v. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- DÜRIG, Günther. **Grundenchteund zivilrechtsprechung**: festchirft für Hans Nawaiasky. München: Beck, 1956.
- M'BAYE, Keba. Le droit au développement comme un droit de l'homme: leçon inaugurale (session d'enseignement de l'Institut International des Droits de l'Homme). In: **Revue des droits del'homme**, Strasbourg, Ed. Institut International des Droits de l'Homme, 1972.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Contribuição para a compreensão das interconstitucionalidade no estado constitucional. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Ed. Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. v. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**: a nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. Disponível em: <<http://ohchr.org>>.

UNITED NATIONS. Human Rights Council advisory Committee. Disponível em: <<http://ohchr.org>>.

UNITED NATIONS. United Nations millennium declaration DPI/2163. Lisbon: United Nations Information Centre, 2001.

Submissão em: 25 de outubro de 2023

Último Parecer favorável em: 18 de janeiro de 2024

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

SOARES, Ricardo Maurício Freire; OLIVEIRA JR, Valdir de; ALVES, Robson Cosme de Jesus. Right to development in the Brazilian constitutional system. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 1, p. 226-236, jan.-abr. 2024.

Kaptan  
Мастер  
Maestría  
Magister  
Magisterský  
Mağistra  
Magistri Omad  
Magistro  
Maighstir  
Máistir  
Maîtrise  
Mästare  
Майстар  
Магистра  
Магистратура  
Master  
Màster  
Masteri  
Master's  
Meeschter Ass  
Meistarar  
Meister  
Meistr  
Mestarin  
Mester  
Mestere  
Mistrzyni  
Mojstrski  
Studii de Masterat  
Učiteljska  
Usta  
Учителски  
Δάσκαλος

**MESTRAADO**

## LOS MERCADOS MULTINIVEL. ¿ACCIÓN TÍPICA DE ESTAFA O ALEA COMERCIAL?<sup>1</sup>

DIEGO GARCÍA AUSTT AROCENA<sup>2</sup>

### I INTRODUCCIÓN

Durante la época de pandemia y confinamiento social que afectó al planeta durante la primera mitad del año 2020, la Argentina se vio sorprendida por un debate que tuvo su génesis en redes sociales, y luego se trasladó a los medios de comunicación tradicionales acerca de la posible existencia de una estafa en la venta de productos cosméticos mediante la modalidad de Mercado Multinivel (MLM). La pandemia cambió múltiples aspectos de la vida de las personas en todo el planeta, cambiando entre ellos el modo en que las personas generan sus ingresos sin salir de su hogar.

La empresa en cuestión<sup>3</sup>, recurrió a una atomización de la oferta y promoción de productos cosméticos a través de actrices, modelos publicitarias y las llamadas “*influencers*”, que profesaban las maravillas de comprar y revender dichos productos. Es crucial destacar que la empresa referida no es un caso aislado, ya que modalidades similares surgen periódicamente a lo largo del tiempo. La divulgación de estas artimañas resulta esencial, pues empresas aparentemente legítimas, incluso con renombre internacional, pueden causar considerables pérdidas tanto a sus “usuarios” como a sus revendedores.

<sup>1</sup> Versión actualizada de artículo publicado en Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal, número 28, junio 2020, IJ Editores.

<sup>2</sup> Maestría en Derecho Penal. Abogado egresado de la U.N.M.d.P. Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral. Diplomado Internacional en Ciberdelincuencia y Tecnologías Aplicadas a la Investigación por la Universitat Abat Oliba CEU y la Universidad Austral, Diplomado en Compliance por el IAE Business School y la Universidad Austral. *e-mail*: lex.dga@gmail.com

<sup>3</sup> “Nu Skin” es una empresa norteamericana, con sede local en Argentina, que comercializa cosméticos y máquinas para el cuidado de la piel. Para que un consumidor ingrese a la organización, deberá adquirir una cierta cantidad de “kits de belleza”, permitiéndole, a partir de ello, ser un agente revendedor de los mismos. El vendedor, obtendrá ganancias a partir de los productos que venda, y producto de las ventas realizadas por las personas que haga ingresar a la organización; como corolario, una vez adquirida la “*maquina*” aplicadora, el usuario deberá continuar adquiriendo cremas e insumos para su utilización.

No siempre es sencillo determinar cuándo un comportamiento astuto se considera manifestación de habilidad negocial y cuando, en cambio, constituye una conducta típicamente relevante desde la perspectiva del delito de estafa. A través del presente intentaré analizar si el conocimiento que tiene un sujeto activo sobre la estructura, funcionamiento y posibilidad de éxito de la organización, configura el fraude requerido en el delito de estafa; o si por el contrario ello será constitutivo de la habilidad negocial que requiere el tráfico económico y su aleatoriedad.

## II ORGANIZACIÓN Y DINÁMICA DE LOS MERCADOS MULTINIVEL

La *venta directa* es un método de distribución de bienes de consumo y servicios de forma personal, cara a cara (vendedor-consumidor), fundamentalmente en el hogar, donde el fabricante no utiliza intermediarios para llevar su mercancía hasta el consumidor. La modalidad de venta directa MLM, o Mercado Multinivel comporta

una red de distribuidores individuales independientes sin establecimiento que venden a sus clientes particulares: familiares, vecinos y amigos. Los distribuidores hacen un proselitismo intensivo para convencer y ayudar (auspiciar) a otros para que hagan lo mismo: vender en plan particular y convencer y auspiciar a otros que se integren en la red. Cada miembro de la red recibe un porcentaje importante de su venta al detalle y un *rappel* o *royalty* de lo que venden todos los que se han incorporado en la red que él ha generado. La escala de *rappels* crece con las cantidades de venta promovidas por cada uno. El éxito del sistema depende no tanto de las ventas propias como de la capacidad del vendedor para desarrollar niveles inferiores de distribuidores que sean capaces de vender el producto e incorporar nuevos vendedores a la organización (SANTESMASES MESTRE, 2012).

Se establece un vínculo contractual diferente, ya que los distribuidores no son per se vendedores con beneficios equiparables a los de un empleado, sino que son clientes de la empresa, autorizados para revender los productos siguiendo ciertas pautas preestablecidas.

