

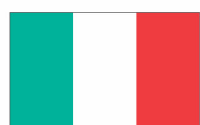
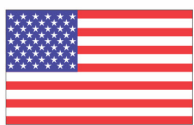
REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 6, n. 1 (jan.-abr. 2025)



Neste número:





REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE

LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714
Volume 6, número 1 (jan.-abr. 2025)

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

2025

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

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 6, n. 1, jan.-abr. 2025)
Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Doutor Richardson Xavier Brant e pelo
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

Histórico dos Editores da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica

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

Editor

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

Conselho Editorial

- | | |
|--|---|
| Professora Doutora Alessandra Galli Aprá - Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), Curitiba - Paraná, Brasil. | Professor Doutor Omar Huertas Díaz - Universidad Nacional de Colombia - Bogotá, Colombia. |
| Professora Doutora Aranzazu Roldán Martínez - Universidad Europea de Madrid - Madrid, España. | Professora Doutora Paula Quintas - Universidade Portucalense; Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA) - Porto, Portugal. |
| Professora Doutora Carmen Grau Pineda - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria - Las Palmas de Gran Canaria, España. | Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto - Porto - Portugal (licenciado das atividades letivas para o exercício do cargo de Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça – a Corte Suprema – de Portugal). |
| Professor Doutor Diego Megino Fernández - Universidad de Burgos - Burgos, España. | Professor Doutor Ricardo Mauricio Freire Soares - Universidade Federal da Bahia -Salvador - Bahia, Brasil. |
| Professor Doutor George Mousourakis - Hiroshima University - School of Law - Graduate School of Humanities and Social Sciences - Higashihiroshima and Hiroshima - Japan. | Professor Doutor Richardson Xavier Brant - Universidade Estadual de Montes Claros - Montes Claros - Minas Gerais, Brasil. |
| Professor Doutor Gonçalo Nicolau Cerqueira de Melo Bandeira - ESG/IPCA-Regional University Network-EU e JusGov-Universidade do Minho - Minho, Portugal. | Professora Doutora Rocío Martín Jiménez - Universidad CEU San Pablo de Madrid - Madrid, España. |
| Professora Doutora Irene Maria Portela - Instituto Politécnico do Cávado e do Ave - Barcelos, Portugal. | Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana - Roma, Itália. |
| Professor Doutor J. Eduardo López Ahumada - Universidad de Alcalá - Madrid, España. | Professor Doutor Zulmar Fachin - Universidade Estadual de Londrina - Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina - Londrina - Paraná, Brasil. |
| Professor Doutor José María Pérez Collados - Facultat de Dret - Universitat de Girona - Girona, España. | |
| Professora Doutora Nesrin Akin - Doğuş University Faculty of Law, Commercial Law Department – Istanbul, Turquia. | |

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. 6, n.º 1. Montes Claros/MG, Brasil, Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2025.

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
РЭЗИУМЭ
Resum
Resumé
Resumen
Rezumat
Sammanfattning
Sammendrag
Santrauka
Sažetak
Sommaire
Sommario
Sommarju
Souhrn
Summary
Yfirlit
Yhteenvedo
Zhrnutie
Zusammenfassung
Περίληψη

SUMMARIO

APRESENTAÇÃO	5
---------------------------	---

DOCTORADO

Ángela Matallín Evangelio Estándares de Eficacia de los Programas de Cumplimiento: Análisis Integrado de Condiciones y Requisitos (Artículo 31 Bis C.P.).....	14
Fernando E. Shina Aportes Teóricos y Normativos para una Reforma del Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor: una nueva teoría general del acto jurídico	43
Franco Andrés Melchiori La Dignidad de la Vida Hasta el Último Instante: la justicia de no permitir la eutanásia.....	56
Gianluca Sicchiero La Crisi della Convivenza: autonomia privata e clausola arbitrale.....	93
Hernán Alejandro Olano García Judicatura, Servicio Social y Examen Convalidante para los Abogados Recién Egresados en Colombia.....	126
Nesrin Akin Digital Wallet Services in the Context of Turkish Regulation on Payment Services and Electronic Money Issuance, Payment Service Providers.....	140
Rafael Ramis Barceló Ângelo Poliziano e os Juristas do Século XVI.....	161

MESTRADO

André Alfar Rodrigues Princípio da não Discriminação dos Trabalhadores a Tempo Parcial: a propósito do Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-660/20: Lufthansa Cityline	194
--	-----

ESTUDOS CONTINUADOS

John Witte, Jr. Rafael Domingo, <i>Law and Religion in a Secular Age</i> , The Catholic University of American Press, Washington DC, 2024, 332 Páginas, 75 \$, ISBN 978013237299	212
Waldir de Pinho Veloso Entranhas do Direito e da Arte.....	220
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO	241

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

APRESENTAÇÃO

O início do sexto ano ininterrupto de publicação é motivo de festa para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**. Nos cinco anos anteriores, a periodicidade foi mantida rigorosamente em dia. Quase sempre, a divulgação do exemplar pronto se deu com alguns dias antes de terminar o próprio quadrimestre. Uma Revista publicada a cada quatro meses, e que cumpre os prazos para a colocação à disposição do público, é fato raro em termos de veículos de cunho científico no continente americano.

No presente número, são oito países. Se se considerar que um dos artigos é de uma Professora da Turquia, e que a Turquia se situa tanto na Europa quanto na Ásia, são três Continentes. O que comprova a condição transcontinental ou ultracontinental de abrangência da Revista.

São três seções: Doutorado, Mestrado e Estudos Continuados. Nas duas primeiras seções, os títulos acadêmicos dos autores marcam a divisão. No último, não há referência ao título acadêmico, mas à condição de o texto ter parentesco profundo com o Direito, mas estar redigido apresentando aspectos de outras artes.

DOUTORADO

ESPAÑA. Da lavra da **Professora Doutora Ángela Matallín Evangelio** (Universidad de Valéncia) vem o artigo “Estándares de Eficacia de los Programas de Cumplimiento: Análisis Integrado de Condiciones y Requisitos (Artículo 31 bis C.P.)”. O tema é a avaliação dos programas de prevenção ao crime praticado pelas pessoas jurídicas. Tem como fundamento o Código Penal espanhol, com destaque para o procedimento para a apuração do crime, o qual não se acha claramente definido no Código em questão. São situações que claramente são práticas criminosas (definidas como crimes praticados por pessoas jurídicas), mas a ausência de uma regra para o procedimento requer atenção na apuração da infração e na conduta processual ou administrativa. O texto científico se propõe a apresentar um guia com indicadores para os programas de “compliance” como extensão interpretativa de partícula do artigo 31 do Código Penal espanhol. O material desenvolvido tem por base os mapas de riscos de ocorrência de delitos (área geográfica, estilo empresarial, etc.), regimes tributários e trabalhistas a serem cumpridos pelas empresas, estilo da gestão empresarial, dentre outros.

A Autora tem experiência não somente porque leciona questões penais, como também por ter livros escritos e coordenados sobre política criminal.

ARGENTINA. Ao escolher o subtítulo “Una Nueva Teoría General del Acto Jurídico” para complementar o título “Aportes Teóricos y Normativos para una Reforma del Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor”, o **Professor Doutor Fernando E. Shina**, que leciona em duas Universidades na Argentina, foi logo justificando que tem fundamento em dois grandes pesquisadores. Explica que o consumidor, muitas vezes, contribui para ser enganado, e cita o exemplo de publicidades, aparentemente simples, como “última unidade disponível”, que faz com que haja uma pressa do consumidor, por iniciativa própria, de procurar fechar o negócio. O Autor chama essa influência psicológica de “erro de viés” e a classifica como um erro sistemático e previsível. E volta ao ponto de que não existe ato jurídico sem que haja um agir voluntário do sujeito. Por esses motivos, explica o Autor, a publicidade não pode ser enganosa e deve ser clara, sem objetivos de tentar ludibriar ao consumidor. O consumidor tem o direito de receber informação que não altere o seu entendimento, a sua interpretação; que não o faça a agir conforme o propagado, se em prejuízo a si próprio. Por fim, sugere o Autor que o Código Civil e Comercial da Argentina receba alterações que distingam vícios de vontade e vícios de cognição contra o consumidor.

ARGENTINA. O **Professor Doutor Franco Andrés Melchiori** leciona na Universidad Austral. Seus estudos continuados se concentram do campo do Biodireito. Ou da Bioética. Como pesquisador permanente do tema da eutanásia, conhece as melhores publicações mundiais e, da sua parte, colabora escrevendo sobre o assunto. A sua posição está fundada em estudos científicos e religiosos, o que lhe permite afirmar, categoricamente, que não há direito à morte. Portanto, não há como não invadir os conceitos de ética médica, bem como não há como escapar da infração religiosa, o fato de alguém agir para pôr fim à vida de outrem, ainda que a pedido desse próprio interessado em uma “morte digna”. Sob o título “La dignidad de la vida hasta el último instante: la justicia de no permitir la eutanasia”, o texto mostra que, embora não haja, no ordenamento jurídico argentino, o direito de se requerer a antecipação da morte, sob a alegação de que não se quer mais viver, o direito reside é na dignidade em toda a vida, inclusive e especialmente até chegar o momento da morte natural. Não se pode é antecipar o fim da vida, por meio de fármacos aplicados. Seria equivalente a uma execução, um cumprimento de uma sentença de morte, um assassinato. Na seara religiosa, um pecado mortal. A luta deve ser para que a pessoa tenha um fim de vida com plena dignidade, com uso de terapias, internações e comodidades proporcionais ao que é correto, credor de todo o esforço para que não haja sofrimento adicional. O estudo mostra como a legislação é aplicada em alguns países. E como os Tribunais Superiores têm enfrentado o dilema: a própria pessoa quer a antecipação da morte; mas aos seres humanos não está relacionado esse poder de abreviar a vida.

ITÁLIA. A legislação italiana acerca do Direito de Família sofreu uma alteração em 2006 e um dos pontos da “Reforma” praticamente ainda não foi utilizado. Prevê o Código Civil italiano, a partir 2006, a possibilidade de intermediação do Juízo Arbitral para solução, judicial ou extrajudicial, das crises familiares. Em estando os processos já ajuizados ou como elemento prévio

à participação do Juiz da Vara da Família, a arbitragem é inovação que facilita os acordos, porque evita arranhões típicos de quando há uma Sentença, pois, nesta, o Juiz se vê obrigado a conferir um direito pleiteado por uma parte e, obviamente, em desfavor de alguém. Já em caso de acordos em fases arbitrais, há um ato de ceder de ambas as partes. E o resultado, ainda que alguma parte tenha a sensação de que poderia ter se saído vitorioso em um fim de processo, agrada a todos até mesmo pela celeridade processual. Para tratar do assunto, o **Professor Doutor Gianluca Sicchiero**, da Università Ca' Foscari (de Veneza) escreveu o artigo, profundamente bem sustentado por citação de leis, jurisprudência e doutrina, denominado “La crisi della convivenza: autonomia privata e clausola arbitrale”. O autor aponta que, embora a possibilidade de utilização da arbitragem como um dos passos dos arranjos processuais ou pré-processuais seja datada de 2006, no ano de 2024 aconteceram alguns (ainda pouquíssimos, é verdade) casos cujas soluções foram creditadas à negociação entre as partes com a intermediação de um árbitro. E mostra decisões das Cortes Superiores de vários tempos, bem como doutrina, de algumas décadas até o presente momento, que instruem ou fundamentam as decisões arbitrais.

COLÔMBIA. O exame de suficiência é prática em forma de “prova” que um egresso de um Curso Superior tem que enfrentar para que, se e somente se aprovado, possa se inscrever nos órgãos de fiscalização e defesa das prerrogativas da profissão regulamentada. São exemplos os exames de suficiência do Conselho Regional de Contabilidade e da Ordem dos Advogados do Brasil. Neste último caso, o conhecido “Exame de Ordem” costuma reprovar até 88% dos que terminam os Cursos de Direito. E, se não aprovados no “Exame de Ordem”, não podem se inscrever como “Advogados” e receber uma Carteira (em Espanhol, a “Tarjeta Profesional de Abogado”). E por que usado o termo em Espanhol? Porque o **Professor Doutor Hernán Alejandro Olano García**, da Universidad Colegios de Colombia Unicoc é o Autor que explica, cientificamente, o assunto. E fala exatamente do exame de suficiência (na Colômbia, “Prueba de Estado” ou “Examen Convalidante”) que os egressos do Curso de Direito têm que enfrentar para, se aprovados, conseguir se inscrever como Advogados no órgão regulador da Classe. O tema maior, porém, é sobre o estágio (remunerado ou “ad honorem”) que os Alunos devem enfrentar como parte da carga horária do Curso. Mostra a evolução das leis que regulam o estágio (chamado, na Colômbia, de “judicatura”) quando feito em diversos órgãos da Administração Pública colombiana. E apresenta a particularidade de que, ao se fazer o “estágio obrigatório”, há possibilidade de substituição do “Trabalho de Curso” ou “Trabalho de Conclusão de Curso” da graduação. Quando prestado como oferta de apoio judiciário aos possibilitados de contratar um Profissional do Direito, o estágio é tratado, na Colômbia, como um “serviço social”, motivo de estar presente as palavras “judicatura” e “serviço social” no título do artigo científico.

TURQUIA. A **Professora Doutora Nesrin Akin** leciona na Doğuş University no campo do Direito Empresarial. Após ser aprovada em concurso público para assumir o cargo de Procuradora do Banco Central turco, passou também a lecionar as disciplinas Direito Financeiro e Direito Bancário, em mais duas Universidades turcas. Sempre é convidada para fazer palestras. Suas preparações para as palestras resultaram na produção do artigo “Digital wallet services in the context of Turkish regulation on payment services and electronic

money issuance, payment service providers”. Começa explicando que assim que se iniciou o século XXI, começou uma era de aplicação de tecnologia no sistema bancário. A evolução era natural (e acelerada, é verdade) e ganhou proporções exageradamente rápidas quando da pandemia causada pelo vírus Covid-19. Nesta fase, os bancos foram forçados – assim como outros segmentos – a apresentar soluções eletrônicas para atendimento ao público usuário, cliente ou não. Foi quando as transações financeiras celebradas à distância foram intensificadas no mundo todo. As contas digitais, movimentadas com uso de “token” e aplicativos permitem pagamentos feitos sem contato físico do usuário com a “agência bancária”, sendo esta também virtual. Na seara da Administração Federal turca, o Governo editou “Regulamento sobre Serviços de Pagamento e Emissão de Moeda Eletrônica e Prestadores de Serviços de Pagamento” ainda no ano de 2023. E tem melhorado a regulação, por meio de Leis e regulamentos das Leis sobre o tema. O artigo mostra a evolução da legislação e as transações eletrônicas, feitas à distância, que são possíveis. Assim como o contrato é eletrônico, pode-se dizer que também a moeda é eletrônica. E o virtual domina esse setor bancário, com diminuição da importância das agências físicas dos bancos, e crescimento dos bancos virtuais ou do segmento virtual dos bancos que já existiam.

ESPAÑA E BRASIL. A parte escrita, fruto de longa e insuperável pesquisa, é de autoria do **Professor Doutor Rafael Remis Barceló**. Ele leciona na Universitat de les Illes Balears, em Palma de Maiorca, Espanha, e na Universidad Bernardo O'Higgins, que se localiza em Santiago, Chile. A tradução para a Língua Portuguesa ficou a cargo de Waldir de Pinho Veloso. O artigo é resultado de uma pesquisa que poucos no mundo teriam coragem e competência para empreender. O foco é sobre o gramático e filólogo Ângelo Poliziano, que viveu e influenciou o Século XVI. As pesquisas foram em mais de 400 livros publicados em Roma, durante os anos 1500. Os livros foram pessoalmente manuseados pelo Autor do artigo. Páginas foram anotadas, comparações foram feitas, e há análise do que os demais escritores do século fizeram em relação a Ângelo Poliziano. Embora esse personagem central fosse um gramático – o primeiro e maior autor de uma gramática sobre o Latim que se tem notícia – e em face ao seu conhecimento de Direito Canônico, por ter sido objeto de estudo de um Doutorado (levado a efeito um pouco antes do ano 1500, na cidade de Florença, então Cidade-Estado e hoje componente da Itália), Ângelo Poliziano também comentou as obras jurídicas existentes. E seus escritos também evoluíram em algumas cartas que escreveu a indicadas pessoas, nas quais havia fortes ensinamentos do Direito Romano. Todo o conteúdo do artigo deve ser objeto de estudo de qualquer Professor que pretende lecionar as disciplinas “Direito Romano” ou “História do Direito”. E, se não for pedir demais, o artigo ora publicado deveria ser motivo de comparação com os textos de falsos professores (muitas vezes, tomados de alunos ainda imaturos em termos de pesquisa) e que não têm nem um elemento de pesquisa. Visto de outra forma, pesquisa verdadeira é a demonstração feita pelo Professor Doutor Rafael Remis Barceló, que dedicou muitos e muitos meses de pesquisa de todos os livros publicados durante cem anos, para saber quais desses livros faziam menção ou referência a Ângelo Poliziano. E tudo anotado, comparado, analisado, pesquisado. Tudo. E feito de forma pessoal. Por isso é que uma pesquisa séria é demorada.

MESTRADO

A Seção “Mestrado” da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é dedicada aos postulantes à condição de Doutorando, ou com Doutorado em andamento. É espaço democrático que oferece oportunidade de obtenção de títulos, por meio de publicação científica, para se conseguir adentrar nos cursos de Doutorado. E, para quem já está cursando Doutorado, é fator de cumprimento da exigência de publicação de artigo científico, durante o Curso.

PORTUGAL. Com Mestrado em Direito e cursando Doutorado (Doutoramento, segundo emprego em Portugal), o **Advogado, Escritor e Editor André Alfar Rodrigues** escreveu, com exclusividade, o artigo denominado “Princípio da não discriminação dos trabalhadores a tempo parcial: a propósito do Acórdão do Tribunal de Justiça no Processo C-660/20: Lufthansa Cityline”. O segmento é o do Direito do Trabalho. A análise envolve um caso específico em que um piloto de avião fora contratado com tempo parcial, sendo que outros pilotos o são com tempo integral. A remuneração, obviamente, é proporcional. A diferença é que o piloto com tempo integral passa a ganhar hora extra acompanhada de um adicional no primeiro minuto de trabalho após cumprir a carga horária mensal. Vale destacar: esse adicional é acima do valor da hora extraordinária de trabalho. A lembrança é que os voos não podem ser interrompidos ao “término do expediente” e, sim, quando chegam ao destino. Além disso, muitas vezes os pilotos são convocados para conduzir outras aeronaves assim que pousam em uma cidade. Por seu lado, os pilotos contratados com tempo parcial de trabalho, embora ganhem por hora extraordinária quando a carga horária mensal é atingida, têm as horas extras pagas de forma não acrescidas de adicionais até que completem a mesma carga horária dos pilotos de tempo integral. O que configura uma desvantagem para quem é contratado em tempo parcial. Apenas exemplificando: se a carga horária contratada é de 80h para o tempo parcial e 160h para o tempo integral, o piloto de um avião ganha hora extraordinária logo após completar a carga horária, mas o piloto de tempo parcial somente passa a ter um adicional – além da remuneração pela hora extra – após trabalhar (no exemplo) 80 horas extraordinárias no mês. Ou seja: trabalho “normal” de 80h; mas 80h extraordinárias pagas somente com esta roupagem e, somente da 161.^a hora de trabalho em diante é que recebe a remuneração da hora extra com adicional. O caso foi decidido pelo Tribunal Superior do Trabalho da Alemanha e determinou que houvesse pagamento do adicional para qualquer classe de hora extraordinária.

ESTUDOS CONTINUADOS

A seção “Estudos Continuados” é composta de textos que se colocam entre os temas exclusivos do Direito e os que têm ligação com o Direito.

No presente número, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem dois estudos, cada qual detentor de características próprias. Sempre, tendo o Direito como tema principal ou paralelo.

ESTADOS UNIDOS. A Seção “Estudos Continuados” aparece suficientemente composta pela análise crítica (uma Resenha), feita com alta qualidade, sobre o novo livro do Professor espanhol Rafael Domingo Oslé. Durante muito tempo, este Professor lecionou em Universidades dos Estados Unidos. Em início de 2024, voltou para a Espanha, continuando a atuar como Professor. A sua disciplina está sempre ligando a religião ao estudo do Direito. Uma espécie de História do Direito associada aos textos religiosos. Resultado, por sinal, de ampla pesquisa e constante estudar. O autor da Resenha é o **Professor Doutor John Witte Jr.**, da Emory Law School (Diretor do Centro de Estudos da Lei e da Religião); da Robert W. Woodruff University (Professor) e da McDonald Distinguished (Professor). Além de comentar, detidamente, sobre o livro “Law and religion in a secular age” publicado pela imponente The Catholic University of American, o autor ainda descreve a quantidade de prêmios e reconhecimentos que o Professor Doutor Rafael Domingo Oslé já conquistou. Tudo, resultado da publicação de 35 livros e 375 artigos científicos. Da parte do Autor da Resenha, a sua condição de conhecedor do tema do livro reside no fato de que, até o momento, ele é autor – de forma individual ou como coordenador e coautor – de quase uma dezena de livros cujo tema é a ligação que há entre o Direito e a Religião.

BRASIL. A seção “Estudos Continuados” também apresenta o texto “Entranhas do Direito e da Arte”. A parte inicial traz a questão da escravidão nos Estados Unidos e no Brasil, traçando um paralelo na forma de escravidão, na forma de abolição (e quais as lutas necessárias) e, por último em relação ao subtema, o tratamento desumano que continuou nos Estados Unidos, mesmo após o fim da escravidão, em relação às pessoas de cor escura. Em uma segunda parte, o artigo mostra o porquê de os negros brasileiros terem mais dificuldades de ascensão social. Na sequência, há uma amostra de quem lutou pelo fim da escravidão e quais os tratamentos que receberam dos brasileiros ricos/poderosos da época e, também, como há homenagens a pessoas que fizeram menos pelo término da escravidão. Por último, há uma ligação da escravidão norte-americana e a escravidão brasileira com o colonialismo português em relação a Moçambique. O poema “E Daí”, de Ruy Guerra, credor de uma melodia de autoria de Milton Nascimento, ilustra tudo o que foi estudado nas partes anteriores. A arte literária, em forma de poema, traz para o Direito uma roupagem cuja análise é credora de profundos sentimentos de compaixão e, sobretudo, de humanidade.