Todo ingresante a una red MLM<sup>4</sup> obtiene un posicionamiento inferior a quien lo invitó. Todos los invitados directos, o indirectos (invitados de sus invitados o referidos) se colocan en el organigrama de la red, “*downline*” (es

<sup>4</sup> En lo que respecta a la aparición de las empresas del Multinivel a nivel mundial, en 1959 se creó la empresa AMWAY (Ada, Michigan, EEUU), luego de su éxito se ha expandido a países en los 5 continentes. Otras compañías de MLM se han originado posteriormente tanto en EEUU como en otros países, tal es el caso de las empresas: Mary Kay (septiembre 1963, Dallas, Texas), Herbalife (febrero 1980, Inglewood, California), NU Skin Enterprises (1984, Provo, Utah), Agel (Marzo 2005, Provo, Utah).



decir en línea descendente) de ese sujeto. A mayor volumen de compra, mayor descuento recibe el distribuidor, por lo cual éstos se ven incentivados a realizar comprar masivas, muchas veces mayores a las que efectivamente pueden vender, y de esta manera ganarle un porcentaje mayor a cada objeto o unidad de mercadería.

La presentación de este tipo de negocios suele darse por recomendaciones de persona a persona, quien transmite a un allegado, familiar o amigo, ya sea en una charla personal o invitándolo a las conferencias. Estas particulares convenciones cuentan con *catering*, luces, música y la presencia de altos directivos que las empresas organizan para darse a conocer. El factor publicitario es central, gran parte de este tipo de compañías utilizan celebridades mundiales como voceros<sup>5</sup>, a través de la publicidad en la vía pública, gráfica, y actualmente en las redes sociales.

Si bien la mayoría de los organigramas de las grandes empresas tienen una forma geoméricamente piramidal, debe quedar en claro que una gran compañía legítima que lleva en su dirección superior a un CEO o un Directorio, está compuesto de lo que se puede definir como *escalera corporativa*<sup>6</sup>, una jerarquía organizacional que posiciona a los empleados de acuerdo con su estado, prestigio o autoridad, posiciones con salarios, cargas sociales, beneficios y aportes a la seguridad social. Las grandes corporaciones y el propio Estado tienen una estructura geométrica piramidal; el problema radica en si el diseño de un modelo de pirámide se encuentra estructurado de modo tal que la base de la misma tenga que aumentar constantemente para ser viable.

El flujo de dinero que ingresa a la estructura de una MLM, proviene mayoritariamente del aporte de nuevos ingresantes que van sumando niveles a la base, aumentándola. Al estar estos aportes motivados en la captación de personas y no en la venta de productos, es necesario que ese crecimiento no se detenga, ya que ello implicaría el corte del suministro de liquidez, provocando el colapso inevitable de la pirámide. Este escenario suele ocurrir por la rápida atomización que se da por el crecimiento exponencial que necesitan estos negocios para prosperar, en contraposición con la saturación de la oferta a la que se llega en pocos niveles de la pirámide.

Existe una limitante matemática en la estrategia de ventas por niveles y está relacionado con que, si cualquier interesado puede formar su propio equipo de ventas, y asumiendo que todas las personas del país desean consumir y revender batidos y geles nutricionales o máquinas cosméticas, entonces ese esquema de distribución tendrá un crecimiento de la forma de una progresión geométrica. Pensando como ejemplo un país como Argentina, en el que la

<sup>5</sup> Lionel Messi y Cristiano Ronaldo (Herbalife), Reese Whitterspoon (Avon), Chuck Norris (Max International), Shaquille O'Neal (Amway).

<sup>6</sup> Definición del término en inglés "*Corporate Ladder: a series of increasingly important jobs that someone can do within a company*". Disponible en: <<http://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/corporate-ladder>>.

Población Económicamente Activa (PEA) según datos del Banco Mundial, apenas superaba en 2019 las 20,7 millones de personas<sup>7</sup>; comenzando con un solo equipo de 5 personas que deban cada uno de ellos formar un equipo de 5 personas, en nueve escalones ya se alcanzaría el 10% de la PEA y en el décimo escalón de la estructura se alcanza la mitad de la PEA, y luego de un solo escalón más, la cantidad de personas necesarias para conformarla supera el doble de las personas económicamente activas del país<sup>8</sup>.

Se parte de una concepción tan simplista como errónea, como es la de sustentarse en que la perduración del modelo depende de la ampliación de la base de esa estructura; siendo ello contrario a las reglas del mercado. Generar un modelo que obligue constantemente a tener siempre nuevos inversores. Partiendo de ciertas cuestionables premisas:

- a. es un escenario económico en la cual nunca habrá una crisis;
- b. siempre habrá un aumento de capital ininterrumpido; y
- c. e espera un constante un aumento demográfico que pueda abastecer de sujetos a los estratos inferiores de la estructura.

### III EL DELITO DE ESTAFA

#### III.a

La figura genérica de la estafa prevista en el artículo 172 Código Penal recepta el delito en estos términos: “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*”.

Los elementos típicos que deben concurrir para la configuración del tipo en el Derecho argentino son:

- a. una conducta engañosa, que constituye el elemento central en la estafa;
- b. el error de otra persona, causado por el comportamiento engañoso;
- c. una disposición patrimonial que tiene su causa en el error;
- d. un perjuicio económico para el sujeto pasivo o para un tercero, que es consecuencia del acto de disposición.

<sup>7</sup> Disponible en: <<https://datos.bancomundial.org/indicador/SL.TLF.TOTL.IN?locations=AR>>. Acceso en: 31-V-2020.

<sup>8</sup> Si se alcanzara el nivel 13 de esa única pirámide, se superaría el número de habitantes del planeta.

La acción material del delito consiste en emplear un fraude con una finalidad concreta y determinada: lograr de un tercero una disposición patrimonial que se traduce, por lo general, en la obtención de un beneficio indebido para el autor y en un perjuicio económico para la víctima o para un tercero.

### III.b

Ese engaño que provoca la disposición patrimonial en la actualidad debe contemplar, como enseña Pastor Muñoz, que el patrimonio ya no puede entenderse en tales términos que abarque solamente un conjunto de bienes: en efecto,

el patrimonio abarca expectativas de adquisición (de recuperar el importe invertido y de cobro de intereses o ganancias) fundadas en un derecho de crédito y tales expectativas tienen un determinado valor, directamente vinculado al grado de riesgo que deriva de las circunstancias del negocio concreto: si el autor “entrega” al engañado (es decir, si mediante el negocio se constituye) un derecho de crédito que va unido a una expectativa de cobro de menor valor que la que el engañado creía adquirir –porque el riesgo de impago es mayor que el que el engañado cree haber asumido–, no hay problema alguno para considerar que existe menoscabo del patrimonio (PASTOR MUÑOZ, 2013, p. 96).

### III.c

El autor modifica la configuración de la realidad de modo que la información que debía estar al alcance de la víctima según su posición en la relación económica dejan de estarlo. Los deberes de veracidad no deben buscarse en las reglas económicas, sino en las “*reglas jurídicas del mercado*”. El reparto de competencias en cuanto a la información que surge de determinadas reglas jurídicas que configuran el mercado (por ejemplo, la regulación de protección de los consumidores impone deberes de información a fabricantes y comerciantes) puede no coincidir con el reparto de cargas que resultaría de la aplicación de reglas puramente económicas; y son aquellas y no éstas las que importan en la definición de la estructura normativa del mercado (PASTOR MUÑOZ, 2004, p. 212).

La expectativa social no comprende hoy una obligación penalmente tipificada, pero abarca un nivel superior a la mera confianza propia del individuo; la víctima espera que el autor comparta información verídica, no

sinceridad. La aplicación de un marco legal claro implicaría la protección de un gran número de individuos que quedan inmersos en un circuito que *ex ante* aparece como claramente perjudicial. La instrumentalización propia de la estafa es una “desorientación” de quien tiene derecho a la información para la toma de una decisión de disposición.

El derecho a la verdad permite determinar que informaciones incumbe averiguar a la víctima y cuales, en cambio, deben ser proporcionadas por el autor. Los deberes de veracidad se han de definir a partir de la posición que el autor ocupa en la relación económica con la víctima; es por ello que no pueden definirse en abstracto y que, por tanto, tampoco puede establecerse en abstracto qué inveracidad constituye un engaño típico.<sup>9</sup>

Ya intuitivamente está claro que el principio de *Cogitationis poenam nemo patitur*<sup>10</sup> no puede ser aplicado a datos subjetivos cognitivos. [...]. Pero la intuición, sola, no basta; es necesario fundamentar esta restricción a la aplicabilidad del referido principio. En primer lugar, debemos recordar que los datos cognitivos no son puros datos subjetivos, toda vez que, al contrario de los datos opinativos y emocionales, ellos no brotan de la psiquis del agente, sino de la realidad exterior<sup>11</sup> [...] Quien sabe más, también puede más, toda vez que más conocimiento implica un mayor abanico de posibilidades de actuar para alcanzar lo que se anhela. Y éste “más” en libertad precisa ser compensado con un “más” en responsabilidad (GRECO, 2018, p. 157 y ss.).

### III.d

Quien está en poder de la información puede emplearla para su propio provecho y de él solamente se puede esperar, normativamente, que haga entrega a otros de la información de la que dispone solamente si se fundamenta la existencia de un deber jurídico-penal de informar. En efecto, en las relaciones económicas cada uno busca su propio provecho, así que la víctima no puede ver en quien interacciona con ella un “administrador” de sus negocios, sino al titular de un patrimonio distinto que se mueve según sus propios intereses (PASTOR MUÑOZ, 2004, p. 210).

El simple aprovechamiento del error ajeno ya existente, no es un engaño apto para configurar la estafa. Pero si ese aprovechamiento va acompañado de una actividad positiva con la que se oculta la verdad, o se ratifica el error, se está al margen de la aplicación de los principios determinados para el silencio,

<sup>9</sup> Un sujeto que ocupa la posición de asesor financiero en una relación económica tiene los deberes de veracidad propios de esa posición aun cuando carezca de los conocimientos propios de esa profesión.

<sup>10</sup> Nadie debe ser castigado por sus pensamientos.

<sup>11</sup> El jurista puede hablar sin miedo de una realidad exterior, porque tal noción está en la base de nuestra vida cotidiana, y es de ésta que debe partir el Derecho.

y el hecho constituye un ardid, porque el error que ya existía ha sido fortalecido o se ha impedido que el engañado lo supere por la acción del estafador. No es necesario que el error surja exclusivamente por la obra del autor; también es fraudulento *mantenerlo en él* (MANZINI, **Trattato**, vol. IX, p. 592; MEZGER, **Libro de estudio**, § 57, III, 2; CREUS, **Derecho penal**: parte especial, t. 1, p. 466, quien exige, con razón, un despliegue de ardid o engaño para mantener a la víctima en el error. Citado por FONTAN BALESTRA, 1966, p. 41).

Dentro de los delitos contra la propiedad del Código Penal argentino, el silencio es tratado de formas diferentes, aún dentro de las estafas y defraudaciones, como son, por ejemplo, los casos del estelionato y la venta de automotores. El art. 173 del C. P. en su inciso 9.º incluye al delito de estelionato, donde el silencio del vendedor, sobre la situación jurídica real del bien que será objeto de la transacción, resultará suficiente para calificar esa conducta dentro de la figura típica de estelionato. Esto es así, porque quien vende se encuentra en posición de garante respecto de la transmisión, uso y goce de la cosa por parte de quien la comprará, por ello le es exigible a quien vende que exprese la situación jurídica real en la que se encuentra el objeto de la transacción. En contraposición podemos analizar el mercado de compraventa automotor, donde el silencio del vendedor no afecta la tipicidad ante fallas o vicios ocultos del mismo, como la existencia de multas o que su motor presente desperfectos graves. Quien no tome los recaudos mínimos<sup>12</sup> no podrá alegar luego que no le vendieron lo que le decían que estaba adquiriendo.<sup>13</sup>

### III.e

Autor y víctima son roles contrapuestos, ello convierte a la estafa en lo que se denomina delito de relación, de modo que para el examen de la imputación objetiva del resultado no sólo habrá que analizar las características de la acción del autor (el engaño) sino también las características de la participación de la víctima (el acto de disposición realizado por error que conlleva a un auto-daño patrimonial en cierto modo inconsciente). La eficacia del engaño va a depender en gran medida de la capacidad y el conocimiento de quien se enfrenta a él.