Apresentado o presente número, o desejo é que haja envolvimento do leitor com os textos. Os temas variados e a ultrapassagem dos Continentes para abraçar o mundo, trazem oportunidade de leitura em diversas Línguas (Espanhol, Inglês, Italiano e Português), tendo os autores conhecimentos de segmentos distintos e, por acréscimo, oferecendo assuntos que se situam entre os mais importantes da atualidade.

O que transporta a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** para um patamar internacional, ultracontinental e abrangente. Para essa Revista, o mundo é pequeno, pois as oportunidades são enormes.

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 Colocación Classement Classifica	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	28
	Espanha	28
3.º	Portugal	22
4.º	Argentina	21
5.º	Itália	11
6.º	Estados Unidos	10
7.º	Colômbia	05
	Moçambique	05
	Uruguai	05
10.º	Japão	04
	México	04
	Turquia	04
13.º	Bolívia	03
	França	03
15.º	Chile	02
	Grécia	02
	Índia	02
18.º	Angola	01
	Canadá	01
	Costa Rica	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

**ESTÁNDARES DE EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE
CUMPLIMIENTO: ANÁLISIS INTEGRADO DE CONDICIONES Y REQUISITOS
(ARTÍCULO 31 BIS C.P.)¹**

**STANDARDS OF EFFECTIVENESS OF COMPLIANCE PROGRAMMES:
INTEGRATED ANALYSIS OF CONDITIONS AND REQUIREMENTS (ARTICLE
31 BIS OF THE CRIMINAL CODE)**

ÁNGELA MATALLÍN EVANGELIO²

RESUMEN

Los criterios de evaluación de un programa de prevención de delitos adoptado y ejecutado por la persona jurídica no vienen establecidos en el Código Penal. De forma distinta, iniciado el procedimiento contra la entidad nos encontramos con un escenario de inseguridad en el que debe decidirse si el modelo presentado reúne los requisitos esenciales para considerarlo eficaz, en cuyo caso se podrá acordar el sobreseimiento. En este contexto, el objeto del presente trabajo es establecer una guía que protocolice los indicadores de eficacia de los programas de cumplimiento, desde una visión integrada de las condiciones y requisitos fijados en el art. 31 bis del Código penal, para, sobre su constatación, decidir su posible efecto en el proceso.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas; programas de cumplimiento penal; estándares de eficacia; requisitos de los modelos de organización; condiciones del programa

ABSTRACT

The criteria for evaluating a crime prevention programme adopted and implemented by the legal person are not established in the Criminal Code. In a different way, when proceedings are initiated against the entity, we are faced with a scenario of uncertainty in which it must be decided whether the model

¹ El contenido de este artículo ha sido objeto de publicación previa en el número 31 de la Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época (enero 2024).

² Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia. *E-mail:* angela.matallin@uv.es

presented meets the essential requirements for it to be considered effective, in which case it may be decided to dismiss the case. In this context, the aim of this paper is to establish a guide that records the effectiveness indicators of compliance programs, from an integrated viewpoint of the conditions and requirements set out in art. 31 bis of the Criminal Code, in order to decide their possible effect on the proceedings on the basis of their verification.

Keywords: corporate criminal liability; criminal compliance programs; standards of effectiveness of criminal compliance programs; requirements of organisational models; programme conditions.

1 INTRODUCCIÓN

Como advierte Del Moral García (2019, p. 676), son escasos los pronunciamientos judiciales que tratan de esclarecer cuáles son los estándares de eficacia de los programas de cumplimiento y muchos los interrogantes a los que se enfrenta el operador judicial, lo que repercute negativamente en la necesaria seguridad jurídica.

Nieto Martín (2023, p. 2), por su parte, señalaba recientemente, haciéndose eco de las palabras de Miller, que

seguramente puedan desarrollarse argumentos de política criminal sólidos tanto a favor como en contra de la creación de una causa de exclusión de la responsabilidad (*affirmative defense*) para los programas de cumplimiento eficaces. Pero, considerando todos los argumentos en juego, probablemente sea preferible que el legislador no proporcione una *affirmative defense* (es decir, no tipifique una exclusión de responsabilidad), sino que tenga en cuenta la existencia de un programa de cumplimiento eficaz en relación con cuestiones como la acusación, los acuerdos y la determinación de la pena (MILLER, 2018, p. 20).

Lo cierto es que no es tarea fácil determinar si un programa de cumplimiento tiene el contenido mínimo que legitima tal consideración, porque no hay escalas o parámetros sobre los que asignar valores a cada uno de sus elementos (VILLEGAS GARCÍA; ENCINAR DEL POZO, 2020), analizando su correcta implementación³, y, sobre todo, no lo es, porque ese análisis de eficacia parte del reconocimiento indubitado de su contrario, es decir, de la constatación de que el programa que se trata de evaluar, realmente, no ha podido evitar la comisión delictiva, lo que, en sí mismo, ya refleja la problemática que encierra valorar la eficacia de un programa que *en principio* se ha demostrado ineficaz⁴.

³ En este sentido, señala Aranguez Sánchez (2020, p. 21) que “el legislador se limita a exigir un contenido mínimo, de una forma absolutamente ambigua, en el art. 31 bis CP.”.

⁴ De cualquier forma, la propia Circular 1/2016 señala “que el hecho de que en efecto se haya cometido un delito no basta sin más para descalificar al plan de cumplimiento. Siempre hay un riesgo que no puede ser anulado. En un orden de cosas inverso también han de rechazarse los planes de cumplimiento puramente formales”. En el mismo sentido, entre otros, vid. el Auto 179-2022, de 14 de marzo, fundamento jurídico sexto. Además, la Circular admite como eficaz

Son escasos los pronunciamientos judiciales que tratan de esclarecer cuáles son los estándares de eficacia de los modelos de organización y gestión se limitan con carácter general a realizar afirmaciones apriorísticas, que normalmente reproducen el contenido del art. 31 bis 5) C.P., aplicado al supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento⁵, pero sin llegar a desarrollar su contenido a modo de guía, y, mucho menos, su enlace y relación con las condiciones del art. 31 bis, según el distinto hecho de conexión ante el que nos encontremos (DEL MORAL GARCÍA, 2019, p. 676).

En este sentido, y por poner un ejemplo, podemos citar los contenidos del Auto del JCI número 6, de 2 de junio de 2022, que, aun sin mucho detalle, al menos, pormenoriza el contenido del art. 31 bis 5), sin limitarse, como se realiza en otras resoluciones, a sobreseer, fundamentando tal decisión en el solo hecho de que la entidad disponía de un programa de cumplimiento eficaz en los términos marcados por el Código penal⁶. Concretamente, el fundamento jurídico 4 del Auto citado considera que las dos personas jurídicas investigadas, Caixabank y Repsol, “contaban con un Modelo de Prevención de delitos que cumplía con los requisitos previstos en el artículo 31 bis en su redacción dada por la reforma del año 2015, con las consecuencias jurídico penales que, ello conlleva, incluso con las directrices fijadas por la FGE en su circular 1/2016”, avalando tal conclusión sobre la realización de los siguientes indicadores:

- evaluación de los riesgos propios de la actividad;
- implementación de controles eficaces de prevención de los delitos concretamente cometidos;
- canal de denuncia adecuado y conocido por los empleados bajo cuya cobertura podía comunicarse cualquier infracción del marco de control y prevención;
- indicación de acciones de formación a sus empleados en materia de cumplimiento normativo;

un programa que solo permite “reducir de forma significativa” el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido.

⁵ En esta línea, y de forma premonitoria, el Tribunal Supremo ha remarcado desde el principio la dificultad que encierra el objeto de análisis al señalar que “en pocas materias como la que ahora nos ocupa, las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate permanece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas hayan rectificado sus planteamientos iniciales es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal solo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema” (STS 221/2016, de 16 de marzo, fundamento jurídico 5).

⁶ En esta línea, vid. por ejemplo, la escueta argumentación contenida en el fundamento jurídico séptimo del Auto del JCI número 6, de 23 de marzo de 2021, donde se confirma que en el presente caso (sobresimiento provisional de INDRA) “la documentación aportada permite constatar que los mecanismos de prevención normativos implantados en la empresa permitieron localizar, identificar y erradicar a los responsables de los hechos aparentemente delictivos [...], que el programa implantado en el ente corporativo, conforme a una valoración del mismo “ex post facto”, funcionó, y que, en conciencia, que el sistema existente en la mercantil cuya implantación ya se reconoció en los autos 136/20 y 137/20 de 7 de mayo de 2020, era eficaz para cumplir el fin perseguido”.

- referencia a la necesidad de evaluación mejora del programa según los indicadores que se fueran apreciando en su desarrollo;
- establecimiento de una Unidad de Cumplimiento encargada de la vigilancia y control del Modelo implantado;
- previsión de actuación de asesores externos para la confección y mejora continua de sus programas⁷.

En consecuencia, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia encontramos parámetros generales sobre los que asignar valores a cada uno de los elementos del *compliance*, analizando su correcta implementación, razón por la cual existe mucho margen de discrecionalidad en la determinación de si un programa es eficaz, y tratar de ofrecer una guía que permita su valoración en abstracto es una tarea no está exenta de dificultad.

Así, el art. 31 bis C.P. plantea un problema, aún no resuelto (DEL MORAL GARCÍA, 2019, p. 676), “en torno a cuáles son los estándares con base a los que analizar la eficacia de los *compliance*” (FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, 2023, p. 68), y el punto de partida no puede ser otro que la afirmación del subjetivismo imperante en la materia, a falta de un cuerpo de doctrina, que, aunque fuera de modo breve o incipiente, tomara conciencia del problema y elaborara unas pautas que protocolizaran con carácter general el problema de los estándares de eficacia de tales programas⁸. Lo que, realmente, no sorprende, ya que hasta la propia nomenclatura utilizada para concretar el objeto de análisis es confusa, sin que tampoco en este punto existan prácticas estables.

En efecto, la terminología para referirse a los denominados programas de cumplimiento o modelos de organización y gestión es plural, razón por la cual hemos considerado necesario reflejar algunas de las expresiones de más frecuente utilización para referirse a dichos modelos, a saber:

- modelo de cumplimiento y prevención de delitos (Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional número 35/ 2023, de 30 de enero);
- modelo de prevención de delitos (Autos del Juzgado de Central de Instrucción número 6, de 2 de junio de 2022, y 35/2023, de 30 de enero);

⁷ Finalmente, se concluye en el Autor que ambas compañías, reguladas, supervisadas y auditadas, cumplan con sus obligaciones de vigilancia y control, sin que se pueda achacar a un déficit en esta materia la presunta comisión de los delitos que han sido investigados por este Instructor, aunque no resuelve los interrogantes a los que se enfrenta el operador judicial, lo que repercute negativamente en la necesaria seguridad jurídica.

⁸ En esta línea, señala Neira Pena (2016, p. 475) que “podría resultar técnicamente más correcto, bien regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas en una ley especial, como en Italia y Chile, bien diseñar el debido control como una norma penal en blanco, cuyo contenido se complementase con las correspondientes regulaciones mercantiles o administrativas en la materia, según el tipo de persona jurídica, de actividad social, de riesgo delictivo a prevenir etc. Desde luego la solución española, que recoge en el propio CP este tipo de normas sobre la estructura organizativa de las personas jurídicas, no parece la más adecuada desde el punto de vista de la técnica legislativa”.

- modelo de organización y gestión para la prevención de delitos (Auto del Juzgado Central de Instrucción, número 6, de 2 de junio de 2022);
- modelo de cumplimiento normativo (Autos del Juzgado Central de Instrucción, número 6, de 2 de junio de 2022, y número 35/2023, de 30 de enero);
- programas de cumplimiento normativo (Auto de la Audiencia Nacional, número 36/2023);
- manual de *compliance* (Auto del Juzgado Central de Instrucción, número 4, de 11 de mayo de 2017);
- sistemas de organización y gestión (UNE 19601).

Realizada esta consideración previa, que abona una imagen de confusión e inseguridad, que, paradójicamente, contrasta con la ingente masa bibliográfica existente la materia⁹, debemos pasar a protocolizar los parámetros que, a nuestro juicio, y en el marco del art. 31 bis C.P. (cualquiera que sea la persona física que realiza el delito objeto de enjuiciamiento, esto es, tanto si delito de referencia es cometido por un representante, directivo o administrador –art. 31 bis 1 a) C.P.– como si es cometido por un subordinado –art. 31 bis 1. b) C.P.–), debería comprobar el órgano judicial¹⁰ para decidir si, constatada la concurrencia general de los 6 requisitos establecidos en el art. 31 bis 5 C.P., confluyen, asimismo, indicadores que, en el marco de la regulación total del art. 31 bis¹¹, avalen una decisión favorable al reconocimiento de eficacia en un determinado *criminal compliance program*¹².

2 INDICADORES DE EFICACIA DEL COMPLIANCE

Los requisitos legales de los programas de cumplimiento¹³, cuya

⁹ En este sentido, señala Acale Sánchez (2021, p. 6) que “si con carácter general desde que en 2010 llegó al Código penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los estudios doctrinales que la han sometido a examen son numerosísimos, hasta el punto de haber convertido al Derecho penal económico en una disciplina con mayor predicamento que el tradicional Derecho penal de las personas físicas, los estudios sobre los *compliance* superan todas las estadísticas.

¹⁰ O el Ministerio Fiscal en fase de investigación.

¹¹ En donde se encuentran reguladas las condiciones de los programas, según los hechos de conexión.

¹² Por ejemplo, determinando el sobreseimiento de la causa.

¹³ “Con carácter previo, debe comprobarse la concurrencia de tres presupuestos (a) la previa actuación ilícita del sujeto persona física que legalmente se considera idóneo para desencadenar el proceso de transferencia de responsabilidad; b) que el delito cometido por la persona física se encuentre dentro de los delitos que expresamente la ley habilita para poder transferir la responsabilidad a la persona jurídica, y, c) que la sociedad posea personalidad jurídica. Una vez comprobados los tres presupuestos comunes, el art. 31 bis describe dos diferentes hechos de conexión para habilitar el mecanismo de transferencia de responsabilidad penal desde la actuación ilícita de algunas personas físicas hasta la persona jurídica. Es decir, contempla dos posibles y diferentes “hechos de conexión” en consideración al rango y facultades de las personas físicas que cometieron el delito de referencia. El primer hecho de conexión es el descrito en el apartado 1 a) del art. 31 bis CP, donde se definen personas físicas con poder y representación societaria de máxima autoridad y nivel que, al cometer un delito, desencadenan

conurrencia debe comprobar el órgano judicial para reconocer la existencia misma del programa, y, por lo tanto, cualquier posible eficacia¹⁴, se encuentran tipificados en el art. 31 bis 5 C.P.¹⁵, a saber:

1. mapa de riesgos (identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos);
2. establecimientos de protocolos de formación de la voluntad y de toma de decisiones de la persona jurídica;
3. establecimiento de modelos de gestión de los recursos financieros para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos;
4. obligación de informar de los riesgos e incumplimientos;
5. régimen disciplinario;
6. verificación periódica.

Si falta alguno de los requisitos del 31 bis 5, el programa no podrá tener efecto alguno, ni atenuante ni eximente¹⁶.

A partir de aquí, integrando el contenido del art. 31 bis 5, con el resto de disposiciones del art. 31 bis (condiciones), y, además, con las directrices interpretativas ofrecidas por la Circular 1/2016 de la FGE y con los pronunciamientos judiciales relevantes existentes en la materia, por ejemplo, los de la Audiencia Nacional, que toman como base los criterios que se siguen en EEUU para valorar los programas de *compliance*, podemos elaborar una guía sobre los indicadores de eficacia e idoneidad de los modelos de organización y gestión, que, a falta de resolución jurisprudencial de esta materia, formalicen *con carácter general* (NIETO MARTÍN, 2013, p. 38) los ítems que deberían

la transferencia de responsabilidad criminal (representantes, directivos y administradores). Y el segundo hecho de conexión, desarrollado en el apartado 1 b) del art. 31 bis CP, se refiere a la actuación ilícita de personas físicas que están sometidas a la autoridad de las antes referidas, y que han incumplido gravemente sus obligaciones de vigilancia y control (subordinados). Por tanto, la primera clave en el análisis de la responsabilidad penal de una sociedad en el marco legal español es constatar si concurren los presupuestos de transferencia y luego uno de los hechos de conexión contenido en la ley. En consecuencia, el debate jurídico acerca de si un programa de cumplimiento posee eficacia eximente o atenuante solo es posible después de la comprobación de los presupuestos y hechos de conexión, siempre que la sociedad alegue estar en posesión de un programa de cumplimiento. Por último, los requisitos que han de tener los programas de cumplimiento, descritos en el art. 31 bis 5, son iguales para todos los supuestos anteriores” (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, p. 595 a 598).

¹⁴ Fernández Hernández (2023, p. 79 y 80); Villegas García; Encinar del Pozo (2020, p. 5); González Cussac (2020, p. 221-223); Fernández Teruelo (2021, p. 206). En contra, vid. Gutiérrez Pérez (2015, p. 11-12).

¹⁵ Pero sin olvidar que para que los programas puedan producir cualquier efecto, atenuante o eximente, no basta con el cumplimiento de los requisitos contenidos en el apartado 5 del art. 31 bis C.P., sino que deben cumplir, además, las condiciones establecidas en los apartados 2 y 4 de dicho precepto.

¹⁶ Señala Fernández Hernández (2023, p. 79) a tales efectos que los requisitos del 31 bis 5) C.P. se configuran como *conditio sine qua non de un compliance*. Vid. asimismo, González Cussac (2019). En sentido diverso, considerando que la ausencia de algún requisito, o elemento de los implicados en el mismo, por ejemplo, ausencia de canal de denuncia en algún caso concreto, no elimina la posibilidad de actuación de la eximente, vid. Gutiérrez Pérez (2015, p. 12).

comprobarse en un procedimiento judicial¹⁷ para reconocer o rechazar la eficacia del programa de cumplimiento presentado por una persona jurídica¹⁸.

Veamos dicho protocolo desde el análisis de los requisitos establecidos en el art. 31 bis 5 C.P.¹⁹, que constituye el primer nivel de control en cualquier

¹⁷ Se ha planteado la posibilidad de pedir un archivo *preprocesal* a favor de la persona jurídica que se haya dotado de un adecuado programa de cumplimiento normativo si el Ministerio Fiscal en el marco de la investigación así lo considera. El programa debería valorarse analizando la realización de los indicadores establecidos en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas (VILLEGAS GARCÍA; ENCINAR DEL POZO, 2020, p. 3).

Sobre este particular, y para no hacer a la persona jurídica de peor condición que a la persona física, consideramos que del juego combinado de los arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim se infiere la posibilidad de que el Ministerio Fiscal acuerde el archivo de la causa para la persona jurídica si considera acreditada la eficacia del programa, una vez comprobados los indicadores de cumplimiento y el hecho de que la entidad hizo todo lo posible para la correcta implementación del programa en los términos de exigencia establecidos en la Circular 1/2016 y en el marco de la legalidad vigente. Así se desprende de la Circular sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal, Circular 2/2022, de 20 de diciembre, cuando señala “que en aquellos casos en los que la noticia criminal recibida no presente relevancia bien por fundarse en meras hipótesis carentes de verosimilitud y de todo sustento objetivo, bien por tratarse de hechos no constitutivos de delito, los fiscales se hallarán facultados para acordar su archivo de plano. Para ello deberán incoar diligencias de investigación a fin de ofrecer un soporte procedimental adecuado, sin perjuicio de que en el mismo decreto de incoación se acuerde su archivo de plano. En estos casos los fiscales se limitarán a acordar el archivo mediante decreto que expresará las razones por las que los hechos denunciados no pueden ser indiciariamente incardinados en ningún tipo penal o, en su caso, resultan manifiestamente inconcebibles”.

De cualquier forma, en opinión de los autores citados, en el actual marco procesal español, aun cuando una entidad se haya dotado de un programa de cumplimiento normativo aparentemente eficaz, tendrá muy difícil evitar una imputación judicial (*Idem*).

¹⁸ En este sentido, partimos del reconocimiento de que el art. 31 bis 5) “contiene una regulación general o global de la estructura y elementos de cualquier programa de cumplimiento, si bien es cierto que estos “requisitos” están explícitamente referidos al cumplimiento de la condición examinada de idoneidad” (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, p. 621). Como señala León Alapont deben distinguirse dos planos: “1) el de la idoneidad de las concretas medidas que se establezcan para la prevención de cada una de las conductas delictivas en las que se pueda incurrir, lo cual sólo podrá ser objeto de valoración por el juez o tribunal de forma casuística e individualizada; y, 2) el del contenido o medidas en abstracto que se contemplan con carácter general para la prevención y descubrimiento de cualquiera de los delitos atribuibles a una persona jurídica. Así, respecto del primer plano, un parámetro básico para valorar su idoneidad será que éstas resulten proporcionadas al riesgo en cuestión y a la actividad de que se trate. Así en ningún caso podrá calificarse de idóneo un programa de cumplimiento que no contemple todas y cada una de las exigencias previstas en el art. 31 bis 5 C.P.” (LEÓN ALAPONTE, 2019, p. 11).

En el modelo español se regulan de modo diferente el juicio de idoneidad sobre las medidas preventivas para eximir o atenuar, y el examen de los requisitos del programa (estructura y elementos del programa). En realidad, el art. 31 bis 5 describe los elementos estructurales mínimos que ha de revestir un programa para ser jurídico-penalmente valorado como idóneo. Pero que una sociedad posea un programa estructurado con todos estos requisitos legales no es suficiente para cumplir la condición de idoneidad. Son “requisitos” necesarios, pero no suficientes para obtener la exención o atenuación de la responsabilidad penal (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, p. 622).