El derecho a la verdad es un tramo de libertad de la víctima jurídicamente reconocido cuya lesión a través de un engaño permite afirmar que ha habido una instrumentalización de la víctima tal que el acto de disposición perjudicial llevado a cabo formalmente por esta última pertenece materialmente al autor. La lesión del derecho a la verdad de la víctima –y no la eventual superioridad fáctica del autor sobre la víctima– justifica el desplazamiento al autor de la

<sup>12</sup> Solicitar un informe de dominio ante el R.N.P.A., y revisarlo con un mecánico.

<sup>13</sup> Ello, con los alcances del derecho penal. No obsta que la situación pueda configurar un incumplimiento contractual que habilite un reclamo por la vía civil y comercial.

responsabilidad por el acto de disposición perjudicial, esto es, permite considerar que la “autolesión” no ha sido libre y, con ello, afirmar que se ha producido la instrumentalización propia de esa autoría mediata tipificada que es la estafa.

El punto central lo constituye la cuestión de cómo repercute en el injusto la corresponsabilidad de la víctima por lo sucedido y especialmente si la misma puede dar lugar a la exclusión del tipo o de la antijuridicidad. La máxima del derecho romano *volenti non fit in iuria*, que negaba la existencia de entuerto cuando intervenía la propia voluntad del afectado, recepta que frente al que lo acepta no tiene lugar ningún injusto (ZAFFARONI, 2005, p. 498). La estafa presenta la estructura de un delito de autolesión, porque el peligro para el patrimonio tiene su origen en una conducta del mismo titular del bien jurídico (PASTOR MUÑOZ, 2004, p. 124).

Esta incumbencia que les exige un asesoramiento técnico, si el desorientado lo incumpliera, realizando comportamientos desconociendo las normas que regulan el sector, y no buscara ayuda de algún experto puede verse desorientado en el plano comercial como víctima potencial de una estafa.

En algunos casos de estafa, el sujeto activo se aprovecha no sólo de la inferioridad de condiciones de su víctima, por el hecho de la estratagema hábil para inducirla en error, sino de la ambición de aquella, que cree estar haciendo un gran negocio a costa de alguien que se presenta como ignorante, tonto o torpe (siendo en realidad, el victimario que hace caer a su víctima). *Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*<sup>14</sup>. Retomando el ejemplo del vehículo con el motor fundido; si el vendedor de un automóvil antiguo que se encuentra con un motor con deficiencias graves en su funcionamiento, se enfrenta ante un comprador incauto, puede estar estafándolo dado que el vehículo no funciona; o este puede estar siendo engañado por el comprador que está adquiriendo un auto de colección por un precio ínfimo, siendo que la reparación del motor no tiene punto de comparación respecto al valor real de mercado del auto, circunstancia ignorada por el vendedor.<sup>15</sup>

También debemos recordar que el derecho no puede proteger a quien voluntariamente se ha puesto en peligro, así quien ingresa a un negocio a riesgo propio, debería disponer de los conocimientos básicos necesarios que le den sustento para tomar una decisión racional fundada. Para disponer de dicha información, resulta cuidadoso solicitarle al oferente los términos y condiciones del negocio, la estructura de compensaciones y gastos, cantidad y modo de generación de ganancias, de este modo responsabilizando también a quien brinda esa información del riesgo que ello crea en caso de ser falaz.

<sup>14</sup> No se entiende que padece daño quien por su culpa lo sufre.

<sup>15</sup> Ejemplo que surgiera de un interesante debate entre el autor y el Dr. Mario Laporta en la conferencia digital “La estafa tradicional y las modalidades actuales”, organizada por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho UBA el día 11-5-2020.

## IV LA ESTAFA EN LOS MERCADOS MULTINIVEL

### IV.a

Al valorar la norma se pone de manifiesto, en este emprendimiento, que la conducta de presentar este negocio ante un público en particular<sup>16</sup> resulta aquello que la norma busca evitar. Existe conocimiento de que se está informando de manera engañosa, o no aclarando la realidad ante quien tiene derecho a recibir información verdadera sobre el funcionamiento del negocio. Ese engaño resulta idóneo comparándolo con las condiciones personales de los afectados. En ese sentido, el sujeto que interacciona con el mercado tiene asignada la administración de determinadas informaciones en las que la víctima basa sus decisiones de disposición y que, si organiza ese segmento de acontecer social de modo defectuoso, es responsable del curso lesivo que ha generado, esto es, la organización patrimonial perjudicial de la víctima (PASTOR MUÑOZ, 2004, p. 154).

Una conducta puede ser una simple mentira respecto de un sujeto y puede ser considerada como un ardid idóneo frente a otro, para ello es preciso observar las circunstancias del caso particular, comprendida la personalidad del sujeto pasivo. El decir que un tónico hace crecer matas de pelo en horas es falaz, pero además de ello, solo podrá causar convencimiento en personas con una capacidad cognitiva inferior o deficiente a la del grueso de las personas. Cuando la disposición patrimonial ha tenido su causa en un acto derivado de la negligencia del sujeto pasivo, no puede afirmarse que estamos ante un ardid o engaño, sino ante un caso de negligencia culpable de la víctima. Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de la defraudación, más que producto de un engaño, deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de debida diligencia (GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA. **El código penal de 1870 concordado y comentado**. t. VII. p. 128, en ROMERO VILLANUEVA, 2021, p. 170).

Para poder interaccionar en el mercado, el sujeto deberá adaptarse al modelo de decisión vigente en ese ámbito y no en otro, ya que quien elija uno diferente lo hace por su cuenta y riesgo.

Detrás de una estructura piramidal delictiva, no solo estamos frente a un engaño típico, a ello se debe sumar una gestión desleal por parte del administrador, puesto que quien ofrece y promociona el negocio, hace saber

<sup>16</sup> En los EEUU, a modo de ejemplo, la empresa Herbalife, dirige la oferta de su negocio hacia las comunidades de inmigrantes latinos, que no dominan el idioma, carecen de la documentación migratoria y de la seguridad social, lo que les imposibilita obtener un trabajo formalmente registrado.

de manera categórica que el dinero va a ser a invertido, asignado, o gastado en reposición de insumos, que a ciencia cierta no será de ese modo.