De cualquier forma, conviene tener presente el limitado objeto de nuestro trabajo, que es, únicamente, ofrecer una guía general y primaria referida a si el programa presentado por la entidad reúne los requisitos esenciales que debe tener un modelo de prevención corporativa (requisitos y condiciones), sin prejuzgar la conclusión final de idoneidad y eficacia que pueda resultar, en concreto, tras la realización de la actividad probatoria específica correspondiente, momento en el que, de haber llegado la causa a dicho estado del procedimiento, se decidirá por el juzgador, si la empresa adoptó *su programa de prevención, idóneo y eficaz y cuáles son los efectos del mismo*.

¹⁹ Señala Carratalá Valera (2023) que “el primer estadio de control viene referido a la comprobación de que la persona jurídica cuenta con un programa de cumplimiento propiamente dicho, esto es, la verificación del cumplimiento completo de los requisitos fijados en el apartado quinto del art. 31 bis C.P. De no ser así, no podrá afirmarse que existe un *compliance* como tal”.

enjuiciamiento de una persona jurídica, integrado con otros indicadores de eficacia, derivados de los contenidos de la Circular 1/2016 y del resto de normativa vigente (las condiciones).

2.1 Mapa de Riesgos (Identificación de las Actividades en Cuyo Ámbito Puedan ser Cometidos los Delitos que Deben ser Prevenidos)

Este requisito es comúnmente conocido como mapa de riesgos²⁰.

Se deben identificar en el mapa las actividades de la empresa en cuyo desarrollo puede tener lugar una infracción penal, especificando la forma concreta en la que puede tener lugar esa comisión delictiva específica²¹.

Es un indicador de ineficacia del modelo que el delito concretamente investigado no figure en el mapa, de manera que, a *sensu contrario*, será un indicador de eficacia que se hayan relacionado aquellos delitos que son objeto de investigación, con señalamiento de las actividades de la entidad en cuyo desarrollo podría haberse determinado la comisión del delito en concreto²².

Asimismo, deben señalarse los controles que se establecen, también llamados medidas de control, con relación a cada una de las modalidades delictivas incluidas en el mapa, y, muy especialmente, las relacionadas con los delitos que están siendo investigados.

El requisito mapa de riesgos es el elemento fundamental del *compliance*, y debería tener una estructura mínima estandarizada, sin la cual no debería reconocerse eficacia o idoneidad al modelo, a saber:

1. identificación del delito/s señalando el/los precepto/s del C.P. en el/los que se encuentran tipificados, indicando, asimismo, la razón por la que ciertas infracciones no figuran en la matriz de riesgos²³;
2. descripción típica del delito o grupo de delitos según los elementos establecidos en el texto punitivo;
3. descripción de la conducta a través de la cual puede realizarse el delito, ejemplificando situaciones concretas (fuentes de peligro);

²⁰ Dicho requisito enlaza con la condición de idoneidad del programa de cumplimiento, respondiendo a las características y naturaleza propias de la persona jurídica, sus protocolos y procedimientos, que deberán estar actualizados e implementados realmente, debiendo verificarse su ejecución en tiempo real.

²¹ Señala Montaner Fernández (2020, p. 104) que hay que hacer un análisis de la persona jurídica concreta “atendiendo a la que sea su configuración societaria, orgánica, su/s área/s de negocio, su territorio de actuación, sus clientes, sus socios de negocio, las relaciones que pueda tener con el sector público y la regulación que le sea aplicable.”

²² En este sentido señala Fernández Hernández (2023, p. 81) que será un criterio de eficacia del programa, al que deberá atender el órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento, que el modelo de organización y gestión haya reflejado la concreta actividad generadora del delito cometido.

²³ Por no poder ser cometidos en el seno de la empresa, en nombre de la misma, por su cuenta o en el ejercicio de las actividades que se llevan a cabo en la realización de su objeto social, tal y como se exige en el C.P.

4. identificación de las normas que regulan esa actividad (internas de la empresa y externas) (GÓRRIZ ROYO, 2019, p. 46).

La legislación en ámbitos como la prevención de riesgos laborales, la protección de datos, el blanqueo de capitales, el abuso de mercado, etc., impone a las empresas la obligación de adoptar controles internos con el fin de prevenir determinadas infracciones. Todas estas normas referidas a la actividad de la empresa ante la que nos encontremos deberán integrarse en los programas de cumplimiento, en el marco de la denominada *autorregulación regulada*, en cuanto que, como señala Darnaculleta I Gardella (2009, p. 22), los fines de la autorregulación son impuestos y controlados por el Estado como estrategia de regulación estatal²⁴. A su juicio,

la autorregulación regulada es, pues, un nuevo instrumento de regulación ensayado por el Estado en una fase de transformación del mismo en el que, con carácter general, los instrumentos imperativos de actuación son sustituidos por técnicas indirectas de regulación donde los sujetos y organizaciones privadas ordenan su actividad, dotándose voluntariamente de las normas y controles más adecuados para la consecución de un determinado fin, siendo los poderes públicos los que supervisan la actuación privada de aprobación, aplicación y control del cumplimiento de tales normas (DARNACULLETA I GARDELLA, 2009, p. 22);

5. antecedentes, señalando si ha ocurrido antes alguna situación semejante. Departamentos/personal afectados;
6. valoración de la probabilidad de realización del delito, de su impacto y del riesgo inherente.

Tras la identificación de las actividades en cuyo seno pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, la adecuada gestión del riesgo exige la asignación de una probabilidad de ocurrencia para cada uno de ellos²⁵.

²⁴ En la misma dirección, señala Nieto Martín (2008, p. 4) “que la denominada *self regulation* o autorregulación regulada se trata de un “intervencionismo a distancia” basado en la cooperación entre los poderes públicos, sujetos regulados y otros agentes sociales (sindicatos, ONGs...) con el fin no solo de generar o perfilar normas de comportamiento, sino también encargarse de su *enforcement*. Los ejemplos son muy numerosos, el moderno derecho del medio ambiente, el relativo a la protección de la salud de los trabajadores, consumidores, accionistas, inversores o las obligaciones administrativas del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo descansan en la *self regulation*”). En parecidos términos Navarro Cardoso indica “que la autorregulación regulada no es más que otra muestra del continuo proceso de expansión del Derecho Penal, en el que el Estado, en el mejor de los casos, fija el marco regulatorio, y cede a los entes privados la concreción normativa vía códigos internos, reservándose, en algunos casos, la capacidad sancionadora. Las razones, se aduce, son la complejidad técnica de la materia, buscándose así la eficacia y la eficiencia, así como la incapacidad del Estado para hacer frente con solvencia, conforme a esos criterios, a la regulación que la moderna y sofisticada actividad empresarial precisa”, aunque, continúa el citado autor “no es que se haya generado un espacio para autorregularse (en parte consistencial al Estado liberal de Derecho), sino para autoexcluirse penalmente” (NAVARRO CARDOSO, 2020, p. 271-272).

²⁵ El Código penal no exige que se cuantifique el riesgo, solo que se *identifiquen las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos*, pero ello nos

La forma concreta de evaluar esta magnitud puede articularse por la empresa de formas diversas, cuya oportunidad deberá evaluarse judicialmente.

Así, por ejemplo, y como una de dichas formas de cálculo de probabilidad, podría resultar idóneo atribuir una magnitud numérica en función de los datos históricos del sector, concretamente, sobre la base de las sentencias y autos existentes al respecto, que arrojarán un resultado concreto que refleje la frecuencia real de realización general.

	Actividades/fuentes peligro sector				
	1	2	3	4	5
Probabilidad o frecuencia					
8 - 100% Muy probable					
61-80% Altamente probable					
41-60% Probable					
21-40% Posible					
0-21% Improbable					

Otra forma de cálculo probabilístico podría implementarse atribuyendo un resultado sumatorio a diversas magnitudes, como, por ejemplo, y entre otras, las siguientes: Frecuencia del riesgo/Situación Económica/Antecedentes/Existencia de cultura de cumplimiento o no con normativa interna de actuación...

7. impacto.

La determinación del impacto podría realizarse en función de la penalidad del delito que se esté evaluando en el mapa, a la que se podría sumar, en su caso, el daño reputacional.

Penalidad (de 1 a 5):

- multa (1);

proporciona una valiosa información sobre los delitos de más probable realización a partir de estas actividades que precisan mayor control, como áreas prioritarias de intervención (LEÓN ALAPONT, 2020, p. 477). Esto es así hasta el punto de que, como afirma Casanovas Ysla (2018, p. 903), no llevar a cabo dicha medición de riesgos puede comportar una clara pérdida de eficacia del modelo.

- inhabilitación para obtener subvenciones (2);
- suspensión de actividades (3);
- clausura locales/intervención judicial (4);
- disolución (5).

La metodología para la evaluación de los riesgos penales o, si se prefiere, para la elaboración del mapa de riesgos puede ser plural (al respecto vid. JIMÉNEZ CARBAYO, 2017, p. 1 a 14; VILLANUEVA FERNÁNDEZ, 2015, p. 73; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, 2015, p. 43 a 45), sin que exista una específica y suficiente (FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, 2023, p. 69) para merecer el calificativo de eficaz²⁶.

No obstante, se deberá comprobar judicialmente que existe y se aplica una determinada metodología documentada para realizar la gestión de los riesgos, ya que de no ser así no debería calificarse de eficaz el programa.

De esta manera, cualquiera que sea la opción metodológica elegida, de entre las variadas posibles, deberá establecer como mínimo:

- la forma en que se identifican las actividades en cuyo ámbito se materializan los riesgos penales, es decir, las situaciones de peligro o escenarios de riesgo penal;
- qué criterios se emplean para asignar niveles de probabilidad de ocurrencia y de severidad de las consecuencias de la forma más objetiva posible;
- qué categorización se otorga a los riesgos en función de los valores anteriores y qué criterios se establecen para decidir cuándo se implementan controles para mitigar los riesgos (es decir, cuál es el umbral de riesgo que la organización está dispuesta a aceptar²⁷). Estos criterios deberían tener en cuenta el daño personal y/o ambiental, pérdidas económicas, daño

²⁶ La gestión del riesgo como el conjunto de actividades coordinadas para controlar los riesgos debe seguir una metodología que permita estimar el riesgo de que se produzcan unas determinadas consecuencias. Con respecto a la cuestión de la/s metodología/s que se han desarrollado para realizar análisis de riesgos, todas ellas pueden entenderse adecuadas si procuran la consecución del objetivo común cifrado en analizar el riesgo de una organización a partir del peligro asociado, siendo necesario y garantía de eficacia del programa que se constate judicialmente que conste la información documentada de la metodología y criterios utilizados. En este sentido se debería verificar por el juzgador que el programa de cumplimiento esté implementado siguiendo algún estándar concreto, nacional (UNE 19601) o internacional (ISO 37301), y, en el segundo caso, que en el alcance figure claramente la legislación española relativa a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La norma UNE 19601 se elaboró específicamente para dar cumplimiento a la Ley Orgánica 1/2015 (se explica en el apartado 0 Introducción y en el apartado 1 Objeto y Campo de Aplicación), por lo que si el programa de cumplimiento cumple con la totalidad de la UNE, se puede inferir inicialmente que está alineado con las exigencias del Código Penal.

²⁷ El nivel de riesgo aceptable debe ser acordado por el órgano de administración.

reputacional y responsabilidades administrativas y/o penales²⁸;

- resulta fundamental como indicador de eficacia del programa señalar específicamente en el protocolo cómo se implementa y con qué periodicidad el seguimiento de los controles (tanto nivel de implementación como de eficacia);
- cuándo y cómo se actualiza la gestión del riesgo.

En el programa debe documentarse todo lo anterior, comprobando que existen actas de reunión del equipo de riesgo y de las personas responsables del cumplimiento;

8. cálculo del riesgo inherente.

Valoración de probabilidad multiplicado por valoración de impacto;

9. identificación de las medidas de mitigación y control²⁹ que se establecen con relación a los riesgos cuantificados³⁰;

- deben encontrarse evidencias de que los controles realmente han sido implementados con informes de valoración en los que se documente la causa por la cual determinados delitos se han considerado no aplicables, y, por tanto, no figuran en la matriz de riesgos;
- informes de seguimiento de los controles, suministrados por las personas responsables en el departamento correspondiente, en los que se evidencie qué acciones se han realizado y qué efectos se han obtenido;

²⁸ “6.2.2 Análisis de los riesgos penales UNE 19601. La organización (3.20) debe analizar los riesgos penales (3.29) considerando las causas y las fuentes de incumplimientos de *compliance* penal (3.5) y la gravedad de sus consecuencias, así como la probabilidad de que ocurran incumplimientos de *compliance* penal (3.5) y las consecuencias asociadas.

NOTA Las consecuencias pueden incluir, por ejemplo, daño personal y ambiental, pérdidas económicas, daño reputacional y responsabilidades administrativas y/o penales”.

²⁹ Fernández Hernández (2023, p. 82). En el mismo sentido, vid. Nieto Martín (2015a, p. 129) cuando señala que “deben identificarse los riesgos penales que pueden afectar a la organización, así como los sectores de actividad que se verían afectados y la efectividad de las medidas de control adoptadas para prevenirlos.”.

³⁰ Este requisito se relaciona con la condición 1.º del art. 31 bis 2), de tal forma que, aunque de conformidad con lo dispuesto en el art. 31 bis 2), dicha condición solo se debería aplicar a las personas implicadas en el primer hecho de conexión (delito cometido por representantes... art. 31 bis 1 a), de cara a apreciar una posible exención de responsabilidad, lo cierto es que su contenido (de la condición) puede considerarse incluido en el significado del requisito primero del art. 31 bis 5 (identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, que, a nuestro juicio, también exige el establecimiento de medidas de control), de necesaria concurrencia también para las personas de la letra b) del art. 31 bis 1), razón por la cual podemos concluir que *el establecimiento de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión* se relaciona directamente con el primer requisito del art. 31 bis 5, siendo, por lo tanto, un requisito mínimo de necesaria comprobación en el momento inicial del procedimiento para reconocer eficacia al modelo de prevención, cualquiera que sea el hecho de conexión. Sin duda, esta condición remite al mapa de riesgos en sentido estricto, ya que demanda un cálculo del riesgo (riesgo inherente) y la posterior aplicación de medidas reductoras de riesgos.

- y resúmenes globales de la gestión del riesgo, con análisis de consecuencias y propuestas de mejora;
10. especificación de los resultados finales mediante tabla indicativa clara que identifique el riesgo final, medio, alto o bajo, de realización delictiva.

En definitiva, para comprobar la realización de este primer requisito del programa será necesario comprobar que se han implementado y desarrollado los contenidos mínimos del mapa en la forma señalada³¹.

2.2 Establecimiento de Protocolos de Formación de la Voluntad y de Toma de Decisiones de la Persona Jurídica

El segundo requisito que se le exige a un modelo de organización y gestión para considerarlo tal es la determinación de quién toma las decisiones, de cómo se toman, de cómo se transmiten, a través de quién se transmiten, de quién termina ejecutándolas y de cómo se llevan a cabo. Es decir, un modelo de organización y gestión, para serlo, debe ser capaz de indicar a un tercero quién decide qué se hace, cómo se transmite esa decisión y cómo se ejecuta la misma. Con ello, de nuevo, se logra la traslación de la responsabilidad de la persona jurídica a las concretas personas físicas que han intervenido, de alguna manera, en la comisión del hecho penalmente relevante (FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, 2023, p. 82).

En este sentido, resultará un indicador de eficacia del programa que la entidad cuente con una normativa interna en la que se refleje con precisión el proceso y órganos encargados de la toma de decisiones y de su ejecución³², también con relación a actividades concretas, por ejemplo, determinando el procedimiento establecido para contratar con empleados públicos, la forma de realizar los contratos, las cláusulas de confidencialidad, etcétera³³.

³¹ La realización del primer y segundo requisito del art. 31 bis 5) C.P. es fundamental para el cumplimiento de la condición establecida en los apartados 2 y 4 del art. 31 bis C.P., referida a la adopción de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, en la medida que, evidentemente, si no se consiguen identificar los riesgos (actividades e intervinientes) no habrá forma de prevenirlos (FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, 2023, p. 83).

³² Vid. 5.1. 1.g) UNE 19601, cuando señala lo siguiente: “5.- Liderazgo. - 5.1 Liderazgo y compromiso.

El liderazgo dentro de la organización (3.20) debe desempeñar un papel fundamental en la formación e implementación con éxito del sistema de gestión de *compliance* penal (3.31).

5.1.1 Órgano de gobierno

El órgano de gobierno (3.22) debe demostrar su liderazgo y compromiso en relación con el sistema de gestión de *compliance* penal (3.31). A tal fin, el órgano de gobierno (3.22) debe: [...] g) asegurar que se establecen los procedimientos (3.25) que concreten el proceso (3.26) de formación de la voluntad de la organización (3.20), de toma de decisiones y de ejecución de las mismas promoviendo una cultura (3.8) de *compliance* que garantice altos estándares éticos de comportamiento”.

³³ Sobre este requisito señala Aguilera Gordillo (2018) que se trataría de desarrollar un escrupuloso organigrama, donde se relacionen a todos los individuos que intervienen o desempeñan funciones no triviales en los ámbitos decisorios o ejecutivos, prestando especial atención a

Dicha normativa o protocolo de actuación puede estar incluido en el documento final del programa o estar separada del mismo.

Como se especifica en la Circular 1/2016 la clave para valorar la verdadera eficacia del programa “no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento.” (vid. p. 52). Este criterio general es fundamental “para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales.” (vid. p. 52).

La evaluación de la ejecución del programa de cumplimiento, por tanto, también debe formar parte de sus requisitos³⁴.

No basta con diseñar e implementar un programa, sino que debe someterse a supervisión, vigilancia y control para asegurar su desempeño eficaz en mitigar los riesgos de incumplimiento. Se trata de una atribución a la que alude expresamente la Circular de la FGE, determinando que esa labor deberá “asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo 31 bis C.P.” (vid. p. 47).

Esta supervisión, vigilancia y control puede implementarse de varias maneras:

- 1) vigilancia interna: existen herramientas de supervisión interna que permiten que las organizaciones puedan hacer una evaluación objetiva de cumplimiento del programa. Sin ir más lejos, la norma UNE 19601 propone varias:
 - a) el uso de indicadores de desempeño, que permiten un seguimiento y medición de los procesos que forman parte del programa, por ejemplo, el porcentaje de personal que ha sido formado de manera eficaz, el nivel de utilización de los canales éticos, las incidencias identificadas y comunicadas, por tipo, área y frecuencia;
 - b) los informes de cumplimiento, que permiten reportar de forma sistemática y periódica tanto a la alta dirección como al órgano de gobierno los resultados sobre el desarrollo del programa, promoviendo activamente una cultura de información completa y transparente;
 - c) la auditoría interna, cuyo objetivo es evaluar que el programa de cumplimiento es conforme con los requisitos del Código Penal, está correctamente implementado y se desarrolla de forma eficaz;

aquellos individuos que detentan normativamente las facultades de representación, decisión y control.

³⁴ Y para la decisión de cumplimiento de las condiciones (*supra*, nota 30).

- d) la revisión del sistema por parte de la alta dirección y/o del órgano de gobierno, en la cual los roles de máxima autoridad de la organización (habitualmente el Consejo de Administración, Junta Directiva, CEO, Director General...) asumen la responsabilidad de monitorizar la información que les proporciona la persona designada como responsable del programa y toman decisiones relacionadas con su mejora de forma continua, o sobre la necesidad de realizar cambios y ajustes derivados de las lagunas o carencias que hayan podido ser identificadas en el funcionamiento y en su capacidad para mitigar los riesgos de incumplimiento penal;
- 2) otra opción de seguimiento y control del programa de cumplimiento es someterlo a una auditoría externa³⁵ o a certificación, actuaciones que, en consecuencia, también constituyen indicadores de eficacia del programa³⁶.

Por lo que se refiere a las certificaciones, la existencia de una certificación externa e independiente, emitida por una entidad acreditadora, es, evidentemente, un indicio de eficacia del modelo, en la medida que con ella se manifiesta la adecuación del *compliance* a los requisitos establecidos en la norma correspondiente³⁷, “pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial”³⁸.

³⁵ Vid. Auto JCI Audiencia Nacional, 35/2023, fundamento jurídico segundo, cuando señala que “todo ello nos lleva a concluir que la voluntad de REPSOL YPF SA al encargar a una entidad externa la verificación de su modelo de prevención de delitos era asegurarse de su adecuación a la legislación vigente y de adecuarlo a ella en el caso de que no fuera así, pues no se entiende que encargaran semejantes informes si el interés fuera otro”.

En este sentido señala Aránguez Sánchez (2020, p. 22) que “también es un dato objetivo sobre la calidad del modelo de prevención de delitos que la empresa contrate a distintos auditores (distintos de quienes realizaron inicialmente la labor de consultoría para la puesta en marcha del sistema) y que pase sus certificaciones anuales con distintas empresas certificadoras. Evidentemente si expertos de distintas empresas validan un sistema, se tiene una mayor garantía”.

³⁶ Sobre la importancia de las certificaciones, señala Aránguez Sánchez que ante “la pregunta obvia que se plantea sobre ¿Cómo podemos evaluar la calidad de un modelo de prevención de delitos? Esta cuestión debe responderse de forma distinta dependiendo del momento en el que queramos medir la eficacia del sistema de *compliance*: 1.- Antes de que se cometa un ilícito penal en el seno de la entidad no podemos acudir a un organismo público para que (tras el pago de la correspondiente tasa) valide nuestro sistema de *compliance* [...]. Por tanto, no cabe sino en confiar en la Certificación que entidades privadas ofrecen sobre normas ISO (ISO-UNE 19601 e ISO 37001, fundamentalmente). Tener tal sello de garantía es fundamental para validar el trabajo que una consultora (independiente de la certificadora) ha realizado o las actualizaciones que haya desarrollado el *compliance officers* de esa persona jurídica” (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2020, p. 21).

En el mismo sentido, vid. Ballesteros Sánchez (2021, p. 416); Rayón Ballesteros, 2019, p. 246).

³⁷ La norma española UNE 19601 surge para desarrollar los requisitos del 31 bis C.P., incorporando buenas prácticas mundialmente aceptadas (RAYÓN BALLESTEROS, 2018, p. 213).

³⁸ Vid. la pág. 52 de la Circular 1/2016, cuando señala expresamente que “las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial”.

En este sentido, existe alguna resolución judicial que pone las certificaciones en valor, aunque sin establecer pautas claras al respecto, más allá del hecho de que representan un indicador de eficacia, que por sí solo no sirve para fundamentar la exención. Así, podemos apreciar *su consideración judicial* en el reciente caso referido a la imputación de CaixaBank y Repsol en una pieza separada de la investigación realizada sobre la empresa CENYT (el famoso “caso Villarejo”) por parte de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y su posterior sobreseimiento³⁹. En este supuesto, CaixaBank presentó su modelo de prevención, incluyendo el código Ético, la matriz de riesgos, el plan de formación, la política de investigación interna y el estatuto de órgano de cumplimiento, pero, sobre todo, presentó su certificación UNE 19601:2017, así como la certificación ISO 37001:2016 de sistemas de gestión antisoborno, ambas emitidas por Aenor. Repsol también presentó un informe elaborado por la consultora KPMG en el que se analizaban y evaluaban las medidas implantadas por la empresa para la prevención de delitos, cultura y cumplimiento normativo en el que se incluía la evaluación del programa de prevención de riesgos penales auditado por un servicio externo. La Sala indicó en su resolución que ambas empresas contaban con un modelo de prevención de delitos acorde al Código penal.

La existencia de un código ético o de conducta⁴⁰ que refleje la cultura de cumplimiento⁴¹ es otro indicador de eficacia⁴².

³⁹ Vid. el Auto del Juzgado Central de Instrucción, de 2 de junio de 2022 (fundamentos jurídicos 2 y 4).

⁴⁰ Normalmente el estándar común de comportamiento exigido, tanto a los miembros de la organización como a los socios de negocio constará en la política de *compliance* penal, aunque también pueden encontrarse referencias al respecto en un código de conducta, código ético, código de valores o documento análogo en la organización (UNE 19601.- 7.1).

⁴¹ Los códigos de conducta, en una aproximación general, constan de “un conjunto de reglas y principios que la corporación asume voluntariamente, como algo distinto de las reglas que impone el derecho” (MALEM SEÑA, 2006, p. 413).

⁴² En este sentido, vid. el Auto JCI Audiencia Nacional, de 2 de junio de 2022, fundamento jurídico segundo. Doctrinalmente se ha reclamado la exigencia específica de un código ético o de conducta, aunque algunos autores lo suelen considerar incluido tácitamente en este segundo requisito del 31 bis 5) (GUTIÉRREZ PÉREZ, 2015, p. 6).

Por su parte, la Circular 1/2016 enfatiza la importancia de este elemento, destacando que el objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los directivos y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento, debiendo analizarse si los programas de prevención establecidos expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales (p. 52). En la misma línea se señala por la Fiscalía que “la obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto” (p. 45).

También se refleja la importancia de la cultura de cumplimiento en la UNE 19601 (7 Elementos de apoyo. - 7.1 Cultura de *compliance*) en los siguientes términos: “El *compliance* penal (3.5) es el resultado de que una organización (3.20) cumpla con sus objetivos de *compliance* penal (3.19), a través del cumplimiento de los requisitos (3.27) que se derivan de su política de *compliance* penal (3.24) y del resto del sistema de gestión de *compliance* penal (3.31), y se hace sostenible introduciéndola en la cultura (3.8) de la organización (3.20) y en el comportamiento y en la actitud de las personas que se vinculan con ella. El desarrollo de una cultura (3.8) de *compliance* exige que el órgano de gobierno (3.22) y la alta dirección (3.2) tengan un

En este documento, que se integrará en el programa, se pueden reflejar los procedimientos de toma de decisiones.

Otro indicador de idoneidad o eficacia, enmarcado en la propia cultura de cumplimiento de la entidad, además del código ético, puede ser su propia actitud de colaboración tras conocer la posible realización delictiva⁴³, o su propio comportamiento en situaciones semejantes, pues pone de manifiesto en qué medida el delito representa un acontecimiento puntual y ajeno a su cultura ética o, por el contrario, evidencia la ausencia de tal cultura, “desnudando el modelo de organización como un mero artificio exculpatorio” (Circular 1/2016, p. 54).

En este sentido, las circunstancias y hechos precedentes sobre la permisividad o intolerancia en relación con el incumplimiento coadyuvan a valorar si el hecho delictivo fue una excepción o una muestra de un clima de incumplimiento y descontrol (Circular 1/2016, p. 54).

La existencia de un compromiso inequívoco y el apoyo de la alta dirección de la compañía (NIETO MARTÍN, 2023, p. 29) también es fundamental. El comportamiento y la implicación del consejo de administración y de los principales ejecutivos son, según la Fiscalía, claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía y garantía de eficacia del programa⁴⁴.

compromiso visible, consistente y sostenido en el tiempo con un estándar común y publicado de comportamiento que se requiera en todas y cada una de las áreas de la organización (3.20), así como a sus socios de negocio (3.32)”.

⁴³ Vid. el Auto de la Audiencia Nacional 36/2023, de 30 de enero, fundamento jurídico 8. Vid. asimismo, a este respecto, el fundamento jurídico 7 del Auto del JCI de 23-03-2023, cuando explica el sobreseimiento de la causa contra INDRA, indicando que, “por el contrario, puede concluirse de las alegaciones y razonamientos de la defensa, de la actitud de colaboración seguida por la mercantil, de las acciones realizadas en orden a identificar y reconocer el delito contra la hacienda pública, y sobre todo, de los informes presentados por la Unidad de Cumplimiento, que el programa implantado en el ente corporativo, conforme a una valoración del mismo “ex post facto”, funcionó, y que, en conciencia, que el sistema existente en la mercantil cuya implantación ya se reconoció en los autos 136/20 y 137/20 de 7 de mayo de 2020, era eficaz para cumplir el fin perseguido”.

Sobre este particular, y por su parte, la Circular señala que “las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas. La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento. Del mismo modo, la restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia” (p. 55, Novena).

En sentido diverso, sin embargo, parece manifestarse el Auto 179/2022, de 14 marzo, cuando señala que la colaboración que ha venido mostrando “Deloitte, S.L.” a lo largo del procedimiento, constituye una circunstancia atenuante independiente de la existencia de los programas de cumplimiento, tal y como se reconoce en el artículo 31 *quater* b) (fundamento jurídico quinto).

⁴⁴ En este sentido señala la Circular 1/2016 que “cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía. El comportamiento y la implicación del Consejo de Administración y de los principales ejecutivos son claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es solo un riesgo que puede valer la pena para conseguir un mayor beneficio económico. Si los principales responsables de la entidad incumplen el modelo de organización y de prevención o están recompensando o

En esta misma línea, la Circular incide en la importancia de una adecuada selección de directivos y empleados como vía para prevenir ilícitos, de manera que se debe valorar de manera especial que los modelos de organización y control de la compañía establezcan altos estándares éticos para su contratación y promoción (vid. p. 53).

Por otro lado, y, además, señala la Circular que aunque la detección de delitos no está expresamente incluida entre los requisitos de los modelos de organización y gestión, forma parte, junto con la prevención, de su contenido esencial. De esta forma, entiende que la capacidad de detección de los incumplimientos del programa será un elemento sustancial de su validez.

En consecuencia, se concederá especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación, de tal manera que los fiscales, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, “deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo, sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo”⁴⁵.

La gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal son también, según la Circular, circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta para valorar la eficacia del modelo⁴⁶.

Por último, resulta fundamental que el programa de *compliance* penal se encuentre disponible para todos los miembros de la entidad como información documentada, debiendo comprobarse como indicador de eficacia que ha sido comunicado eficazmente tanto al personal interno como a los grupos de interés externos (ej. proveedores y clientes), por correo electrónico, tablones de anuncios, web corporativa, intranet, charlas y formaciones, siendo también esencial el idioma empleado, si se trata de una empresa multinacional⁴⁷.

La propia existencia de una web corporativa publicitando el *compliance* penal es una garantía e indicador de eficacia.

incentivando directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse *que* exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa” (p. 52 y 53).

Por su parte, en distintas resoluciones judiciales también se destaca el valor de la implicación de la alta dirección en orden a valorar la eficacia de los programas de cumplimiento (vid. fundamento jurídico segundo, del Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional 35/2023, de 30 de septiembre).

⁴⁵ Vid. la p. 64 de la Circular 1/2016. En este sentido, la aplicación de mecanismos de detección y reacción que permitan descubrir un delito y revelar al autor, así como la comunicación del mismo a las autoridades, son determinantes para solicitar la exención de responsabilidad al ente.

⁴⁶ Específicamente señala la Circular “que la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, mas también es cierto que este puede quedar seriamente entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal. Todas estas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta para valorar la eficacia del modelo” (p. 54).

⁴⁷ Vid. especialmente, los apartados 5.2 (Política de *compliance* penal) y 7.5.2 (Comunicación de la política) de la UNE 19601.

2.3 Establecimiento de Modelos de Gestión de los Recursos Financieros para Impedir la Comisión de los Delitos que deben ser Prevenidos

La alta dirección y los órganos de supervisión deberán asegurar la asignación de los recursos apropiados para la gestión de los riesgos penales⁴⁸; asignación de recursos⁴⁹ que deberá plasmarse, como indicador de eficacia, en la contabilidad de la organización⁵⁰.

Ello incluirá, entre otros mecanismos, los siguientes:

- reflejo contable de los recursos asignados para la implementación del programa;
- designación de las personas con habilidades, experiencia y competencias necesarias para asegurar el cumplimiento de los protocolos y del propio programa de gestión de riesgos penales;
- identificación de las herramientas de la organización a utilizar para gestionar el riesgo;
- establecimiento de sistemas de gestión de la información y del conocimiento;
- aseguramiento del desarrollo profesional y de las necesidades de formación que reafirmen el cumplimiento del código de conducta y del programa de prevención de riesgos penales.

Quizás en este momento inicial, bastará con la comprobación formal del modelo de gestión financiera de la persona jurídica, dejando para un momento ulterior, de cara al análisis de la idoneidad material del modelo y a la aplicación de una posible causa de exención de responsabilidad una comprobación más completa del mismo (esto es, el efectivo uso de los recursos económicos allí previstos, en la forma que acabo de referir en las líneas precedentes)⁵¹.

⁴⁸ Este requisito del art. 31 bis 5) se relaciona con la condición segunda del art. 31 bis 2, de manera que, indirectamente, debe comprobarse en este momento inicial (cualquiera que sea el hecho de conexión) que el órgano de cumplimiento dispone de los recursos necesarios para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos (DE LA MATA BARRANCO, 2018, p. 39; GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 187; PALMA HERRERA, 2017, p. 67).

⁴⁹ “No se trata de establecer únicamente medidas internas que eviten la comisión de hechos delictivos relacionados con una defectuosa gestión de los recursos económicos de la organización, sino de que ésta cuente con una “dotación presupuestaria adecuada para la implementación de los programas de cumplimiento” (MONTANER FERNÁNDEZ, 2020, p. 115).

⁵⁰ Vid. la UNE 19601, apartado 5.1.2 c), y en ese mismo punto, vid. el apartado 5.1.2.-, como NOTA, en el que se indica “que el órgano de *compliance* debería, además: – contribuir a la identificación de las obligaciones de *compliance* penal (3.5), con el apoyo de los recursos necesarios, y colaborar para que esas obligaciones se traduzcan en políticas, procedimientos (3.25) y procesos (3.26) viables”.

Vid. asimismo, “5.1.3 Alta dirección [...] debe: [...] c) garantizar la disponibilidad de recursos adecuados y suficientes para la ejecución eficaz (3.11) del sistema de gestión de *compliance* penal (3.31)”.

⁵¹ Coincidimos con Carratalá Valera (2023) en el hecho de que para ejecutar de manera adecuada tales medios “deviene necesario que el oficial de cumplimiento cuente con la capacitación necesaria; surge la duda, entonces, de cómo podría entenderse acreditada la misma. En la

2.4 Obligación de Informar de los Riesgos e Incumplimientos al Órgano Encargado de Vigilar el Modelo

La existencia de un órgano de vigilancia se comprueba implícitamente en este primer nivel de control, como parte de este cuarto requisito del apartado quinto del art. 31 bis CP), el cual, recordemos, es aplicable a ambos hechos de conexión. Por lo tanto, en el caso de que el ilícito penal se cometa por un subordinado habrá de comprobarse, igualmente, el cumplimiento de todos los requisitos del apartado quinto del art. 31 bis CP, entre los que se encuentra la “obligación de información” (primer nivel de control), lo que presupone la existencia de un órgano de cumplimiento⁵², aunque sus características particularizadas y funcionamiento concreto podrá no valorarse *in extenso* en este primer momento, sino, a posteriori, a efectos de la exención (segundo nivel de control).

Este requisito 4º del art. 31 bis 5 (así como el 6.^º⁵³, e, incluso el 5⁴) se relaciona y corresponde significativamente con la condición 2ª del art. 31 bis 2, razón por la cual también resultará necesario comprobar en un primer momento del procedimiento *la existencia de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.*

Con ello, y ciertamente, podemos afirmar que la creación (o adaptación) del órgano de vigilancia ya se verifica, aunque sea implícitamente, a la hora de examinar el cumplimiento de los requisitos del apartado quinto del art. 31 bis CP (muy especialmente, en los requisitos cuarto y sexto).

A partir de lo dicho, y situados concretamente en la exposición general de los indicadores que deben comprobarse en el procedimiento para reconocer *a priori* que se ha realizado este requisito 4º del art. 31 bis 5), podemos señalar que resulta necesaria la comprobación de existencia de dicho órgano, acompañada del establecimiento e implementación de un adecuado canal de denuncia⁵⁵, pues, con ello, se podrá garantizar:

actualidad, podría considerarse que una opción viable sería comprobar si se posee algún curso de especialización al respecto, siendo igualmente conveniente que se cuente con una trayectoria profesional suficiente. No obstante, de *lege ferenda* estimamos oportuno encontrar otra alternativa que aporte mayor seguridad a la hora de analizar si concurre esta competencia.”. En este sentido, podría plantearse la creación de un registro público de expertos de *compliance* (MAGRO SERVET, 2019), si bien, para acceder al mismo deberá constatarse que se cumplen con los requisitos mínimos de formación. El objetivo no sería otro que acreditar que se ha recibido el aprendizaje debido.

⁵² Vid. Pérez Ferrer (2018, p. 132), cuando señala que el Código Penal, al describir los requisitos para que el modelo de prevención de delitos tenga la virtualidad deseada, hace una referencia indirecta a la figura del *compliance officer* cuando prevé en el artículo 31 bis 2, la existencia de un “órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control.

⁵³ “Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”.

⁵⁴ Vid. *infra*.

⁵⁵ Sobre el significado y alcance de este requisito del *compliance*, vid., por todos, León Alapont (2023). Vid., asimismo, Gimeno Beviá (2023).

- la investigación de incumplimientos e irregularidades, asegurando el análisis de todas las comunicaciones;
- que el órgano de *compliance* penal actúa oportunamente en cada fase del procedimiento de denuncia y consulta, así como de que está debidamente informado de todas las cuestiones que pueden afectar a cada investigación, garantizando los derechos del denunciante y del denunciado;
- la adopción de las medidas reactivas adecuadas y oportunas, en caso de incumplimientos o irregularidades, en función de la severidad del supuesto, pudiendo incluir sanciones disciplinarias (desde la amonestación hasta el despido disciplinario, si concurren las exigencias normativas para ello);
- la comunicación a las autoridades, de ser necesario, y la mejora y actualización de los controles del modelo para prevenir que se produzcan situaciones similares. En este sentido, declara expresamente la UNE 19601, que
los recursos con capacidad, autonomía e independencia para realizar las investigaciones pertinentes podrán ser los del órgano de *compliance* penal, pues éste es por definición un órgano dotado de poderes autónomos de iniciativa y control. No obstante, es posible también que la organización cuente, por una parte, con un órgano de *compliance* penal y, por otra, con recursos distintos para realizar las investigaciones pertinentes; en tal caso, la organización debería garantizar que el órgano de *compliance* penal esté oportunamente informado del estado y resultados de cada investigación;
- la legitimidad del canal, que exige que los trabajadores estén informados de la existencia del sistema de denuncias y del tratamiento de los datos que conlleva la formulación de una denuncia.

El carácter fundamental de que el programa de cumplimiento disponga de un canal de denuncia, como indicador de eficacia del programa, se reconoce expresamente en la UNE 19601, en la Circular 1/2016⁵⁶, y también en diversas resoluciones judiciales que se han ocupado del tema⁵⁷.

Específicamente se establece en la UNE 19601, lo siguiente:

8.7 Comunicación de incumplimientos e irregularidades

La organización (3.20) debe implantar procedimientos (3.25) adecuados para:

⁵⁶ Expresamente se indica que “la existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (*whistleblower*), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias” (p. 45).

⁵⁷ Vid. entre otros, el Auto JCI 2/06/2022 (fundamento jurídico 2); Auto JCI 35/2023, fundamento jurídico sexto; o el Auto JCI 36/2023, fundamento jurídico séptimo.

- facilitar canales de comunicación para que tanto los miembros de la organización (3.17) como terceros (3.33) comuniquen de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, aquellas circunstancias que puedan suponer la materialización de un riesgo penal (3.29) para la organización (3.20), así como incumplimientos o debilidades del sistema de gestión de *compliance* penal (3.31);
- garantizar la confidencialidad o el anonimato de la identidad de las personas que hagan uso de dichos canales de comunicación;
- permitir la realización de comunicaciones de manera anónima o confidencial;
- prohibir cualquier tipo de represalia, tomando las medidas necesarias para proteger a aquellos miembros de la organización (3.17) o terceros (3.33) que realicen comunicaciones de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, a través de dichos canales de comunicación;
- facilitar asesoramiento a aquellas personas que planteen dudas o inquietudes relacionadas a través de los canales de comunicación establecidos por la organización (3.20);
- garantizar que los miembros de la organización (3.17) conocen los canales de comunicación existentes y los procedimientos (3.25) que regulan su funcionamiento;
- fomentar el uso de los canales de comunicación entre los miembros de la organización (3.17⁵⁸).

2.5 Régimen Disciplinario y Verificación Periódica

Se debe comprobar que existe indicación en el programa del procedimiento establecido para la imposición de sanciones⁵⁹ por incumplimiento de cualquiera de los criterios de actuación contenidos en el código ético y de conducta, o en el propio programa (NIETO MARTÍN, 2015b, p. 150), en su caso⁶⁰, por ejemplo, por

⁵⁸ Vid. asimismo, el punto 5.1.2 de la UNE 19601.

⁵⁹ Este requisito también se relaciona con el contenido de la condición segunda del art. 31 bis 2).

⁶⁰ Vid. Auto JCI 2/06/2022. En el mismo sentido, vid. la UNE 19601.- 5.1.3. Alta dirección. Apartado d) Relativo a hacer cumplir, tanto interna como externamente, la política de *compliance* penal (3.24)//5.2. Política de *compliance* penal Apartado k) Relativo a exponer las consecuencias de no cumplir con los requisitos de la política de *compliance* penal (3.24) y del sistema de gestión de *compliance* penal (3.31)//7.3.2.1. Diligencia debida común a todos los miembros de la organización Apartado d) Relativo a la adopción de acciones disciplinarias proporcionales.

Por su parte, la Circular 1/2016 señala “la obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto” (pág. 45).

omisión de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (–requisito 4º del art. 31 bis 5–) (FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, 2023, p. 84).

Asimismo, deberá documentarse en el programa la necesidad de verificación periódica⁶¹, aunque con respecto a este indicador, como señala la Circular 1/2016, “el texto no establece plazo ni procedimiento alguno de revisión” (vid. p. 45).

La actividad sancionadora sobre los incumplimientos habrá de adecuarse a lo establecido en el correspondiente convenio colectivo regulador, en el Estatuto de los Trabajadores y en el resto de la normativa, laboral o de otro tipo, que resulte de aplicación⁶².

Las sanciones que se impongan en aplicación del régimen disciplinario deberán graduarse en atención a su gravedad a fin de que merezcan el calificativo de proporcionadas, de tal forma que en ningún caso podrán imponerse las sanciones máximas ante cualquier supuesto incumplimiento. También las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas como indicador de eficacia del programa de cumplimiento.

La Fiscalía destaca que la adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento⁶³.

⁶¹ Sobre este aspecto del *compliance*, la UNE 19601 señala lo siguiente: “6.2.4 Revisión de la evaluación de riesgos penales. La evaluación del riesgo penal (3.29) debe revisarse: a) de manera regular, de modo que los cambios y la nueva información puedan ser adecuadamente considerados según la frecuencia definida por la organización (3.20); b) en caso de cambios significativos en la estructura o actividades de la organización (3.20); c) en caso de incumplimientos de *compliance* penal (3.5); d) en caso de que aparezca jurisprudencia o se produzcan cambios legislativos relevantes”.

⁶² Particularmente, el art. 58 del Estatuto de los trabajadores señala que:
 “1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.
 2. La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción social. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan.
 3. No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber”.

⁶³ Específicamente indica lo siguiente: “La obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto”.

La existencia de actividades de formación especificadas en el programa⁶⁴, preferentemente externalizadas, también puede ser un indicador de eficacia, y, en este sentido, la Circular 1/2016 remarca la trascendencia de las acciones de formación de directivos y empleados⁶⁵.