Esta idea de que el oferente se muestra comprometido con el producto y con el plan, porque él mismo es consumidor y vendedor de dicho producto, reafirma en la confianza del nuevo tomador, la idea de seguridad y de extensión en el tiempo de ese negocio que está ofreciendo; de que no va a esfumarse en el aire y de que su misma persona de confianza tiene plena certidumbre en ese paquete que está vendiendo.

La información que se presenta comprende los beneficios y presuntas ganancias que se afirma podrán ganar quienes aceptan invertir en este negocio, pero, sin embargo, no se incluye entre dicha información, el margen de ganancias promedio que podrán tener, la cantidad real de productos que deberán vender para lograr ese objetivo, y el tamaño de la población a la que se deberán dirigir para alcanzar el piso mínimo para recuperar la ganancia inicial. Tampoco se informa sobre la dificultad que radica en conseguir que sus clientes luego deberán mantenerse como clientela cautiva para que el negocio perdure en el tiempo.

#### **IV.b**

Las ganancias de los aportantes se sufragan con las cantidades aportadas por los nuevos ingresantes, de forma que mientras la base de inversores de la estructura sigue aumentando, los estratos superiores disponen de fondos para mantener y acrecentar la ficción del negocio, y por ende la trama concebida. No es necesario que cada uno de los ingresantes a la estructura sufra un perjuicio patrimonial, sino que la organización de la estructura se encuentra configurada para hacer creer a los ingresantes que obtendrán beneficios exorbitantes, cuando prácticamente la totalidad de ellos verá una merma en su situación patrimonial.

Con las primeras ventas y bonus ganados, se produce un total suministro de información falsa, pues no existe realmente ese flujo monetario esperado, o el mismo implica un esfuerzo de grandes dimensiones en comparación con los magros márgenes de ganancia, por lo cual se ven tentadas a migrar hacia una estrategia de reclutamiento, en lugar que de ventas. Al autor no se le atribuye criminalidad por haber defraudado a otra persona con un fraude de cierta categoría, sino por haberla defraudado engañándola (BUOMPADRE, Jorge, en BAIGUN; ZAFFARONI; TERRAGNI, 2009, p. 89).



#### **IV.c**

En el Derecho Penal práctico recae en el juez la función de gestor del riesgo penalmente permitido, debiendo fijar, ante la situación concreta, el nivel máximo de riesgo que puede derivarse de una conducta sin que la misma se convierta en prohibida, y traduciendo esa concurrencia de necesidades sociales diversas en una interpretación del tipo penal y en la subsunción o no de un caso en el mismo.

En los casos de instituciones intensamente reguladas por parte de la Administración, el umbral del riesgo permitido es sensiblemente más acotado, dependiendo menos de la discrecionalidad de quien lo juzga. Es por ello que una fuerte regulación estatal de ciertos mercados frecuentemente permite a los sujetos intervinientes racionalmente confiar en que serán informados, a través –cuando menos– de los canales administrativamente establecidos, de cuantas circunstancias económicas sean pertinentes y tengan derecho a conocer –que, por supuesto, no son todas–, a tenor de la regulación administrativa.

Ese incumplimiento del deber de informar podría considerarse allí que ha dado lugar –en comisión por omisión– a un riesgo equivalente al propio del engaño activo, por lo que pueda subsumirse como una acción típica de estafa, si es que la compra llega a producirse –delito consumado– o está a punto de hacerlo –tentativa–.

La manera de proteger a los posibles perjudicados es obligar a quien monte el negocio para que exteriorice la mayor información disponible para que incluso la población de bajos recursos o carente de conocimientos técnicos pueda discernir la conveniencia o no de embarcarse en un emprendimiento comercial, que como todos tiene un cierto alea aceptando socialmente.

#### **IV.d**

Lo cierto es que la víctima de la estafa siempre puede (en sentido fáctico) hacer esfuerzos adicionales para adquirir las informaciones que necesita para tomar su decisión de disposición. Sin embargo, si se exigiera al disponente que realiza ese esfuerzo ilimitado, se rompería el mercado tal como está configurado hoy, pues la interacción se haría demasiado costosa (PASTOR MUÑOZ, 2004, p. 206). La protección por parte del Estado puede amparar al sector de la sociedad que es objetivada como posibles víctimas por sus características personales. Esta defensa podrá configurarse creando regulaciones que exijan a los oferentes de venta directa, y multinivel, que proporcionen información clara y veraz sobre el modelo de negocios, y con reglas contractuales claras, solicitando a los

ingresantes que acepten las condiciones, y poner a disposición la información sobre la posibilidad de ganancias en relación a las ventas que efectivamente realicen. Exteriorizando de este modo la mayor cantidad de información para no dejar indefensos incluso a aquellos que carecen de recursos o conocimientos técnicos, que son justamente aquellos a quienes se busca cooptar.

Autor y víctima son igualmente competentes sobre el contacto social, de este modo el autor no podrá tener un comportamiento arriesgado y eludir las consecuencias de sus actos, y tampoco la víctima podrá asumir un contacto que arriesgue su integridad o su patrimonio sin aceptar que ese comportamiento temerario tendrá consecuencias previsibles. El baremo adecuado de exigencia a la víctima de estafa deberá ser un esfuerzo razonable, teniendo en consideración los límites temporales que el mercado en cuestión impone para la toma de una decisión de disposición para cada clase de relación económica. En el mercado multinivel, llevando a cabo un esfuerzo razonable, la víctima de la estafa no logra acceder a toda la información que necesita para tomar su decisión dispositiva de manera acabada. Este tipo de inversiones, donde los ingresantes deben desembolsar un capital inicial relevante, invirtiendo quizás sus ahorros, o tomando pasivos por medio de préstamos, para colocar su capital en un negocio a mediano y largo plazo, reviste a todas luces, una condición absoluta de no cotidianeidad, razón por la cual resulta imperioso la exigencia de deberes de autoprotección.

Cuando la población de posibles aportantes se satura, los beneficios de los inversores originales disminuyen, y muchos participantes terminan sin beneficio alguno, tras haber financiado las ganancias de los participantes originarios. Además de ello, no se proporciona al nuevo distribuidor de la información necesaria para meritar si dicho negocio le será rentable. Datos como la cantidad de vendedores que residen o que venden en un determinado territorio es uno de ellos.<sup>17</sup> El reclutamiento de gente *per se* no es ilegal, ni tampoco lo es darle dinero a alguien, lo ilegítimo es engañar a las personas para obtener dinero, mediante un ardid.