3 CONCLUSIONES

El art. 31 bis contiene una regulación profusa y confusa, más propia de un texto reglamentario que de un Código penal, donde se entremezcla la terminología de los elementos esenciales de un *compliance*, siendo un punto fundamental de confusión la común utilización del vocablo *requisitos* con relación a las condiciones de los modelos de organización y gestión (distintas según el hecho de conexión ante el que nos encontremos) y también con referencia a las exigencias mínimas de existencia del propio programa cumplimiento.

En este marco normativo, no encontramos escalas o parámetros sobre los que asignar valores a cada uno de los elementos del *compliance*, analizando su correcta implementación, razón por la cual existe mucho margen de discrecionalidad en la determinación de eficacia del programa, lo que abona la necesidad de protocolizar su valoración *en abstracto* para reducir el subjetivismo existente en la materia. Con ello avanzaremos en el objetivo final de conseguir prácticas estables que permitan a las personas jurídicas conjurar los riesgos de imputación en un proceso penal.

En consecuencia, nos encontramos con una página casi en blanco sobre cuáles deben ser los indicadores de idoneidad y eficacia de los programas de cumplimiento, que exige de la realización de estudios doctrinales integradores, avalados por la praxis jurisprudencial y por los contenidos de la Circular 1/2016 de la FGE, con el propósito de ofrecer una guía que oriente la actuación del Ministerio Fiscal y la del órgano judicial en la decisión de mantener a la persona jurídica en el proceso o, en caso de que se haya comprobado rigurosamente que la misma dispone de un programa de cumplimiento que pueda considerarse idóneo y eficaz en los términos de exigencia que hemos ido reflejando en este trabajo, acordar el archivo o sobreseimiento, evitando con ello los daños asociados a su posible encausamiento, cuando el mismo no resulte necesario ni oportuno, eliminado con ello, y muy especialmente, los daños reputacionales de la entidad.

⁶⁴ Auto JCI de 2 de junio de 2022, Auto JCI 35/2023, fundamento jurídico segundo; o el Auto JCI 36/2023, fundamento jurídico séptimo.

En este mismo sentido, vid. Ballesteros Sánchez (2022, p. 419).

⁶⁵ Expresamente señala la Circular “que lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano. Muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad” (p. 48).

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María. Derecho penal urbanístico, persona jurídica y *compliance*. En: **La Ley Compliance Penal**, Madrid, Ed. La Ley, n. 6, julio-septiembre 2021.

AGUILERA GORDILLO, Rafael. Los modelos de organización y gestión o “*compliance programs*”: requisitos del 31 bis 5 del código penal, la circular 1/2016 FGE y consideraciones para la implementación. En: **Manual de compliance penal en España: régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentación analítica de base estratégica: lógica predictiva y requisitos del “compliance program penal”**. Madrid / Pamplona: Aranzadi, 2018.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El diseño de programas de prevención de delitos para personas jurídicas. En: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, Ed. Universidad de Granada, núm. 22-20, p. 1-26, 2020.

BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. **Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021.

CARRATALÁ VALERA, Víctor Manuel. Las condiciones eximentes de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio a la luz del artículo 31 bis del Código Penal. En: EDICIÓN PREMIOS SUSANA HUERTA, 5, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2023. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=CZOc6Yuv2IY>>.

CASANOVAS YSLA, Alain. La norma UNE 19601 y los requisitos del código penal. En: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). **Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín**. Tomo II. Navarra, 2018.

DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía. En: **Revista General de Derecho Administrativo**, Madrid, Ed. Iustel, núm. 20, 2009.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. El órgano de *compliance* penal: algunas cuestiones. En: MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (Dir.). **Compliance y prevención de delitos de corrupción**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 29-42.

DEL MORAL GARCÍA, António. *Compliance* en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: presente y perspectivas. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Dir.); MADRID BOQUÍN, Christa María (Coord.). **Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 675-704.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio. Dos cuestiones relativas a los programas de cumplimiento penal: los criterios para medir su eficacia y el diseño de

los mapas de riesgos. En: FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio; MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (Dir.). **Criminal compliance programs y mapas de riesgos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. **Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (Compliance)**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2021.

GIMENO BEVIÁ, Jordi. Recensión a León Alapont, José (2023). Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del *compliance* penal corporativo. En: **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Bogotá (Colombia), Ed. Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, 3.^a época, n.º 30, p. 463-470, junio 2023.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos. En: **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, v. XXXIX, p. 593-654, 2019.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

GÓRRIZ ROYO, Elena M. *Criminal compliance* ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo. En: **InDret Penal**, Barcelona, Ed. Universitat Pompeu Fabra, n. 4, octubre, 2019.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena. Los *compliance programs* como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015. En: **Revista General de Derecho Penal**, Madrid, Ed. Iustel, n.º 24, 2015.

JIMÉNEZ CARBAYO, Víctor. La valoración de los delitos en un programa de *compliance*: el método Mosler como método de análisis y evaluación de riesgos penales. En: **Diario La Ley**, Madrid, Ed. La Ley, núm. 8973, de 5 de mayo de 2017.

LEÓN ALAPONT, José. **Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

LEÓN ALAPONT, José. *Criminal compliance*: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP. En: **Revista General de Derecho Penal** Madrid, Ed. Iustel, n.º 31, mayo, 2019.

LEÓN ALAPONT, José. La prevención de delitos ambientales en la era *compliance*: mapa de riesgos. En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.); LEÓN ALAPONT, José (Coord.). **Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

MAGRO SERVET, Vicente. Hacia la creación del registro de expertos en programas de *compliance*. En: **Diario La Ley**, Madrid, Ed. La Ley, n.º 9.362, 2019.

MAROTO RODRÍGUEZ, Zoe María. Los programas de cumplimiento como forma de exoneración o atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En: *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*, Toledo, Ed. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, n.º 30, junio 2022. Disponible en: <<http://gabilex.castillalamancha.es>>.

MALEM SEÑA, Jorge Francisco. Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción. En: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). **Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude**. Ciudad Real: Ed. Universidad de Castilla La Mancha, 2006. p. 411-422.

MILLER, Geoffrey Parsons. An economic analysis of effective compliance programs. En: ARLEN, Jennifer (Ed.). **Research handbook on corporate crime and financial misleading**. Massachusetts: Edward Elgar, 2018. p. 247-262.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Compliance*. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo. **Lecciones de derecho penal económico y de la empresa**. Barcelona: Atelier, 2020. p. 97-120.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas. En: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.); DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica; DE LA TORRE GARCÍA, Faustino (Coord.). **Derecho penal económico y teoría del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

NEIRA PENA, Ana María. La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal. En: *Política Criminal*, Santiago (Chile), Ed. Universidad de Talca, v. 11, n.º 22, p. 467-520, Diciembre 2016. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200005>>.

NIETO MARTÍN, Adán. Código ético, evaluación de riesgos y formación. En: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015b.

NIETO MARTÍN, Adán. Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo. En: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015a. p. 111-134.

NIETO MARTÍN, Adán. La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración. En: **Revista de**

Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadia, v. 1, abril 2023.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. En: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. En: **Política Criminal**, Santiago (Chile), Ed. Universidad de Talca, v. 3, n.º 5, 2008.

PALMA HERRERA, José Manuel. Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliances”. En: PALMA HERRERA, José Manuel; AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Compliance y responsabilidad corporativa**. Cizur Menor (Navarra) / Pamplona: Aranzadi, 2017.

PÉREZ FERRER, Fátima. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (*compliance*). En: **Revista de Derecho, Empresa y Sociedad** (R.E.D.S.), Madrid, Ed. Dykinson, núm. 13, p. 122-138, Julio-Diciembre 2018.

RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción. Cuestiones controvertidas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal y la eficacia de los programas de cumplimiento. En: **Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales: Nueva Época**, Madrid, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, v. 22, p. 233-246, 2019.

RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción. Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso. En: **Anuario Jurídico y Económico Escurialense**, Madrid, Ed. Real Centro Universitario Escorial – María Cristina, n.º LI, p. 197-222, 2018.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Liliana Ruth. Coso ERM y la gestión de riesgos. En: **Quipukamayok, Revista de la Facultad de Ciencias Contables**, Lima (Perú), Ed. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, v. 23, núm. 44, p. 43-50, 2015.

VILLEGAS GARCÍA, María de los Ángeles; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. Hacia una guía de valoración de los programas de “compliance” para el proceso penal. En: **La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario**, Madrid, Ed. La Ley, n. 142, 2020.

VILLANUEVA FERNÁNDEZ, Marta. La certificación y la gestión de riesgos. En: **Economía Industrial**, Madrid, Ed. Ministerio de Industria, Energía y Turismo, núm. 396, p. 73-80, 2015.

Submissão em: 9 de setembro de 2024

Último Parecer favorável em: 21 de dezembro de 2024

Como citar este artigo científico

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Estándares de eficacia de los programas de cumplimiento: análisis integrado de condiciones y requisitos (artículo 31 bis C.P.). In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 1, p. 14-42, jan.-abr. 2025.

APORTES TEÓRICOS Y NORMATIVOS PARA UNA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR: UNA NUEVA TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO

FERNANDO E. SHINA¹

1 LA ACTUAL TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO ES UN FIASCO

Para empezar sin vueltas, y así justificar el contundente título que elegimos para este tópico, vamos a ir directamente al valioso hallazgo que los científicos Daniel Kahneman y Amos Tversky (2018) le dejaron a las ciencias sociales: los errores de sesgo.

Esta teoría, que básicamente señala la existencia de errores sistemáticos, cometidos sin vicios externos de la voluntad del sujeto, revolucionó para siempre la marcha de las ciencias sociales. Sus creadores, que fueron los primeros en sorprenderse de los resultados de las investigaciones cuentan lo mucho que ellas tardaron en ser aceptadas por el resto de la comunidad científica:

El uso de demostraciones proporcionó a especialistas de varias disciplinas –especialmente filósofos y economistas– una oportunidad única de observar posibles fallos en su propio pensamiento. Viendo cómo ellos mismos fallaban, era más probable que cuestionaran el supuesto dogmático, entonces predominante, de que la mente humana es racional y lógica (KAHNEMAN, 2018, p. 21).

Estas comprobaciones, que ya tienen medio siglo de vigencia, fueron finalmente aceptadas por las ciencias sociales: “La idea de que nuestras mentes son susceptibles de incurrir en errores sistemáticos es ahora generalmente

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Católica Argentina. Docente Investigador en Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires. *E-mail*: fernandoshina@gmail.com

aceptada. Nuestra investigación sobre los juicios halló en las ciencias sociales mucha más repercusión de lo que creíamos posible cuando trabajábamos en ella.” (KAHNEMAN, 2018, p. 22).

La comprobación de la existencia de *errores sistemáticos*, que nuestra mente engendra desde que nacemos, hace añicos una teoría clásica aferrada a la idea de que la voluntad solo puede estar viciada por el error, el dolo o la violencia. Dicho de otra forma más directa: para el derecho los sesgos cognitivos no existen o su existencia no tiene relevancia. “Lo expresado no significa negar la existencia de esos condicionamientos que, por cierto, conformar una lista muy extensa y variada, sino simplemente destacar que los mismos carecen de potencia para anular sin más la libertad humana”, dice Chamatropulos, (2024, p. 728) confundiendo nuevamente el comportamiento sesgado con la libertad humana.

Por eso sostenemos el título elegido y repetimos: ¡La teoría general del acto jurídico es un fiasco! Hace más de cincuenta años que sus principios debieron adaptarse a los nuevos conocimientos científicos sobre comportamiento humano.

2 ¿QUÉ SON LOS ERRORES DE SESGO?

Vamos a intentar una sencilla definición que resulte útil para entender los temas que queremos poner en el tapete. En ese orden de ideas, entendemos por errores de sesgo a la tendencia (sistemática), que tienen TODOS los seres humanos, de tomar decisiones concretas y evaluar contextos abstractos prescindiendo de datos racionales y objetivos.

La condición sistemática que tienen los errores de sesgo, significa que ellos se repiten con tal consistencia que resultan previsibles. El error sistemático y previsible, relacionado con los sesgos cognitivos, nos convierte en dóciles víctimas de cualquier clase de manipulaciones. Para que se entienda bien, el dueño de una no tiene necesidad de engañarnos valiéndose de costosas publicidades; le alcanza con poner un cartel que diga ULTIMOS DISPONIBLES, para que automáticamente nuestra conciencia quiera tener ese producto escaso, pagando un precio que jamás pagaríamos por el mismo producto rodeado de otros iguales que no estuvieran amenazados por el cartel que anuncia su escasez. Esto errores, que se manifiestan en, por ejemplo, desear ardientemente el producto que se está acabando, son los errores de sesgo (sistemáticos – previsibles) a los que aluden los científicos. Ariely, entre otros, señala que “[...] esos comportamientos irracionales nuestros ni son aleatorios ni carecen de sentido. Antes bien, resultan ser sistemáticos y, en la medida que los repetimos, una y otra vez, previsibles.” (ARIELY, 2009, p. 18).

La falta de objetividad racional convierte a los sesgos cognitivos en DESVIACIONES de la lógica, de la probabilidad estadística y del razonamiento.

Esto equivale a decir que cuando toca decidir sobre una situación concreta, o evaluar un escenario hipotético, el discernimiento es los elementos que menos nos acompaña. El motor de la gran mayoría de las acciones que realizamos es el impulso sesgado y urgente de la intuición espontánea y no el razonamiento discernido. La previsibilidad del error sistémico es el territorio más fértil para la proliferación de todo tipo de manipulaciones; es además, un terreno al que los sistemas legales no pueden o no quieren llegar o, quizás, no saben cómo hacerlo.

Daniel Kahneman, con su habitual genialidad para explicar en forma simple las ideas más complejas, nos muestra cómo pensamos, cómo decidimos, cómo actuamos y, finalmente, cómo somos:

El estado normal de nuestra mente es que tengamos sensaciones y opiniones intuitivas sobre casi todas las cosas que se nos ponen delante. Nos gustan o disgustan personas mucho antes de saber nada sobre ellas; confiamos o desconfiamos de extraños sin saber por qué; sentimos que una empresa tendrá éxito sin analizarla. Las digamos o no, a menudo tenemos respuestas a preguntas que no acabamos de entender basadas en supuestas evidencias que no podemos ni explicar ni defender (KAHNEMAN, 2018, p. 132).

Como tan bien explica John Bargh, nos percibimos como seres puramente racionales, pero hay toneladas de evidencias científicas que muestran que la voluntad está más relacionada con determinados estímulos inconscientes que con el discernimiento, “Todos sentimos la experiencia subjetiva de la voluntad –dice Bargh– pero esta sensación no es evidencia válida que demuestre que nos hemos comportado de cierta manera por propia voluntad.” (BARGH, 2018, p. 13). Nos sentimos libres porque cada vez que hacemos algo percibimos en nosotros una embriagadora sensación de libertad; sin embargo, eso no significa que hayamos hecho ese ‘algo’ porque seamos libres. Nos sentimos libres porque nuestra mente consciente “[...] da sentido y explicación a posteriori a nuestras conductas generadas inconscientemente, creando una narrativa positiva y plausible sobre lo que hemos hecho y porque lo hemos hecho.” (BARGH, 2018, p. 14).

Para ser francos, pocas cosas son más fáciles que inducirnos a hacer algo que hacemos sin siquiera darnos cuenta que lo estamos haciendo. “Nos parecemos a los pacientes de Lhermitte² mucho más de lo que pensamos o queremos admitir. Nuestros impulsos ocultos modelan en gran forma nuestra conducta en el presente”, concluye Bargh (2018, p. 245).

En sumario: ¡no somos ni la décima parte de lo racionales que el derecho supone!

² François Lhermitte, neurólogo, París (1921–1998). Sus investigaciones más importantes se centraron en la neuropsicología y la neurología clínica. Una de sus contribuciones más destacadas fue la descripción del trastorno conocido como “conducta de utilización”. Este fenómeno se observa en pacientes con lesiones en los lóbulos frontales, quienes muestran una tendencia a utilizar objetos de su entorno de manera automática y sin una intención consciente.

3 LA OBSTINACIÓN DE UNA TEORÍA ANACRÓNICA

En la concepción clásica, como tantas veces lo hemos señalado, el acto jurídico aparece como una noción conceptual que vincula la entidad jurídica de un acto a la voluntad autónoma de un sujeto. Para decirlo en forma más clara, para el derecho no hay acto jurídico sin un sujeto que lo actúe voluntariamente (art. 259 del CCyC).

La voluntad, que es la noción determinante para que un acto pueda engendrar, extinguir o modificar situaciones jurídicas, está, a su vez, subordinada por la existencia simultánea de tres requisitos inseparables: el discernimiento, la intención y la libertad (art. 260 del CCyC).

La ausencia de una sola de estas tres condiciones determina que el acto sea involuntario y, por consiguiente, incapaz de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para cerrar esta teoría, tan rudimentaria y poco científica, el art. 261 del CCyC dispone que todos los actos humanos son realizados con pleno discernimiento a menos que la persona haya actuado privada de la razón. Dicho en otras palabras: el Derecho considera que, salvo un raptó de locura, la conducta humana es puramente racional.

Conforme lo señalado, para nuestra ciencia jurídica hay dos tipos de actos humanos: los voluntarios, que producen los efectos jurídicos mencionados y aquellos que por carecer de discernimiento son involuntarios y, por lo tanto, inhábiles para producirlos.

Esta concepción binaria, que quizás tuvo algún sentido a fines del siglo 19, es hoy un verdadero naufragio teórico. Se asume que el discernimiento es un atributo disponible en forma espontánea, automática y continua, por el solo hecho de tener conciencia.

Se insiste en la creencia, que a estas alturas es una superstición, de que el discernimiento es una condición natural de la especie humana, pasando por alto lo que las neurociencias saben de memoria desde hace más de medio siglo: la mayoría de los actos humanos son realizados sin que la intervención del discernimiento consciente sea relevante.

Este error teórico está tan arraigado que se ha llegado a sostener que el art. 261 del CCyC constituye una *presunción legal discernimiento*. Así, en una de las tantas obras que dirige Lorenzetti se postula que,

Al enumerar los supuestos en los que falta el discernimiento, el presente artículo considerada la existencia de una presunción de voluntariedad en el actuar humano. Por lo tanto, la voluntariedad constituye la regla general, y un hecho humano se presume efecto de una causa inteligente y libre, y por lo tanto, imputable al agente, en tanto y en cuanto no se acredite su involuntariedad [...] todo hombre dotado de conciencia y razón se presume sabedor de lo que hace (FABIANO, 2020, p. 434).

Pues bien; la *verdadera* ciencia dice exactamente lo contrario. Es inaceptable sostener una presunción de discernimiento cuando se sabe que ese elemento es escaso y poco relevante a la hora de actuar. Hay toneladas de experimentos que indican, sin margen de error, que las decisiones irracionales y carentes de toda lógica, son el *abc* de nuestra conducta. No es necesario padecer una alteración emocional grave para que cometamos errores de sesgo (KAHNEMAN, 2018, p. 20).

Todo nuestro Derecho Privado, se ha organizado –erróneamente– a partir de la concepción de un sujeto racional que no existe. La presunción legal de que actuamos racionalmente es uno de los errores más grandes de nuestra Ciencia Jurídica (ver, entre otros trabajos, SHINA, 2021a; SHINA, 2021b).

Conclusión: ¡no hace falta estar rematadamente loco para actuar sin discernimiento!

4 LUCES Y SOMBRAS DEL PENSAMIENTO SESGADO

En los párrafos anteriores hemos definido a los sesgos cognitivos como desviaciones de la lógica, de la probabilidad estadística, y del razonamiento. Son ‘atajos del pensamiento’ que tomamos, automáticamente, cuando tenemos escasa información o cuando su complejidad nos excede.

El sesgo, cuya existencia es omnipresente, es un defecto que afecta el procesamiento mental de la información. Por ese motivo, la mayor información que adquirimos no necesariamente mejora nuestras decisiones, siendo más factible que muchas veces las empeora. Es que, como ya dijimos, la falla no está en la cantidad de información, sino en su procesamiento. Como dicen, entre otros, John Bargh (2018, p. 244): “El primado y las influencias externas sobre nuestra conducta pueden activar la conducta guiada en una parte del cerebro con independencia de la intención de realizar esa conducta, que está localizada en otra zona muy distinta al cerebro.”.

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, los sesgos cognitivos tienen aspectos muy positivos. En primer lugar, ellos nos permiten tomar decisiones rápidas procesando, casi instantáneamente, la confusa información que recibimos del exterior. En situaciones de peligro o urgencia, donde se requiere tomar decisiones muy difíciles a toda velocidad, los sesgos han demostrado ser sumamente eficientes, como si fueran el aliado ideal del instinto de supervivencia que siempre nos acompaña.

Veamos un ejemplo: es altamente probable que si en el curso de un paseo por el bosque vemos una serpiente, aun sin saber si se trata de la legendaria Cobra, de una temible Mamba Negra o de una inofensiva Pitón Real, tomemos la decisión sesgada, prejuiciosa, discriminatoria de no acariciar a ese reptil y salir rajando en la dirección opuesta. Esta actitud, a pesar de parecer un

poco cobarde y prejuiciosa, es fundamental para la supervivencia de la especie humana. La única manera de actuar velozmente en escenarios repentinos es tomando decisiones basadas en ese procesamiento sesgado que tenemos disponible las 24 horas del día los 365 días del año.

El investigador argentino Mariano Sigman, explica muy claramente cómo funciona nuestro *pensamiento intuitivo* (no es una contradicción), señalando que cuando el problema a resolver presenta pocas dimensiones es conveniente pensar bien cada una de sus aristas. Por ejemplo, analizar el precio de un producto y relacionarlo con su durabilidad puede ser un ejercicio intelectual valioso, recomendable y sencillo. No es recomendable, por ejemplo, *intuir* la duración de un filtro de aceite. Las situaciones de menor dificultad cognitiva pueden resolverse leyendo con un poco de atención cualquier manual de instrucción o, incluso, mirando cualquier video instructivo que aparezca *online*.