En los casos en los que el autor propone a la víctima invertir en su negocio, compete a aquel ofrecer información veraz sobre el negocio en cuestión o al menos no suministrar información errónea o maliciosamente sesgada, pues, por la posición que ocupa, le incumbe a él y no a la víctima acceder a la información. Desde la perspectiva del riesgo permitido socialmente adecuado, este negocio excede dichos límites, y no existe anonimato en las posibles víctimas, sino que,

<sup>17</sup> “Inicialmente el sistema funciona porque al principio ingresa poca gente y eso hace que haya más inversores nuevos que antiguos, permitiendo que con el dinero de muchos (los nuevos) se les pueda pagar a pocos (los antiguos). Por esa razón, estos esquemas sólo pueden mantenerse con la entrada constante de nuevos inversores, por esa razón, a medida que va creciendo, el sistema se acerca inexorablemente a su final, ya que llega un momento en el que dejan de ingresar nuevos inversores y es genera que los nuevos no sean muchos sino pocos en comparación con los que tienen que cobrar en el futuro cercano.” (Juz. Corr. N.º1, Morón “Causa n.º 2.066 -11-7-2016)

al ingresar a la pirámide, su desenlace se encuentra marcado, no existe libre juego de mercado, sino que la estructura fue diseñada para que ellos pierdan dinero.

## **V COROLARIO**

### **V.a**

Del análisis de la maniobra se desprende que el fraude no resulta burdo y evidente, y que tampoco afecta únicamente a los más crédulos e incautos. La complejidad que radica en el ardid; y su disimulación detrás de una estructura comercial lícita es la razón principal de su éxito y también de la dificultad que conlleva tipificarla, combatirla y penar a sus perpetradores.

### **V.b**

No existe una inversión en productos que generarán una rentabilidad adicional, sino que se invierte en buscar nuevos ingresantes, por ello la estabilidad será transitoria, hasta que la base tienda a reducirse y la estructura pierda sustento y colapse. En este delito, quienes refieran a nuevos ingresantes, configuran el ardid cada vez que salen en busca de nuevos referidos, pero resultan fungibles para la estructura en su conjunto. Cada sujeto que ocupa un nivel superior en la estructura ejecuta ese ardid con mayor o menor conciencia del mismo, al verse presionados a captar nuevos clientes y capacitarlos para que ellos también lo hagan. Sin embargo, por tratarse de un delito doloso, el reproche penal solamente puede endilgarse a los promotores del negocio, por lo cual, la responsabilidad penal se concentra en la parte superior de la pirámide, que serán los únicos beneficiados ante el perjuicio de la mayoría de los integrantes. En el negocio objeto de estudio, aun sabiendo que los posibles tomadores del producto para su venta son indeterminados antes de comenzar, una vez ingresados a la estructura, tendremos perfectamente delimitados quienes van a ser las víctimas, y no hay un libre juego de mercado que haga que los tomadores podrán ganar o perder dinero; sino que estando diseñado para que éstos fallen, no podemos aceptar que ellos toleren esas pérdidas, porque efectivamente su desenlace está marcado.

**V.c**

La regulación de los mercados multinivel debería plasmar en el ordenamiento las reglas que dan un marco a la intromisión en la esfera de organización de otro sujeto ya que ocurre en los hechos. Esta intromisión, que introduce información engañosa, e información parcial, donde el autor debería constituirse en garante ante el engaño, justamente por la falsedad incurrida. Desde este trabajo se deja la inquietud para sugerir a la legislatura se realice un exhaustivo análisis de este tipo de mercados a fin de poder emplear un encuadre normativo firme que permita realizar un emprendimiento comercial a quienes consideren que este tipo de mercados se adapta a sus necesidades e iniciativas, pero a su vez, se proteja a todos aquellos que decidan iniciarse, recibiendo la información necesaria para realizar decisiones racionales orientadas.

Regular a los oferentes para que pongan a disposición información clara es la mejor forma de proteger a la parte débil de la relación comercial en estos mercados, debe ser éste el camino y no el intentar educar a toda la ciudadanía sobre los males existentes en los mercados MLM.

**REFERENCES**

BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio R. (Dir.); TERRAGNI, Marco Antonio (Coord.). **Código Penal y normas complementarias**: análisis doctrinal y jurisprudencial. t. VII. Buenos Aires Hammurabi, 2009.

FONTAN BALESTRA, Carlos. **Tratado de derecho penal**. v. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.

GRECO, Luis. **Complicidad a través de acciones neutrales**: la imputación objetiva en la participación. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. **La determinación del engaño típico en el delito de estafa**. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del derecho penal patrimonial y económico. En: SILVA SANCHEZ, Jesús María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Coord.). **La teoría del delito en la práctica penal económica**. Madrid: La Ley, 2013.

ROMERO VILLANUEVA, Horacio H. **Código penal de la Nación**: y legislación complementaria anotados con jurisprudencia. 9. ed. ampl. e actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2021.

SANTESMASES MESTRE, Miguel. **Marketing conceptos y estrategias**. 6. ed. Madrid: Pirámide, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio R. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

Submissão em: 16 de outubro de 2023  
Último Parecer favorável em: 4 de abril de 2024

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

AUSTT AROCENA, Diego García. Los mercados multinivel: ¿acción típica de estafa o alea comercial? In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 1, p. 238-252, jan.-abr. 2024.

A Benyújtás Feltételei  
Amodau Cyflwyno  
Başvuru Koşulları  
Bedingungen für die Einreichung  
Betingelser for Indsendelse  
Betingelser for Innsending  
Coinníollacha Maidir le hAighneacht  
Condiciones de Envío  
Condições para o Envío  
Condicions per a L'enviament  
Condiții de Depunere  
Conditions de Soumission  
Conditions for Submission  
Condizioni per la Presentazione  
Criteri Redazionali  
Cumhachan Airson Tagradh  
Esitamise Tingimused  
Esityksen Ehdot  
Iesniegšanas Nosacījumi  
Konditione fir d'Soumissioun  
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni  
Kushtet e Paraqitjes  
Norme Editorial  
Pateikimo Sąlygos  
Podmienky Predkladania  
Podmínky pro Předkládání  
Pogoji za Oddajo  
Skilyrði fyrir Framlagningu  
Тапсыру Шарттары  
Uslovi za Podnošenje  
Uvjeti za Podnošenje  
Villkor för Inlämning  
Voorwaarden voor Inzending  
Warunki Przedłożenia  
Услови за поднесување  
Услови за подношење  
Условия подачи  
Условия за Подаване  
Умовы для Прадстаўлення  
Умови подання  
Προϋποθέσεις για Υποβολή

# CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO

## CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

**Art. 1.º** As regras para a recepção e publicação de textos científicos, pela **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são as descritas no presente Regulamento, respeitadas as condições fixadas no art. 26 deste Regulamento.