Sin embargo, la cuestión se hace más vidriosa cuando el asunto tiene varias dimensiones que exigen atención diferenciada. Por ejemplo, no es tan fácil hacer comparaciones útiles entre los créditos hipotecarios de distintos bancos; en este caso, juegan múltiples variables, como el plazo, el monto exigido como pago inicial, las comisiones, el precio de los seguros, la amortización de los intereses, las penalidades por retiro anticipado, las multas por moras imprevistas, los sistemas de capitalización, etc., etc., etc. En estos casos más complejos, que no son tan infrecuentes, la decisión correcta no depende de la cantidad de información que nos provean, sino de la imposibilidad cognitiva que tenemos para procesarla.

Frente a estas situaciones más dificultosas es mejor, como dice Sigman, intuir lo que más nos conviene antes que intentar razonar lo que nos excede. Al analizar los resultados de un experimento que consistía en ir agregando cada vez más complejidades se llegó a la conclusión de que cuando

[...] tomamos una decisión que se resuelve ponderando un pequeño número de elementos, elegimos mejor si nos tomamos tiempo para pensar. En cambio, cuando el problema es más complejo, en general decidimos mejor al seguir una corazonada que si meditamos largamente [...] cuando hay más variables en juego que las que la conciencia puede manipular al unísono, las decisiones inconscientes, rápidas e intuitivas, aun cuando sean solo aproximadas, resultan más eficientes (SIGMAN, 2020, p. 80).

Así de increíble es nuestro cerebro.

No estamos aconsejando tomar decisiones sesgadas. Pero sí queremos resaltar que muchas veces es inevitable hacerlo, y que otras veces (más de las que creemos) es mejor actuar intuitivamente que bajo el influjo de toneladas de información que no podemos procesar. La información abundante suele traer más ruido y menos luz al problema que debemos superar.

5 SESGOS COGNITIVOS O ACTOS INVOLUNTARIOS

Vamos a analizar otra cuestión que nos parece importante. Los sesgos cognitivos que afectan el discernimiento, no necesariamente eliminan la voluntad. Los sesgos pueden influir en cómo percibimos y juzgamos situaciones, lo que puede llevar a que se tomen decisiones racionales o ilógicas. Sin embargo, esto no significa que los comportamientos sesgados sean involuntarios.

Pensamos que es erróneo tratar a los sesgos cognitivos como si fueran alguno de los vicios de la voluntad regulados en los arts. 265 a 278. Los sesgos cognitivos afectan el discernimiento porque influyen en las estimaciones y evaluaciones racionales que realizamos antes de concretar un acto, pero ello no implica que las acciones resultantes hayan sido realizadas cuando el sujeto estaba privado de la razón, o inducidas por un error, o provocadas por un engaño. Son acciones simultáneamente voluntarias y sesgadas.

Veamos un ejemplo: una persona puede buscar activamente información que respalde sus creencias existentes. Aunque el llamado sesgo de confirmación actúa afectando el razonamiento del sujeto, la acción de buscar y seleccionar información específica es un comportamiento voluntario que no permite vislumbrar la existencia de errores, engaños, o violencias que fueren al sujeto. Cuántas veces decidimos leer lo que confirma nuestras creencias y omitir la documentación que las niega? Esa tendencia a NO leer o NO entender o NO ver, lo que NO queremos saber es un sesgo cognitivo que afecta nuestro discernimiento pero NO puede decirse que esa conducta, sesgada, sea involuntaria. ¿Acaso no dice el refrán que no hay pero ciego que el no quiere ver? De eso se trata: somos ciegos, sordos y mudos frente a la información que no queremos recibir

Otro ejemplo de cómo los sesgos pueden distorsionar nuestra capacidad racional, sin viciar nuestra voluntad, se da cuando tenemos que estimar distancias sin estimar condiciones de visibilidad. Veamos: si un objeto se encuentra a una distancia de 100 metros contados desde donde estamos parados, estimaremos esa distancia sesgados por la calidad y cantidad de luz que haya. Si las condiciones de visibilidad son óptimas, es muy probable que consideremos que el objeto se encuentra a menos de cien metros y, por el contrario, en un día neblinoso, es casi seguro que pensemos que el objeto se encuentra más alejado. La distancia es siempre la misma y nadie nos quiere engañar ni sacar provecho de nuestra decisión que aun siendo voluntaria está inevitablemente sesgada por la cantidad y calidad de la luz.

Este ejemplo irrefutable de cómo la existencia de claridad afecta la evaluación de una distancia fue presentado, cuando no, por estos dos geniales científicos que fueron Kahneman y Tversky en su artículo *El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos*, que ya citamos antes:

Concretamente, las distancias son a menudo sobreestimadas cuando la visibilidad es pobre debido a que los contornos de los objetos aparecen

borrosos. Asimismo, las distancias son subestimadas cuando la visibilidad es buena debido a que los objetos aparecen más nítidos. De ese modo, la confianza en la claridad como indicadora de la distancia crea sesgos que son comunes. Tales sesgos se encuentran también en el juicio intuitivo de probabilidad (KAHNEMAN; TVERSKY, 2018, p. 545).

Vamos a proponer un tercer ejemplo, más pobre intelectualmente pero quizás más útil para comprender la problemática de los sesgos cognitivos y su vinculación particular con el derecho del consumidor.

Supongamos que estamos en una tienda y vemos una camisa que nos gusta a U\$ 100. Luego comprobamos que la prenda está en nuestro talle y en el color que preferimos y que el perchero está lleno de esas camisas. En una palabra: hay abundancia de nuestra camisa favorita. En este escenario, es bastante probable que juzguemos el precio de U\$ 100 muy elevado para un simple camisa que simplemente te gusta. Ahora supongamos que vemos la misma camisa en la misma tienda, pero ahora está colgada en un perchero desolado que se anuncia como LIQUIDACIÓN DE TEMPORADA. En este nuevo contexto, es casi seguro que los U\$ 100 dólares que vale la única camisa que cuelga del perchero, sea conveniente e incluso muy barata. Es la misma camisa y es el mismo precio; pero algo ha cambiado: ya no hay contexto de abundancia, sino de escasez. La escasez, como veremos en seguida, es uno de los sesgos cognitivos más poderosos a la hora de explicar la conducta: siempre, en todo momento y en todo lugar tendemos a pagar más caros los bienes que escasean.

Los investigadores Sendhil Mullainathan (1973, Profesor de Harvard University) y Eldar Shafir (1959, Profesor de Princeton University) realizaron una completa investigación de cómo la sensación de escasez domina nuestro comportamiento.

La escasez, como dicen estos magníficos investigadores, coloniza nuestra mente, nos atrapa, domina nuestros comportamientos:

La escasez captura la mente. Así como los sujetos hambrientos pensaban en comida, cuando padecemos cualquier clase de escasez, ésta nos absorbe. La mente se enfoca automática y poderosamente hacia las necesidades insatisfechas. Para el hambriento, la necesidad es la comida. Para quien está muy ocupado, puede ser un proyecto que debe terminar. Para quien carece de efectivo, puede ser el siguiente pago de la renta; para el solitario, la falta de compañía. La escasez es más que sólo el disgusto por tener muy poco. Cambia la forma de pensar. Se impone en la mente (MULLAINATHAN; SHAFIR, 2016, p. 18).

La reflexión que explica el resultado de cientos de experimentos de campo es magistral. Solo nos atrevemos a agregar que, para quien busca una prenda en una tienda, un lujoso perchero lleno de escasez será suficiente para que decidamos, *libremente*, pagar un precio irracional por una simple camisa blanca, de mangas cortas y talle M.

En sumario: no hace falta rebajar el precio de una camisa cara para venderla; alcanza con vaciar el perchero y automáticamente su precio será accesible para nuestra mente colonizada por la escasez.

Conclusión: ¡pocas cosas resultan más sencillas que manipular nuestro comportamiento!

6 EL TRATAMIENTO LEGAL QUE EL SISTEMA LEGAL DEBE DARLE A LOS SESGOS COGNITIVOS

Como corolario del dicho al terminar el tópico anterior, estimamos pertinente formular las siguientes preguntas:

- a) ¿en el actual sistema legal sería posible probar la acción dolosa del gerente de la tienda que ordenó vaciar el perchero?;
- b) ¿es posible sostener que el comprador de la camisa fue engañado?;
- c) ¿sería posible obtener una sentencia que ordene la indemnización del comprador por haber sido inducido a cometer un error esencial?;
- d) ¿alguien podría demostrar que existió violencia intimidatoria para forzar la compra?

No andemos con tantas vueltas; cualquier abogado sabe que en el sistema legal vigente no es posible brindar protección adecuada a este tipo de manipulaciones que, sin embargo, son las más habituales.

Los sesgos cognitivos se alimentan, paradójicamente, de nuestra voluntariosa voluntad que vive embargada por un DESEO incontrolable y un OPTIMISMO imprudente. Quien intente enfriar los dos motores más poderosos de la vida, usando para ello el analgésico de las informaciones claras, detalladas y racionales, cometerá al menos uno de los dos peores pecados que se le pueden achacar a un investigador: la ingenuidad o el cinismo.

Si se toma la decisión, de política legislativa, de tratar a los sesgos cognitivos como vicios de la voluntad, pensamos que se les debe dar un tratamiento autónomo, evitando que se los asimile al error, el dolo o la violencia.

Los sesgos cognitivos, aun teniendo algunas semejanzas con esos vicios, constituyen una noción distinta que no debe confundirse en su tratamiento legal. Hay, como hemos visto, infinitos ejemplos de conductas sesgadas que no son inducidas por errores, ni provocadas por engaños ni, mucho menos, forzadas por violencias.

7 ELABORACIÓN NORMATIVA DE LA NUEVA TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO

(i) Presentación. Como hemos dicho en reiteradas oportunidades, nuestra intención no se agota en formular una crítica a las teorías vigentes, sino que proponemos alternativas legales que pensamos serían posibles de implementar en una eventual reforma legislativa del Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor.

En este último tópico, vamos a presentar una serie de artículos que podrían ser incluidos en el Libro Primero, Título IV, Capítulo 5, Sección 8, del Código Civil y Comercial. Algunas de las normas propuestas podrían repetirse en la Ley de Defensa del Consumidor (24.240).

(ii) Definición y características de los sesgos cognitivos. Se propone la creación de un artículo que defina a los sesgos cognitivos, señalándose en la misma norma sus características

Artículo 260 - 1.

Los sesgos cognitivos constituyen patrones de pensamiento o percepción que, de manera inconsciente, influyen en la comprensión y en la toma de decisiones de los sujetos, afectando su razonamiento autónomo.

Los sesgos cognitivos se manifiestan como errores sistemáticos en el procesamiento de la información, que pueden derivar de heurísticas o atajos mentales utilizados para simplificar la adquisición de conocimientos.

Los sesgos cognitivos actúan en la formación de creencias, juicios y decisiones, pudiendo conducir a apreciaciones erróneas o a la falta de objetividad en el juicio.

A los efectos de este Código, se entiende por sesgos cognitivos a las distorsiones sistemáticas del juicio que se apartan de la lógica, la objetividad o la racionalidad normativa.

(iii) Explotación de los sesgos cognitivos. El nuevo esquema normativo debería contemplar una norma que describa, de la manera más precisa y clara posible, en qué consiste la conducta ilícita, denominada *explotación de los sesgos cognitivos*, que será prohibida y sancionada.

Artículo 260 - 2

Se considera explotación abusiva de los sesgos cognitivos a toda acción tendiente a influir deliberadamente en el proceso de toma de decisiones de una persona mediante el uso estratégico de técnicas psicológicas o comunicacionales que aprovechen las distorsiones sistemáticas del juicio humano con la finalidad de obtener un beneficio propio.

La explotación de sesgos cognitivos incluye, pero no se limita, a las siguientes prácticas.

La utilización de conocimientos de psicología cognitiva para influir en la percepción, el juicio o la conducta de una persona sin su conocimiento o consentimiento explícito.

La búsqueda de obtener un beneficio económico de cualquier índole, en

detrimiento de los intereses legítimos de la persona afectada. La explotación puede manifestarse en diversas formas incluyendo, pero no limitándose, el uso de publicidades engañosas y/o técnicas de venta coercitivas y/o manipulación mediática.

(iv) Efectos de la Manipulación de Sesgos Cognitivos. Nulidad. Estimamos necesario que se contemplen las consecuencias derivadas de la explotación de los sesgos cognitivos.

Artículo 260 - 3.

Los actos sesgados pueden ser objeto de nulidad. La nulidad de un acto sesgado podrá ser declarada a solicitud de la parte afectada, quien deberá demostrar fehacientemente la existencia de una explotación indebida de los sesgos cognitivos, conforme lo parámetros señalados en el art. 260-2. La declaración de nulidad del acto jurídico por manipulación de sesgos cognitivos requerirá que la influencia ejercida haya sido de tal magnitud que privara al sujeto de su capacidad decisoria.

(v) Prohibición - Sanciones – Daños y Perjuicios - Daños punitivos. La eventual reforma que proponemos incluye una norma que describe las sanciones específicas que deberán aplicarse cuando se verifique la situación abusiva descrita.

Artículo 260 - 4.

Queda prohibida la explotación de sesgos cognitivos en todas sus formas. Las prácticas que constituyan explotación de sesgos cognitivos serán sancionadas conforme a la ley, pudiendo incluir indemnizaciones por daños y perjuicios, y la declaración de nulidad de los actos jurídicos que se deriven de dicha explotación. Cuando la explotación de los sesgos cognitivos tuviera lugar en el marco de una relación de consumo podrá aplicarse el art. 52 bis de la Ley 24.240, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor.

Este artículo debería incluirse, repetido, en la sección de la LDC que regula los Daños Punitivos.

(vi) Prueba. La cuestión probatoria es fundamental para tratar esta novedad. Es por eso que se propone la inclusión de una norma específica que se ocupe de esta cuestión

Artículo 260 - 5.

La carga de probar la existencia de una manipulación de los sesgos cognitivos recae sobre quien alega haber sido víctima de tal acto. El sujeto que invoca la manipulación de sus sesgos cognitivos deberá demostrar:
a) La existencia de una acción o conducta que haya tenido por objeto o

resultado la influencia indebida sobre su proceso de toma de decisiones.

b) La relación causal entre dicha acción o conducta y la decisión o juicio afectado por los sesgos cognitivos.

c) La demostración de la manipulación de sesgos cognitivos podrá realizarse mediante cualquier medio de prueba.

Una mención y/o remisión a esta norma debería ser incluida en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1, Sección 3 del Código Civil y Comercial.

(vii) Factor atributivo de responsabilidad. No tenemos dudas de que en el caso de la explotación de sesgos cognitivos, quien alegue haber sido víctima de esa manipulación debe cargar con la prueba.

Artículo 260 - 6.

La responsabilidad derivada de la explotación de los sesgos cognitivos será subjetiva. Se aplicará lo establecido en el art. 1724 del CCyC.

8 CONCLUSIONES NO TERMINATIVAS

1) Es necesario repensar la teoría general del acto jurídico siguiendo los hallazgos que, hace más de cincuenta años, nos legaron científicos de la talla de Daniel Kahneman y Amos Tversky.

2) No deben confundirse, ni pueden tratarse legalmente de la misma forma, los vicios de la voluntad y los sesgos cognitivos.

3) El sistema legal debe prohibir y sancionar expresamente la deliberada explotación de los sesgos cognitivos.

4) Es factible la protección legal de los sesgos cognitivos mediante la creación de normas específicas.

REFERENCIAS

ARIELY, Dan. **Las trampas del deseo**. Traducción de Francisco J. Ramos. Barcelona: Ariel, 2009.

BARGH, John. **¿Por qué hacemos lo que hacemos?** Traducción de Sonia Tapia. Barcelona: B, 2018.

CHAMATROPULOS, Demetrio A. **El deber de información frente a las decisiones no racionales del consumidor**. Buenos Aires: La Ley, 2024.

FABIANO, Adilio Gustavo. En: LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir. Gral.). **Código**

civil y comercial explicado: título preliminar. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2020.

KAHNEMAN, Daniel. **Pensar rápido, pensar despacio.** Traducción de Joaquín Chamorro Mielke. Buenos Aires: Debate, 2018.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos. En: KAHNEMAN, Daniel. **Pensar rápido, pensar despacio.** Traducción de Joaquín Chamorro Mielke. Buenos Aires: Debate, 2018.

MULLAINATHAN, Sendhil; SHAFIR, Eldar. **Escasez:** por que tener muy poco significa tanto. Traducción de Roberto R. Reyes-Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

SHINA, Fernando E. **Las neurociencias en la actuación profesional.** T. 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2021a.

SHINA, Fernando E. **Las neurociencias en la actuación profesional.** T. 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2021b.

SIGMAN, Mariano. **La vida secreta de la mente.** Buenos Aires: Debate, 2020.

Submissão em: 23 de setembro de 2024

Último Parecer favorável em: 21 de dezembro de 2024

Como citar este artigo científico

SHINA, Fernando E. Aportes teóricos y normativos para una reforma del Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor: una nueva teoría general del acto jurídico. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 1, p. 43-55, jan.-abr. 2025.

LA DIGNIDAD DE LA VIDA HASTA EL ÚLTIMO INSTANTE: LA JUSTICIA DE NO PERMITIR LA EUTANASIA

FRANCO ANDRÉS MELCHIORI¹

RESUMEN

La dignidad humana es el fundamento del reconocimiento de sus derechos. Esa dignidad, propia del ser, se extiende a los llamados Derechos Personalísimos, intrínsecamente unidos al ser del hombre. La dignidad de toda vida humana es una realidad que implica para el derecho un deber de protección y promoción. Es la vida y su dignidad lo que marca el camino a seguir, por ello se sostiene que no existe un “derecho a la muerte”, sino un “derecho a vivir dignamente hasta el último instante”. La dignidad de la vida es el fundamento que otorga al paciente el derecho de rechazar algunos tratamientos médicos aun ante la perspectiva de la muerte. Ese derecho no es absoluto, lo limita la misma dignidad de la vida, y la eutanasia es una práctica que excede dicho límite. Lo justo es, entonces, acompañar la vida procurando que sea digna hasta el último instante. Una vez que se pierde esa idea, de la dignidad absoluta de toda vida, y se la relativiza, se corre el peligro de caer en una pendiente resbaladiza que termine en una total disponibilidad de un bien tal preciado. Tanto la prohibición de la eutanasia como el principio de proporcionalidad (que permite distinguir las prácticas lícitas de las ilícitas) están recogidos en la legislación argentina. De la redacción de las normas podrían surgir dudas sobre el caso de la alimentación y la hidratación, pero estas no pueden ser retiradas, salvo cuando no cumplan su función o produzcan complicaciones en el estado del paciente.

Palabras clave: Dignidad humana - dignidad de la vida - muerte – eutanasia - alimentación e hidratación.

¹ Profesor Adjunto Diplomado en la Universidad Austral (Argentina). PhD in Law (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), y Master en Theology (Universidad de Navarra, Spain). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0495-25>. E-mail: fmelchiori@austral.edu.ar

THE DIGNITY OF LIFE UNTIL THE LAST MOMENT: THE JUSTICE OF NOT ALLOWING EUTHANASIA

ABSTRACT

Human dignity is the basis for the recognition of his rights. This dignity, proper to being, extends to the so-called Most Personal Rights (intrinsically linked to man's being). The dignity of all human life implies for the law a duty of protection and promotion. It is life and its dignity that mark the path to follow, which is why it is held that there is no "right to death", but rather a "right to live with dignity until the last moment". The dignity of life is the foundation that gives the patient the right to refuse certain medical treatments even in the face of the prospect of death. This right is not absolute, it is limited by the dignity of life itself, and euthanasia is a practice that exceeds this limit. The right thing to do, then, is to accompany life, making sure that it is dignified until the last moment. Once this idea of the absolute dignity of all life is lost and relativized, there is a danger of falling into a slippery slope that ends in the total disposal of such a precious good. Both the prohibition of euthanasia and the principle of proportionality (which makes it possible to distinguish between licit and illicit practices) are included in Argentine legislation. From the wording of the rules, doubts could arise in the case of nutrition and hydration, but these cannot be withdrawn, except when they do not fulfill their function or produce complications in the patient's condition.

Keywords: Dignidad humana - dignidad de la vida - muerte - eutanasia - alimentación e hidratación.

1 INTRODUCCIÓN

Como mencioné en el trabajo que es presupuesto del presente², abordar el asunto del final de la vida en su complejidad permite comprender la naturaleza del sujeto que es centro del derecho, sujeto cuya dignidad ontológica no admite grados –se es digno o no– y va unida a su misma existencia –basta con existir como tal para ser digno–. Y la existencia humana, verdad de Perogrullo, está unida, en esta tierra, a su vida. Por ello, se define a la muerte como "cesación o término de la vida".³ Lo determinante es aquello que concluye: la vida. Si la vida se transforma, entonces, en uno de los bienes más preciados del hombre, proteger la dignidad ontológica que existe en toda vida humana hasta su último instante es una tarea de todos, también de los operadores jurídicos.

² El presente trabajo es una actualización y extensión del trabajo de mi autoría publicado en la Revista Jurídica Austral (MELCHIORI, Franco A. Algunas cuestiones sobre el fin de la vida, la eutanasia y la alimentación e hidratación en pacientes en estado vegetativo. In: **Revista Jurídica Austral**, v. 5, n. 1, p. 313-350, 2024, disponible al 21 de noviembre de 2024, en: <<https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral/article/view/1310>>.

³ Esta es la definición que surge del *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española, 1992, s. v. Muerte). Es una muy extendida.

Frente a la dignidad de la vida, el momento en el que llega a término es especialmente relevante. Es comprensible que se busque que los últimos momentos de la vida de un ser humano sean transitados del modo más digno posible. Pero en esta búsqueda hay caminos que llevan a buen término y caminos que, aun sin quererlo, menosprecian el valor de toda vida humana. Uno de los caminos que considero erróneos es el de la eutanasia, sea activa, sea pasiva.

La eutanasia ha cobrado especial relevancia en los países latinoamericanos este año, tanto por la sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador del 5 de febrero del 2024⁴ como por el tratamiento que tuvo en el evento más importante del derecho civil argentino: las recientes XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁵.