**Art. 2.º** Para o presente Regulamento, entende-se por textos científicos os artigos científicos, e outras manifestações jurídicas, descritos com as formalidades e padrões da norma culta e observância das normas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, especialmente a ABNT 6023.

**Art. 3.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é um periódico de divulgação científica da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, tem periodicidade quadrimestral e não tem fins lucrativos.

**Art. 4.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** não cobra qualquer valor pela publicação de textos de cunho científico e, em contrapartida, não paga aos autores quaisquer valores a título de direitos autorais.

**Parágrafo único.** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** divulgará sem custo para os destinatários, e sem fins lucrativos, os exemplares publicados.

**Art. 5.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem por objetivo a divulgação científica do segmento do Direito, constituída de:

- I – artigos científicos;
- II – diálogos que a Academia Jurídica tem para com os seus membros;
- III – resenhas ou críticas de livros da área do Direito;
- IV – Sentenças, Acórdãos ou Pareceres, na íntegra, com temas inovadores e que não sejam segredo de Justiça.

**Parágrafo único.** Em se tratando de Sentenças ou Acórdãos, os nomes das pessoas envolvidas com qualidades de partes ou procuradores deverão ser, em regra, omitidos ou apresentados de forma abreviada ou fictícia, impossibilitando a identificação direta.

**Art. 6.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica textos científicos escritos em:

- I – Idioma Espanhol;
- II – Idioma Francês;
- III – Idioma Inglês;
- IV – Idioma Italiano;
- V – Idioma Português;
- VI – demais Idiomas da Europa.

**Art. 7.º** Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são de inteira responsabilidade dos seus autores não somente quanto à autoria e isenção de plágio, quanto a conceitos, opiniões e desenvolvimento de teses doutrinárias e acadêmicas.

**Art. 8.º** A submissão de textos de cunho científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** significa imediata e incondicional aceitação das presentes regras e a cessão de direitos autorais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

**Parágrafo único.** Após a publicação de um texto científico na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, uma republicação em qualquer parte do Brasil, em qualquer época, somente poderá acontecer com autorização prévia da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a necessidade de a ela ser feita referência, alternativamente, de forma:

- I – direta, indicando nome completa da Revista, número do volume, número da edição, e páginas iniciais e finais da publicação; ou
- II – indireta, mediante referência simplificada indicativa da publicação, como “Agradecimentos especiais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, pela divulgação deste trabalho científico”.

**Art. 9.º** Toda a digitação, incluindo citações e referências, deve obedecer às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**§ 1.º** Os tipos ou fonte da digitação serão Times New Roman, tamanho 12 para o texto, e este digitado com espaço 1,5 entre as linhas.

**§ 2.º** O sistema de citação será no próprio corpo do texto, incluindo o nome do autor, a data da publicação e o número da página em que há a citação.

**§ 3.º** As notas de rodapé poderão ser utilizadas apenas para identificação dos autores e para as demais informações complementares do texto.

**§ 4.º** As referências serão insertas ao fim do texto, com:

- I – espaço simples entre linhas;



- II – o texto das referências alinhadas à esquerda;
- III – o título da obra em letras com efeito negrito;
- IV – o subtítulo “Referências”, em letras maiúsculas, em negrito e centralizado;
- V – uma só linha de distância entre uma entrada e outra.

**§ 5.º** O Resumo, em Língua Portuguesa, e correspondentes em Língua original do autor do artigo científico, deverão ser digitados em espaço simples entre as linhas.

**§ 6.º** As publicações mais atuais da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** serão os modelos e exemplos das regras contidas no presente artigo.

**Art. 10.** Em atenção aos autores de outros países, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, será admitida a recepção de textos científicos segundo outras normas, respeitadas as condições expressas no art. 24 deste Regulamento.

**Art. 11.** Os nomes e endereços dos autores que têm textos científicos publicados ou, simplesmente, submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, são por ela usados com exclusividade, e não serão disponibilizados a pessoas, naturais ou jurídicas, fora do âmbito da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

**Parágrafo único.** Excetua, quanto à divulgação, a inserção do endereço eletrônico do(s) autor(es) na qualificação junto ao texto publicado, em atendimento às normas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), órgão do Ministério da Educação, quanto aos dados mínimos para efeitos de classificação do periódico.

## **CAPÍTULO II**

### **ARTIGOS CIENTÍFICOS**

**Art. 12.** Os artigos científicos devem ser de autoria de, no máximo, três pessoas, sendo preferência que pelo menos um deles tenha título Acadêmico de Doutor.

**Art. 13.** Para os artigos científicos que contenham resultados de pesquisas patrocinadas por órgão de fomento, serão admitidos o máximo de quatro autores, sendo pelo menos um deles obrigatoriamente com título Acadêmico de Doutor, desde que identificado o órgão de fomento junto à qualificação e à filiação acadêmica.

**Art. 14.** Os artigos científicos que sejam resultado de pesquisas de campo, com aplicação de entrevistas ou questionários, devem ser acompanhados de comprovante de registro da correspondente pesquisa na Plataforma Brasil.

**Art. 15.** Os artigos científicos devem:

I – conter, no mínimo, dez laudas, com observância, quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil.