La dignidad de la que se estuvo hablando y la necesidad de aclarar conceptos y objetivos me lleva a afirmar inexistencia de un “derecho a la muerte”, tanto en sí mismo –como derecho autónomo– como integrante del contenido esencial de otro derecho (apartado 2). Lo que sí existe es un derecho a vivir dignamente hasta el último instante (apartado 2).

En el mismo apartado, al final, se aborda breve y parcialmente la cuestión de la validez, la libertad y la actualidad del consentimiento. Es un asunto de difícil solución frente a cualquier decisión al respecto, pero que afecta especialmente la postura de quienes afirman que una persona puede solicitar que otro termine activamente con su vida, así como que una persona puede solicitar la omisión o el retiro de cualquier tratamiento médico sin el límite que impone el principio de proporcionalidad.

Luego se profundiza en el concepto de eutanasia, se dan ejemplos para facilitar su comprensión y se explicitan algunos argumentos que fundamentan la oposición a que un ordenamiento jurídico considere la eutanasia como una acción justa (apartado 3). Después de dicha explicación se habla brevemente sobre la llamada “pendiente resbaladiza” y se exponen un par de ejemplos paradigmáticos (apartado 4).

En el apartado siguiente (apartado 5) se interpretan las normas argentinas específicamente involucradas en la temática, tomando como centro el inciso e) del artículo 2.º de la ley 26529, conocida como Ley de los Derechos de los

⁴ Corte Constitucional de Ecuador, 5-2-2024, Sentencia 67-23-IN/24, ponente Enrique Herrera Bonnet, disponible al 21 de noviembre del 2024 en: <http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidlNzVjZThhMS1iMG MOLTQ0OWMtYmEyMy01MTdlYzVkYTY3NGQucGRmJ30=>>.

⁵ La importancia de este evento es mayor de la que puede parecer, pues convoca a los doctrinarios más autoritativos para realizar un trabajo académico de tal relevancia que luego es citado como doctrina por los tribunales. En concreto, el tema del final de la vida se trató en la Comisión 1, que versó sobre “El consentimiento informado para actos médicos” (ver en: <<https://www.austral.edu.ar/derecho/jndc/>>, disponible al 21 de noviembre de 2024). Los trabajos académicos presentados solo para esa Comisión 1 representaron más de 600 páginas (ver *ebook* en: <<https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/09/1-Parte-general-1.pdf?x50421&x50421>>) y las conclusiones 40, 41 y 42 fueron sobre el consentimiento informado en el fin de la vida, específicamente sobre el derecho a la vida digna hasta el último instante.

Pacientes (en adelante, LDP), que recoge la facultad del paciente de rechazar determinados procedimientos, y el artículo 11, que concreta dicha facultad del paciente en relación con las directivas médicas anticipadas.

Al final del trabajo se expone una síntesis a modo de conclusión, con una reflexión.

2 NO EXISTE EL “DERECHO A LA MUERTE DIGNA”, SINO A “VIVIR DIGNAMENTE HASTA EL ÚLTIMO INSTANTE”

2.A No Existe ni Puede Existir un Derecho a la Muerte

El título de este apartado no expresa una cuestión puramente teórica ni una controversia sobre el mejor modo de expresar en palabras la misma realidad. No se trata solamente de un modo de hablar, sino también de un modo de pensar la situación, humana y jurídicamente. Es importante centrarse en la vida y su dignidad, porque es lo que mantiene en su existencia al ser humano y es lo que el derecho valora, protege y promueve. Solo desde esa perspectiva podrán tomarse decisiones justas.

Cabe preguntarse entonces, ¿de qué se habla cuando se hace referencia a un “derecho a una muerte digna”? Según Montero (2001), quien fuera presidente del Instituto Europeo de Bioética, “es un eufemismo que se utiliza para designar el ‘derecho a que otro nos dé muerte’. Bajo el legítimo pretexto de rechazar el empeño terapéutico, la expresión estigmatizada avala el hecho positivo de matar a alguien”. A continuación, el mismo autor aclara, “es evidente que este caso no puede asimilarse al hecho de dejar que la muerte acontezca, sin poner en práctica medios inútiles y desproporcionados con el único fin de prolongar una vida abocada a la muerte” (p. 28-29).

Sí existe, por otro lado, un derecho “a *morir* con dignidad”. El proceso hacia la muerte biológica debe ser acompañado de tal forma que se le permita al paciente vivir con dignidad hasta el último instante. Sin embargo, ello está muy lejos de un “derecho a la muerte” que implique la posibilidad para el paciente de exigir que se le cause la muerte (por acción u omisión).⁶

⁶ Etienne Montero (2001) también hace referencia a esta importante diferencia y aclara: “A toda persona le asiste efectivamente el derecho a morir con dignidad. Nadie lo pone en duda. El derecho a una verdadera muerte digna conlleva una serie de prerrogativas: el derecho del enfermo a mantener un diálogo abierto y una relación de confianza con el equipo médico y su entorno; el derecho al respeto de su libertad de conciencia; el derecho a saber en todo momento la verdad sobre su estado; el derecho a no sufrir inútilmente y a beneficiarse de las técnicas médicas disponibles que le permitan aliviar su dolor; el derecho a decidir su propio destino y a aceptar o rechazar las intervenciones quirúrgicas a las que le quieran someter; el derecho a rechazar los remedios excepcionales o desproporcionados en fase terminal. Por el contrario, el presunto derecho a que el médico ‘ponga fin a su vida’ es de muy distinta naturaleza” (p. 29).

Esta postura fue expuesta por mí en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en la Universidad Austral en 2024. Durante el importante evento académico se discutió, entre otros, este asunto y las discusiones en el seno de la Comisión 1 permitieron llegar a la conclusión N.º 40, cuya base fue mi ponencia (MELCHIORI, 2024b):

Lege lata. En el ordenamiento jurídico argentino no existe propiamente un “derecho a la muerte” (entendido como derecho de un sujeto a solicitar que se le cause la muerte, por acción u omisión), sino un derecho a vivir dignamente hasta el último instante⁷.

Se dice que no existe un “derecho a la muerte digna” por diversas razones.⁸ En primer lugar, no hay consagración expresa de un derecho a la muerte. No existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que lo recepte, tampoco implícitamente. Incluso la mal llamada ley de “muerte digna”, modificatoria de la Ley de los Derechos del Paciente, nunca menciona ese concepto y, por el contrario, se centra en la dignidad del paciente y el cuidado de su vida hasta el último instante, poniendo especial énfasis en acciones no eutanásicas y en rechazar expresamente la eutanasia.

En segundo lugar, tampoco podría decirse que sea parte del contenido esencial de algún otro derecho sí reconocido de modo expreso o implícito. Es claro que no podría ser parte del contenido esencial del derecho a la vida, pues el objeto de protección del derecho no puede incluir la protección, a la vez, de su opuesto, de su ausencia o destrucción.

Tampoco podría afirmarse que existe un “derecho a la muerte” que forme parte del contenido esencial del derecho a la privacidad o a la autodeterminación de la propia vida (libertad en relación con cómo vivirla). El derecho a la privacidad y el derecho a la autodeterminación de la propia vida no confieren un derecho concreto a cada acto que la libertad humana, fácticamente hablando, permite ejercer. Implican esencialmente la no injerencia externa frente a la toma de decisiones; siempre, además, que tales decisiones “de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero” (art. 19 de la Constitución Nacional [CN]). Como dice Ollero Tassara (2001), “la gama de calificaciones que puede merecer una conducta es más amplia que la que marcaría un forzado dilema ‘o delito o derecho’”, y más adelante concluye: “No tenemos derecho, en sentido propio, a hacer todo lo no prohibido. Simplemente podremos hacerlo de hecho, sin que de ello deriven respuestas obligadas por parte del ordenamiento jurídico.” (OLLERO TASSARA, p. 50).⁹ El derecho a la autodeterminación y el

⁷ Las conclusiones de las Jornadas Nacionales se publicaron en un *ebook* en su página oficial (XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2024), pero el objetivo final es que sean publicadas en una obra con el sello de la editorial La Ley. Aquí se cita la el *ebook* publicado actualmente.

⁸ Muchos de los argumentos aquí esbozados han sido inspirados por el trabajo de Sapag (2010, p. 176-177).

⁹ Por su parte, Velasco Suárez (2021) explica claramente estas ideas afirmando que “no todo lo que no es delito está permitido” (hay prohibiciones en normas que no son de naturaleza penal) y

derecho a la privacidad, por sí mismos, no implican el derecho sobre un acto concreto, por lo que es falaz pretender transformar toda conducta privada en un derecho (SAPAG, 2010, p. 176-177).

Que el derecho a la autodeterminación no implica por sí mismo un derecho a la muerte lo han dicho diversos tribunales a lo largo del mundo. La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos¹⁰ y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires¹¹ son algunos ejemplos.¹² Los tribunales mencionados no consideran que tal derecho exista por diversos motivos, incluso otros operadores jurídicos que piensan en la misma línea aportan sus propios argumentos, pero no abundaremos más al respecto.¹³

“no todo lo permitido es un derecho” (p. 148). El contenido de esta segunda afirmación se podría sintetizar de la siguiente manera: lo que no está prohibido por ninguna norma (ni penal, ni administrativa, ni afecta derechos de terceros, etc.) está permitido (art. 19 de la CN); pero no todo lo no prohibido es un derecho, en el sentido de *lo suyo de cada uno*, que los demás deben y que el titular puede exigir. El autor afirma que una conducta contraria a la naturaleza humana no puede ser un derecho, aunque a veces pueda ser tolerada (VELASCO SUÁREZ, 2021, p. 148-150).

¹⁰ Ver los casos *Cruzan vs. Director, Missouri Department of Health* (497 U.S., 261 (1990)), *Washington v. Glucksberg* (521 U.S., 702 (1997)) y *Vacco v. Quill* (521 U.S., 793 (1997)). Ver el detenido análisis de los últimos dos que realiza Gorsuch (2006, p. 8-18) y un análisis desde una mirada especial que hace Zambrano (2005a, p. 185-211).

¹¹ Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, S., M. d. C. S/*Insania*, 9-2-2005, disponible en la página oficial <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=25576>. En este pronunciamiento, los jueces Pettigiani, Hitters, Negri y –menos claro, pero es lo que podría desprenderse de su voto– Kogan negaron la existencia en el ordenamiento argentino de un derecho a disponer de la propia vida. Ver el detenido análisis del caso que hace Zambrano (2005b, p. 265). El primero de los magistrados dijo expresamente: “La existencia de un pretendido ‘derecho a la muerte’ no puede ser sostenida si se lo entiende como la consagración de una voluntad caprichosa de poner fin a la propia vida” (ver los últimos párrafos del ap. c) de su voto).

¹² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que no surge de las normas aplicables que el derecho a la autodeterminación incluya como derecho exigible para ser reconocido por todos los Estados de la Unión Europea el derecho a decidir en cualquier circunstancia que se le provoque la muerte, por eso no ve la despenalización de todas las prácticas eutanásicas o asistencia al suicidio como algo exigible a los estados (cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Pretty vs. United Kingdom*, 29-4-2002, ap. 39, síntesis disponible al 25 de diciembre de 2023 en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%222002-5380%22>). Esta idea fue sostenida en otros pronunciamientos, pero siempre adaptada al caso concreto, por lo que ha confirmado la adecuación al derecho aplicable de legislaciones estatales muy diversas. A pesar de las dificultades para comprender su proceder, coincidimos con Cañamares Arribas (2016), que afirma que, para el tribunal europeo, la “eventual vinculación [del derecho a recibir asistencia para morir] con algún derecho fundamental tiene un carácter derivado que no se traduce directamente en la obligación de los estados de ayudar a los ciudadanos a terminar con su vida” (p. 353). Cámara Villar (2021, p. 459), por su parte, y haciendo suya la opinión de Carmen Tomás-Valiente, sostiene que para el tribunal no existen en el convenio razones suficientes para obligar a la despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido a los Estados firmantes, sino que el tribunal deja librada la cuestión al “margen de apreciación” de cada uno, margen en el que puede incluirse tanto la penalización como la despenalización siempre que el Estado muestre el cuidado debido por sus ciudadanos de su derecho a la vida.

El Tribunal Constitucional de España, por su parte, se pronunció numerosas veces al respecto. Siempre ha afirmado que no existe un “derecho a la propia muerte” (ver, por ejemplo, STS 120/90, del 27 de abril de 1990, y STC 19/2023, del 22 de abril de 2023). La jurisprudencia anterior entendía que tampoco existía por parte del paciente un “derecho a decidir sobre su propia muerte” (algo distinto al “derecho a la propia muerte”), pero en el año 2023 lo ha entendido así en una sentencia criticada y con disidencias. En la sentencia citada del 27 de abril de 1990 se dijo que el derecho a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho a la libertad que incluya el derecho a la propia muerte [...] la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir”.

¹³ Sambrizzi (2005, caps. IV y V) tiene dos capítulos en su obra (unas 50 páginas) titulados “Sobre la inexistencia de un derecho a disponer voluntariamente de la propia vida” (en el segundo de los capítulos se agrega la abreviatura “Cont.”), en los que desarrolla los argumentos a favor,

Por otro lado, si se supusiera que el mentado “derecho” o “libertad” de decidir siempre cómo y cuándo morir existiera –que, repito, no puede existir–, esa “libertad” no podría incluir la potestad de exigir que otro me mate, por acción u omisión. Es decir, si existiera, podría incluir la posibilidad del suicidio, pero no del suicidio asistido ni de la eutanasia, activa o pasiva. Si yo pudiera exigir una conducta de un tercero, me estaría inmiscuyendo en la libertad de otro. Siendo más concreto, si existiera la mencionada “libertad”, permitiría que una persona pueda dejar de alimentarse a sí misma, pero no la potestad de exigir al personal médico que no la alimente, por ejemplo, o evite poner los medios terapéuticos ordinarios. En estas últimas situaciones intervienen terceros. Allí, la distinción entre mera libertad y derecho es determinante. Lo importante es no dar erróneamente el salto de “no está prohibido” (que, repito, el Estado intenta evitarlo y resguardar la dignidad) a “tengo derecho a que me asistan para el suicidio, a que me apliquen una inyección letal”.

Según lo dicho hasta hora, el derecho a la propia muerte no existe, ni en sí mismo ni como parte del contenido esencial de un derecho reconocido. Pero ¿podría existir? Parece que no podría ser reconocido so pena de incoherencias o inconsistencias con derechos reconocidos y con la lógica del ordenamiento y el funcionamiento de los derechos humanos (de su vertiente positiva).

Por una parte, se estaría reconociendo un derecho que atentaría contra el bien básico “vida”, que sí se encuentra expresamente reconocido y se protege, incluso, por sobre la voluntad del titular, pues su disponibilidad no es absoluta. La muerte no es un bien básico que deba ser protegido, sino la negación del bien básico “vida”. Además, piénsese en un derecho humano a la muerte que el Estado, conforme la llamada “faz positiva de los derechos fundamentales”, deba procurar, asegurar, promover.¹⁴

rebatíendolos, y en contra de una posible existencia de un derecho a disponer voluntariamente de la propia vida. Montero (2001), por su parte, afirma que la “tesis de la autonomía” requiere tres condiciones que expresa a modo de preguntas: “1.º) ¿Es realmente la petición de eutanasia la expresión de la voluntad profunda del paciente? 2.º) ¿El médico cree estar justificado para practicar la eutanasia únicamente o fundamentalmente en los casos en que el paciente así lo pide? 3.º) ¿Es exacto decir que la legalidad de la eutanasia recae exclusivamente sobre los interesados, sin implicar al resto de la sociedad?” (p. 34). Luego responde a cada una de ellas demostrando que, si esas son las condiciones, no se cumplen, por lo que la aplicación de la tesis no podría darse. Ninguna de las condiciones puede afirmarse que se cumpla con la seguridad que requiere una decisión fatal. Sobre la segunda, además, aporta una importante luz: cuando es el médico el que tiene que juzgar y la ley ha elegido supuestos en los que la petición se puede considerar, lo que subyace en realidad no es que la autonomía del paciente define el fin de la vida, sino una valoración subjetiva de la dignidad de una vida, frente a la cual no me parece injusto causar un deceso. Se trata, en el fondo, no de la autonomía en sí, sino de la pérdida del valor de la dignidad de toda vida. A las tres condiciones agrega otras críticas generales, tales como que la pretendida autonomía es falsa, en tanto dependemos de otros para ejercerla (argumento que, desde otro punto de vista, se desarrolla en el párrafo siguiente) (MONTERO, 2001, p. 33-36).

¹⁴ Sapag (2010, p. 176), hablando de este último aspecto, afirma que la idea del Estado que promueve un derecho a la muerte parece ridícula.

2.B Para Profundizar en el Respeto a la Dignidad Humana: el Consentimiento y el Derecho a una Vida Digna Hasta el Último Instante

Todo sujeto tiene derecho a vivir dignamente hasta el último instante. Ello obliga a la sociedad a colaborar con el titular del bien jurídico “vida” para que éste se desarrolle lo más plenamente posible hasta el último momento. Tal derecho, además, por exigencia de la propia dignidad, habilita al sujeto a decidir ante determinadas circunstancias sobre la realización o no realización, sobre la aplicación o el retiro de procedimientos, prácticas o medios clínicos.

¿Cuáles son las “circunstancias” que lo habilitan? La verdad es que la pregunta no está correctamente planteada, pues la regla es la disponibilidad por parte del titular. La regla es la libertad para aceptar o rechazar técnicas y procedimientos. La pregunta correcta sería ¿cuáles son los límites a la autonomía de la voluntad? Sin embargo, otra pregunta se impone primero: si la autonomía de la voluntad es el fundamento que le permite a un sujeto tomar decisiones que podrían tener el efecto de acortar su vida o no recurrir a procedimientos que pudieran extenderla, ¿qué características debe revestir el -consentimiento para la licitud jurídica y moral de la disponibilidad? La primera pregunta hacía referencia a *lo que* se puede disponer, al objeto de lo que se decidirá. La segunda es previa desde el punto de vista del sujeto, hace referencia a las condiciones necesarias para que pueda decidirse algo, lícito o no. Se trata de saber si realmente se ha decidido. Se trata de la libertad.

El consentimiento para la disponibilidad de un derecho personalísimo debe ser un verdadero ejercicio de la libertad por parte de su titular. Para ello, es conveniente que el consentimiento haya sido prestado con el conocimiento de todas las circunstancias relevantes a los fines de tomar una decisión, y que la decisión se mantenga al momento realizar la práctica, es decir, que sea actual.

En términos generales, es posible que muchos de los lectores estén de acuerdo con las afirmaciones anteriores. Pero cuando se concreta en las implicancias de tales afirmaciones, surgen las discrepancias. Si la decisión que pueda tener una consecuencia fatal debe ser tomada por el titular, entonces, la regla es que no pueden tomarla los representantes legales en su nombre; tampoco los profesionales de la salud. Existen muchas decisiones que solo pueden ser tomadas por el titular; tales decisiones son los actos personalísimos. En este contexto se comprende la afirmación del artículo 56 del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), donde se dice que no puede ser suplido el consentimiento para la disponibilidad del propio cuerpo en cuestiones de salud. El artículo lo establece en relación con la prohibición de los actos que puedan ocasionar una disminución permanente de la salud. Más importante será, entonces, en relación con decisiones que puedan privar de la vida.

Además, la manifestación del consentimiento para la disponibilidad de derechos personalísimos no se presume, es de interpretación restrictiva y

libremente revocable (art. 55 del CCyC). No cabe recurrir a presunciones para afirmar que ha habido manifestación de voluntad, y tampoco cabe interpretar extensivamente una manifestación de voluntad que sí ha sido realizada. Finalmente, no solo debe entenderse que es libremente revocable, pues el fundamento de tal principio es que la persona realmente quiera que se realice el acto de disposición en el momento que sucede. Por tanto, el principio que subyace y preserva la voluntad del titular que dispone de su derecho es el principio de actualidad: la voluntariedad debe ser actual.

Terceras personas (incluso representantes, que son terceros en relación con los actos personalísimos) solo podrían tomar una decisión en caso de absoluta necesidad, cuando esperar sin tomar una decisión acarree consecuencias irreparables y siempre con miras a preservar la vida. Además, tal decisión siempre debe ser tomada en consonancia con la voluntad y criterios del paciente, no según los propios. Esa es, afortunadamente, la lógica del párrafo final del artículo 59 del CCyC. En el texto legal se permite que el consentimiento informado para actos médicos pueda ser otorgado por terceras personas (expone un orden) solo si “la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica” y, además, “medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud”.

El supuesto en el que sería válido presumir una voluntad es en el caso en que exista necesidad de actuar.¹⁵ Allí, el tercero que “tome la decisión” debe intentar hacerlo según crea que lo hubiera hecho el titular, no según su propio modo de pensar. Y cuando se trata de decisiones que pueden terminar con la vida del titular –cuyas consecuencias son irreparables–, la presunción debe ser muy fundada, porque, por motivos obvios de la naturaleza humana (tanto por instinto como por su actuar racional), la duda razonable obliga a poner el medio que permita preservar la vida.

Conviene abordar brevemente la situación del paciente que ha dejado directivas médicas anticipadas. En dicho ámbito, la cuestión del consentimiento tampoco es sencilla. La actualidad de la decisión es muy importante. Si se le da tanto valor a la libertad como para poder terminar con la vida, ¿no sería razonable asegurarse de que no ha cambiado de opinión entre su anterior manifestación y el momento de llevar a cabo la medida?¹⁶

¹⁵ Hablando estrictamente de la “calidad” del consentimiento, y no de su contenido, no es lícito, por ejemplo, tomar decisiones que puedan privar de la vida a una persona en estado vegetativo persistente, pero no permanente. Esto así, porque existe la probabilidad –aunque baja, nada despreciable– de recuperación, al menos parcial, de la conciencia. Las decisiones deben ir encaminadas a su recuperación para que, en caso de recuperarse, él pueda tomar las decisiones que requiera su estado de salud, pues su estado de inconsciencia no es absolutamente irreversible.