### **CAPÍTULO III**

#### **DIÁLOGOS, RESENHAS, SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS**

**Art. 16.** Para efeitos da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, entende-se por:

I – Acórdãos ou Sentenças: peças jurídicas de autoria de Juízes e Desembargadores, com temas ou decisões inovadoras, oriundas de processos judiciais, e que possam ser divulgadas em razão do teor;

II – diálogos que a Academia tem para com seus membros:

a) estudos especiais envolvendo o Direito;

b) falas em aulas inaugurais de Curso de Direito;

c) falas em Bancas Examinadora de candidatos a títulos acadêmicos;

d) textos de cunho científico, ligados ao Direito, mas não sendo o foco principal no Direito;

III – Pareceres: peças jurídicas de autoria de Juízes, Desembargadores e integrantes do Ministério Público, com temas inovadores, que possam ser divulgadas em razão do teor, e que possam vir a servir de base para futuras decisões no segmento jurídico;

IV – resenhas ou críticas de livros da área do Direito:

a) análise de livros da área do conhecimento do Direito;

b) considerações comparativas de um livro de Direito com outro livro ou de Direito ou de disciplina afim ao Direito;

c) crítica, equiparada à crítica literária, em relação a livros de Direito.

**Art. 17.** Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, para as seções “Estudos Continuados”, “Acórdãos, Pareceres e Sentenças” ou outra que venha a ser criada na forma do presente Capítulo III deste Regulamento, deverão:

I – conter, no mínimo, cinco laudas, com observância quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil;

III – ter autoria individual ou, em casos excepcionais e especiais, dois autores.

## **CAPÍTULO IV**

### **A SUBMISSÃO**

**Art. 18.** A submissão de texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é ato de decisão unilateral do autor ou dos autores e não correspondente a uma responsabilidade da Revista para que haja publicação.

**Parágrafo único.** O caráter de ato unilateral e responsabilidade única do autor ou dos autores acontecerá ainda que o autor ou os autores tenham recebido comunicação da Revista, ou do seu Editor, ou de membro da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, quanto à abertura de Edital ou outra forma de divulgação da existência do periódico e da possibilidade de submissão de textos científicos.

**Art. 19.** A submissão representa a declaração do autor ou dos autores de que o texto científico:

I – é inédito;

II – não contém plágio ou qualquer apropriação de textos de terceiros;

III – não contém sistemas de identificação, por via oblíqua, que possa prejudicar a análise pelo sistema cego de avaliação;

IV – não foi submetido, no todo ou em parte, à avaliação de outro periódico, embora ainda não publicado.

**§ 1.º** Considera-se inédito o texto científico que foi apenas:

I – objeto de apresentação de resumo oral em evento científico, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

II – publicado em Anais em forma de resumo, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

III – resultado de trabalho de curso – Monografia, Tese, Dissertação – cuja divulgação foi apenas quanto à apresentação oral e/ou encadernação para depósito junto à Instituição de Ensino.

**§ 2.º.** Até que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** altere a redação do presente artigo deste Regulamento, especialmente em seu inciso III, a identificação do nome do autor, com sua qualificação e filiação a uma Instituição de Ensino Superior não são itens considerados como forma de identificação que prejudica o sistema cego de avaliação, porque esses dados serão retirados, pelo Editor, quando da remessa para a análise dos membros do Conselho de Pareceristas.

**Art. 20.** Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor ou os autores se responsabilizam quanto às informações referentes à titulação, ao vínculo com Instituição de Ensino ou de Pesquisa e outros dados que forem insertos na qualificação.

**Art. 21.** A submissão representa a declaração de certeza e conhecimento de que não haverá pagamento ou retribuição ao autor, nem a título de *pro labore*, bem como não há outra prevista vantagem como compensação pelos direitos autorais automaticamente cedidos.

**Art. 22.** Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os autores de textos com autoria coletiva se declaram cientes de que, ainda que o texto seja remetido indicado autoria em outra ordem, aparecerão na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como autores os nomes na seguinte ordem e prioridade:

- I – quem tiver título Acadêmico de Doutor, se único entre os coautores;
- II – os coautores que tenham título Acadêmico de Doutor, na ordem constante do texto científico recebido;
- III – quem tiver título Acadêmico de Mestre, se único entre os coautores;
- IV – os coautores que tenham título Acadêmico de Mestre, na ordem constante do texto científico recebido;
- V – quem tiver título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, se único entre os coautores;
- VI – os coautores que tenham título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, na ordem constante do texto científico recebido;
- VII – quem for apenas graduado, sem títulos Acadêmicos, na ordem constante do texto científico recebido.

**Parágrafo único.** Quando um autor fizer a submissão de texto científico de autoria coletiva, torna-se o responsável pelas informações também referentes aos coautores.

**Art. 23.** Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o(s) autor(es) declara(m) saber que o texto poderá sofrer adaptações quanto à formatação, para seja adaptado à padronização do material publicado.

**Art. 24.** Especialmente quanto aos autores não brasileiros, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, a submissão de texto científico fora das regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme art. 10 deste Regulamento, significa a imediata e incondicional autorização para que o Editor faça as transformações e padronizações segundo as normas da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**Art. 25.** Uma vez submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os artigos científicos serão analisados por avaliadores pelo sistema cego de análise (*double blind review*), sendo obedecidas as seguintes condições:

- I – dois pareceres positivos representam aprovação para publicação;
- II – dois pareceres negativos representam reprovação e não aceitação;
- III – um parecer positivo e um parecer negativo representará a necessidade de submissão a um terceiro avaliador, cujo voto decidirá como o segundo voto de uma das categorias que levarão à aprovação ou à reprovação.

## **CAPÍTULO V**

### **DISPOSIÇÕES FINAIS**

**Art. 26.** As condições omissas no presente Regulamento serão decididas pelo Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, que considerará:

- I – a decisão para o caso concreto, com solução especial e válida somente para a dúvida ou proposta apresentadas;
- II – a possibilidade de submissão da dúvida ou proposta apresentadas à Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, para inserção no presente Regulamento e passar a ser regra geral do momento em diante.

**Art. 27.** O presente Regulamento poderá ser modificado por decisões da Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**.

**Parágrafo único.** As alterações entrarão em vigor no quadrimestre que se seguir ao quadrimestre em que ocorrer a alteração, ainda que não tenha ainda sido publicada a Revista contendo o Regulamento com o texto alterado.

**Art. 28.** O presente Regulamento entrará em vigor com a publicação do volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Montes Claros (Minas Gerais, Brasil), 21 de maio de 2020.

**Professor Mestre Richardson Xavier Brant**

**Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso**

**ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS**

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





ISSN 2675-6714



9 772675 671007