¹⁶ El juez Pettigiani, en el fallo citado (*S., M. d. C. S/Insania*), en el apartado c) de su voto expresamente manifiesta: “Considero que toda voluntad expresada anticipadamente debería ser ratificada frente a la situación concreta en que se requiere su actuación. La mera conservación de la exteriorización de esa voluntad sin que conste su revocación no autoriza a asegurar que la voluntad allí expresada subsista incólume y sea la actual al momento de invocarse su aplicación, en todos los términos en que fue redactada. Me pregunto si este tipo de expresión

A todo ello debe sumarse que en una directiva médica anticipada debe asegurarse de que el paciente dé directivas con consentimiento suficientemente informado, como si fuera actual. Si no fuera así, ni siquiera debería tener validez, pues somos conscientes de la importancia del consentimiento informado para la licitud de una práctica médica. Frente a una directiva médica anticipada, el conocimiento del titular sobre la medida, sus consecuencias y alternativas debe ser, si se quiere, mayor.

Fueron analizadas ya algunas de las condiciones necesarias para que una decisión libre sea válida independientemente del objeto de su decisión, de su contenido. Resta analizar *qué* se puede libremente exigir y rechazar, es decir, el “objeto” de la decisión. Es claro que para nuestro ordenamiento no se puede exigir la realización de cualquier práctica ni rechazar todo procedimiento, pues la voluntad no es absoluta en la disponibilidad de derechos personalísimos. Hay límites en numerosas cuestiones, algunas implícitas, otras explícitas. En relación con la disponibilidad de la salud, ya hemos citado el artículo 56 del CCyC, que prohíbe toda disposición que genere una disminución permanente de la integridad del cuerpo salvo que sea requerida para el mejoramiento de la salud. En este orden de ideas, debe mencionarse el artículo 2.º, inc. e); 5.º, inc. g) y 11 de la LDP y los correlativos artículos 59, inc. g) –que obliga a poner en conocimiento del paciente los límites que posee su derecho de rechazar determinadas prácticas– y 60 del CCyC –que obliga al médico a tener por no escritas las manifestaciones del paciente cuando impliquen realizar prácticas eutanásicas–. Las prácticas eutanásicas no están permitidas por nuestro ordenamiento. Pero para entender esta afirmación conviene abordar el concepto de eutanasia y, luego, efectuar un análisis de las normas relacionadas con las decisiones del paciente en torno al fin de su vida. Lo anterior es solo una aproximación a la respuesta a la primera de las preguntas que se plantearon en este subapartado. El lector podrá hacerse con la respuesta completa a través de la lectura de los apartados siguientes.

3 UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EUTANASIA Y A LOS MOTIVOS POR LOS QUE NO DEBE SER UNA PRÁCTICA LÍCITA

Conviene, entonces, detenerse ahora en el concepto de eutanasia, para que el lector comprenda su significado, las clases de prácticas eutanásicas y cuáles conductas pueden ser consideradas eutanásicas y cuáles lícitas en relación con los tratamientos médicos en caso de pacientes con graves dolores o que se encuentran al final de su vida.

potencia realmente la autonomía del paciente, o encapsula su voluntad dentro de un molde rígido que puede ir más allá de su propio deseo posterior, impidiéndole en este caso modificar algo así como su propia sentencia de muerte, autoasumida en circunstancias diferentes”.

3.a Concepto de Eutanasia. Diferenciación de Conceptos. Criterios para Juzgar la Proporcionalidad de los Medios

Etimológicamente, el término “eutanasia” proviene de la conjunción de dos palabras griegas (*εὖ* –bien– y *θάνατος* –muerte–) que, unidas, significan “buena muerte”, o “muerte apacible” para referirse a “sin sufrimiento” (SORIA SAINZ, 1992a, p. 577). El término resulta apropiado si solo se hace referencia a la finalidad del acto que la realiza: evitarle un sufrimiento al paciente.

El *Diccionario de la lengua española* aporta dos definiciones de eutanasia: “Intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura” y “muerte sin sufrimiento físico” (REAL, 1992, s. v. Eutanasia).

Lo cierto es que no existe un consenso universal sobre el concepto, pero, según Keown (2018, p. 9-10), sí existen ciertas ideas que pueden verse en todas las posturas: la idea de que la eutanasia implica acortar la vida de un sujeto, la idea de que la eutanasia se encuentra limitada al ámbito médico y la idea de que el efecto buscado tiene por finalidad beneficiar al paciente.¹⁷ Pero esa idea no es universal.

No existe consenso sobre si puede la eutanasia ser causada solo por una acción –por ejemplo, una inyección letal– o también por omisiones –tales como la no realización de un tratamiento que podría haberle salvado o extendido la vida del paciente, o el retiro de una medida de soporte vital–. Keown (2018, p. 9-15), por su parte, en relación con los conceptos de eutanasia y los modos en los que puede ser causada, afirma que existen tres posibles modos de entender la palabra “eutanasia”. Por un lado, puede ser vista como ponerle fin a la vida de modo activo e intencional.¹⁸ Por otro, también como el acortamiento buscado o previsto de la vida.¹⁹

A este respecto, solo se dirá que es conveniente no llamar eutanasia a la conducta de administrar altas dosis de narcóticos a pacientes terminales que padecen grandes sufrimientos, aun cuando existan riesgos de acelerar la muerte

¹⁷ Marcos del Cano (2021) afirma que un elemento fundamental de la definición es que el paciente se encuentre en estado terminal, es decir, que por una lesión o enfermedad tenga un pronóstico próximo de muerte o, dicho de otro modo, se encuentre en la fase final de su vida sin esperanza de recuperación. La eutanasia debería circunscribirse a estos casos, según la autora, “pues su situación difiere de las que se enmarcan en otros supuestos [...] en lo que respecta a la expectativa de vida, la capacidad del individuo, la calidad de vida, el estado de irreversibilidad, etc.” (p. 131). Según ella, es la línea de pensamiento que se sigue jurídicamente en Canadá, Australia, Colombia (p. 131-132). Esta idea concuerda con lo que sostiene, por ejemplo, el documento elaborado por el Grupo de Trabajo de la Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos (GÓMEZ-SANCHO, 2015).

¹⁸ Esta fue, por ejemplo, la postura expresada en la Cámara de los Lores por el Comité de Ética Médica. Así lo afirma lord Walton: “With respect to euthanasia, may I first indicate that in our deliberations we defined voluntary euthanasia, at the request of the individual concerned, as being a deliberate intervention undertaken with the intention of ending a life so as to relieve intractable suffering; an act which must inevitably terminate life” (House of Lords Select Committee on Medical Ethics, 1994).

¹⁹ En lo tocante al tercer supuesto, suele ser llamado por quienes consideran que es una especie de eutanasia, “eutanasia lenitiva” (RODRÍGUEZ MOLINERO, 1992, p. 577; SORIA SAINZ, 1992c, p. 579).

(BRODY, 1998, p. 939-963; KEOWN, 2018, p. 13-15; SORIA SAINZ, 1992c, p. 579). La sedación no eutanásica, en sus fines y en sus efectos directos –la sedación aplicada en ciertas dosis y con la finalidad de que la vida del paciente transcurra sin dolor–, no puede ser igualada sin más con la eutanasia. Debe ser analizada en el marco de los cuidados paliativos –ha sido llamado “muerte sin dolor”– y de lo que se conoce como “voluntario indirecto”.²⁰ Por el contrario, sí sería eutanasia administrar una sobredosis de tales drogas deliberadamente para causar la muerte. Cuando lo buscado directamente es causar la muerte o acortar la vida, la acción encuadra, sea por acción, sea por omisión, en las dos primeras visiones descritas en el párrafo anterior. En este punto se coincide con la definición que dio la Organización Mundial de la Salud (OMS) de eutanasia en 2007: “acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente”.²¹

Un tercer modo de entender la eutanasia, según Keown (2018, p. 13-14), es el de quienes sostienen que consiste en poner fin a la vida de un paciente de modo intencional por acción –eutanasia activa– u omisión –eutanasia pasiva–. Compartimos esta postura. La eutanasia sería, entonces, la intención de causar la muerte a través de una acción o la omisión de un cuidado debido, realizada para poner fin a un estado de sufrimiento. Aceptar que existe una especie de eutanasia por omisión –eutanasia pasiva– parece la postura más adecuada, pues tanto jurídica como filosófica y éticamente la causa puede deberse a acciones

²⁰ Hervada (1975) explica así el “voluntario indirecto” o “acción de doble efecto”: “En la primera hipótesis [voluntario directo: ‘tiene como efecto propio, inmediato y directo causarse la muerte’], la muerte es activamente producida; en el segundo caso [voluntario indirecto: ‘se ordena de suyo y principalmente a una acción que no es la muerte del agente; si esta se produce es un efecto secundario e indirecto del acto’] es pasivamente aceptada o permitida” (p. 228). Dicho autor sintetiza los requisitos para el voluntario indirecto del siguiente modo: “1.º Que la acción sea buena en sí misma o al menos indiferente [...] 2.º Que el efecto inmediato o primero que se ha de producir sea el bueno y no el malo [...] 3.º Que el fin del agente sea honesto, esto es, que intente únicamente el efecto bueno y se limite a permitir el malo [...] 4.º Que el agente tenga causa proporcionada a la gravedad del daño que el efecto malo haya de producir” (p. 229-231). Zambrano (2011), haciendo referencia a este asunto, afirma: “Por estas razones, no puede hablarse de disposición de la vida desde esta perspectiva moral cuando con la omisión de un tratamiento o un cuidado sólo se tolera una muerte, que en sí misma no se quiere ni como medio, ni como fin. No se elige la muerte ni como medio ni como fin, cuando el obrar pasivo u omisivo se funda: (a) en un juicio de ineficacia de los cuidados o tratamientos; o (b) en un juicio de inaccesibilidad o ilicitud moral de los cuidados o tratamientos; o (c) en un juicio de desproporción entre los resultados que pueden esperarse de su aplicación y las fuerzas físicas o morales del enfermo, o sus posibilidades económicas” (p. 254). La calificación jurídica de los actos que, moralmente, pueden ser llamados “voluntario indirecto” o “acción de doble efecto” dependerá de la dosis suministrada en el caso de una conducta activa y de la proporcionalidad del medio que se omite en la conducta omisiva. La diferencia entre la eutanasia (acto que directamente pretende producir la muerte) y la que ha sido llamada “muerte sin dolor” es afirmada por numerosos autores (BRODY, 1998, p. 939-963; MARZEN et al., 1996, p. 264-271; EUTHANASIA, 1994, p. 48-50).

²¹ Etienne Montero (2001), por su parte, expresa así las diferencias causales e intencionales en actos que se nombran de modo similar, como “ayudar a morir”: “El lenguaje, aquí también, es equívoco, puesto que una cosa es auxiliar a un enfermo en su muerte (queriendo acompañarlo en su desgracia, procurando aliviar su dolor, tratando de reconfortarle...), y otra cosa muy distinta es matarlo. La causa de la muerte difiere según el caso considerado. Cuando un médico decide no empezar o parar un tratamiento a la larga inútil y desproporcionado, el paciente morirá como consecuencia de la patología mortal que sufría; por el contrario, si el médico administra al paciente una sustancia letal, este acto constituye la causa de la muerte del paciente. De igual forma, existe una diferencia en la intención: en el primer caso, lo que se pretende es ahorrar al paciente un sufrimiento inútil; en el segundo, la intención es la de provocar su muerte. La intención es también lo que diferencia la medicina paliativa y la eutanasia” (p. 29).

o a omisiones.²² Sería arbitrario no aplicar la misma consecuencia (jurídica o ética) a un acto omisivo que busca y causa el mismo efecto que una conducta activa, o similar consecuencia a una conducta omisiva que podría evitar un efecto lesivo cuando existe el deber de evitarlo.²³

Por lo demás, la postura que incluye dentro del concepto de eutanasia a las conductas omisivas es la más ajustada a nuestro derecho. Eso surge del juego armónico, por un lado, de los artículos 11 de la LDP y 60 del CCyC –que obligan al médico a tener por no escritas las directivas médicas que impliquen prácticas eutanásicas– y, por el otro, de los artículos 2° y 5° de la LDP y del artículo 59 del CCyC –que expresamente exigen que se pueden rechazar procedimientos médicos solo si son extraordinarios o desproporcionados–, lo cual desarrollaremos más adelante. A estas normas deben agregarse los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto por sus reglas como por sus principios (como el principio *pro homine*). Son especialmente importantes la Declaración Universal de Derechos Humanos, el llamado Pacto San José de Costa Rica y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Los conceptos gozne para analizar la licitud de las conductas omisivas son los de “proporcionado” y “ordinario”, sobre los que se profundizará más adelante. El rechazo de un procedimiento –omisión– puede ser lícito, jurídica y moralmente, siempre que no aparezca como proporcionado en relación con las circunstancias del paciente y con las características y consecuencias del tratamiento.²⁴

Dada una definición de “eutanasia” y mencionado el principio de proporcionalidad, se está en condiciones de diferenciar la eutanasia de otros conceptos relacionados:²⁵

- 1) el primero es la “distanasia”, que implica aplicarle al paciente medios desproporcionados para su situación; suele ser llamada también “encarnizamiento terapéutico”. No es lícito imponerle al paciente tales medios. Si en la distanasia “se hace de más”, en la eutanasia pasiva,

²² Ver el detenido estudio que hace del asunto Zambrano (2015, p. 141-160).

²³ Las discusiones relativas a la llamada “omisión pura” y “comisión por omisión” son de larga data. Sobre la posibilidad de causar eutanasia por omisión, también resultan recomendables los aportes Soria Sainz (1992b, p. 578-579), Rodríguez Molinero (1992, p. 577) y del Euthanasia (1994, p. 46-48). Sapag (2010) sigue esta línea y define eutanasia como “la provocación de la muerte de una persona por compasión o por piedad ante su sufrimiento” (p. 178) y luego profundiza –citando la Declaración *Iura et Bona* de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe– con la siguiente frase: “Es una acción o una omisión que por su naturaleza, o en la intención, causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor” (p. 171-192). Este autor desarrolla detenidamente, desde el punto de vista jurídico, qué conductas implican una omisión pura y cuáles implican una comisión por omisión.

²⁴ En esta segunda oración hemos utilizado solo la palabra “proporcionado” para facilitar la comprensión de la frase. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que hay autores que ponen el foco especialmente en la proporción y, con base en ella, evalúan tanto las condiciones del paciente como las del tratamiento en sí. Pero también hay autores que aplican el concepto de proporción a la situación del tratamiento médico en sí, cuya evaluación corresponde al médico, y el de ordinario o extraordinario a las circunstancias del paciente. Se volverá sobre esto más adelante.

²⁵ Las definiciones son una síntesis de los aportes de diversas fuentes (REAL, 1992, s. v. Ortotanasia y Distanasia; RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, 2019, p. 289-310; SAPAG, 2010, p. 178-179).

- como se vio, “se hace de menos”, es decir, no se ponen medios que, por ser proporcionados, podrían ser exigidos por la situación del paciente;
- 2) entre estos dos conceptos aparece el de “ortotanasia” (“muerte correcta”), que es la muerte en el momento y por los motivos adecuados. Sucede cuando se ponen los medios proporcionados y se evitan los desproporcionados. Se acompaña al paciente y se respetan las limitaciones de la naturaleza humana;
 - 3) finalmente, la eutanasia se diferencia del suicidio médicamente asistido en cuanto que, en la eutanasia, el agente causal directo e inmediato es el médico, mientras que en el suicidio asistido es el paciente.²⁶ Dicho más en concreto, en la eutanasia es el médico el que, por ejemplo, administra la dosis letal. En el suicidio médicamente asistido, es el paciente quien se aplica la dosis letal a sí mismo, pero con previo asesoramiento y colaboración del médico (como puede ser a través de la receta para los fármacos e indicaciones para su administración).

Hasta el momento se ha utilizado el concepto de “proporcionalidad” para referirse a la clave que permite evaluar la licitud del rechazo de determinados medios. Esto ha sido así por dos motivos. El primero es para sintetizar el desarrollo de este trabajo, simplificando las explicaciones sobre la complejidad del asunto. El segundo es porque la cuestión del uso de los binomios “ordinario/extraordinario” y “proporcionado/desproporcionado” ha variado a lo largo del tiempo y los autores, pero en el ámbito jurídico (objeto de este trabajo) es más comprensible y, quizás por ello, más utilizado el concepto de proporcionalidad. Sin embargo, toca ahora realizar mayores precisiones, pues quien se preocupe por respetar el valor incondicional o absoluto de toda vida humana, en forma independiente de la calidad de vida, debe preocuparse por determinar de modo objetivo qué cuidados o tratamientos son eficaces y cuáles son fútiles; cuáles son sus riesgos y, más específicamente, en qué consiste el juicio de proporción entre costos y beneficios. (ZAMBRANO, 2011, p. 254)

La proporcionalidad de los medios y su calidad de ordinarios o extraordinarios deben ser evaluadas por el médico y el paciente y pueden ser analizadas de diversas maneras.²⁷ Sintéticamente, se podría decir que existen autores que tratan los conceptos de manera conjunta, poniendo el foco en la proporcionalidad, que integraría elementos técnicos (médicos) y elementos más relativos a la situación concreta del paciente (subjetiva, se podría decir, para hacer hincapié en el sujeto).²⁸

²⁶ Rodríguez Molinero (1992, p. 577-578) llama al suicidio asistido “eutanasia suicida”.

²⁷ Al proponer los elementos a considerar en los dos extremos de la balanza, se han seguido las propuestas y menciones de diversos autores, tales como el trabajo de Sapag (2010), como también se seguirán las ideas del trabajo de Zambrano (2011, 2015) y de Riofrío Martínez-Villalba (2019), entre otros.

²⁸ Estos autores siguen la línea que, aparentemente, se propuso en su momento en la Declaración *Iura et bona*. En efecto, el título IV de la Declaración *Iura et bona* de la Congregación para la Doctrina de la Fe, de 1980, se titula “El uso proporcionado de los medios terapéuticos” y en ésta puede leerse el siguiente párrafo: “Hasta ahora los moralistas respondían que no se está obligado nunca al uso de los medios ‘extraordinarios’. Hoy en cambio, tal respuesta

Por otro lado, existen autores que proponen un trato diferenciado de los binomios “ordinario/extraordinario” y “proporcionado/desproporcionado”. Maurizio Calipari (2007, p. 191-196) es uno de los principales exponentes de este segundo modo de analizar la situación. Propone la utilización de los conceptos “ordinario” y “proporcionado” como términos complementarios. En su influyente trabajo (fruto de su tesis doctoral), propuso una evaluación ética en tres fases para juzgar las acciones a tomar frente a medios de conservación de la vida. Las dos primeras fases se corresponden, respectivamente, con un juicio sobre la proporcionalidad del medio, más técnica, abordada desde la perspectiva médica y con el foco en la acción médica a realizar, y con un juicio sobre la “ordinariedad” del medio, más enfocada en la situación concreta del paciente, más subjetiva. La tercera fase es la de tomar una decisión operativa moralmente adecuada teniendo en cuenta las dos fases anteriores.²⁹

La propuesta de Calipari (2007) es interesante y facilita la toma de decisiones en determinadas circunstancias, pues ordena de un modo útil el análisis de los elementos técnicos y los de tinte más personal y subjetivo. Sin embargo, se ha dicho que “no termina de convencer el uso que hace el texto de los términos ‘proporcionado’ y ‘ordinario’ desde la perspectiva de la tradición moral, pues ambos se han utilizado siempre englobando factores objetivos y subjetivos” y que “una presentación demasiado aséptica de los aspectos objetivos

siempre válida en principio, puede parecer tal vez menos clara tanto por la imprecisión del término como por los rápidos progresos de la terapia. Debido a esto, algunos prefieren hablar de medios ‘proporcionados’ y ‘desproporcionados’. En cada caso, se podrán valorar bien los medios poniendo en comparación el tipo de terapia, el grado de dificultad y de riesgo que comporta, los gastos necesarios y las posibilidades de aplicación con el resultado que se puede esperar de todo ello, teniendo en cuenta las condiciones del enfermo y sus fuerzas físicas y morales” (Cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, 1980, p. 549-551). Conviene ver todo el apartado IV, pues en sus explicaciones recurre especialmente a la idea de proporción para juzgar la moralidad de la acción. Calipari (2007, p. 172-175) realiza un recorrido de los documentos magisteriales más específicos sobre el tema en su extendida obra; allí hace referencia expresa a la Declaración y manifiesta que toma los conceptos “ordinario/proporcionado” como equivalentes para juzgar la moralidad de la acción.

Entre estos autores, que hacen foco en la proporcionalidad y analizan la situación desde este concepto, podrían citarse, reitero, como ejemplos a Sapag (2010) y Riofrío Martínez-Villalba (2019).

²⁹ En la primera fase, cuando se analiza la proporcionalidad, se estudian los “elementos de tipo médico-técnico”. Calipari (2007) propone una evaluación comparada de: “a) la disponibilidad concreta o la posibilidad plausible de hallar el medio; b) la actual posibilidad técnica de usarlo adecuadamente; c) las expectativas razonables de ‘eficacia médica’ real; d) los eventuales efectos colaterales, perjudiciales para el paciente; e) los previsibles riesgos para la salud/vida del paciente eventualmente implicados en el uso del medio; f) la posibilidad actual de recurrir a alternativas terapéuticas de igual o mayor eficacia; g) la cuantificación de los recursos sanitarios (técnicos, económicos, etc.)” (p. 199). En la segunda fase, se analizan los aspectos “más estrechamente dependientes de la subjetividad del paciente” (p. 203). Y, en un uso complementario de los conceptos que otros autores toman como sinónimos, propone calificar en esta fase si los medios son ordinarios o extraordinarios. Aquí es donde la subjetividad obliga a considerar que un medio podría ser ordinario para un paciente y extraordinario para otro. Sin embargo, el análisis de la situación concreta del paciente no priva a esta etapa de objetividad, pues se lleva a cabo mediante criterios objetivos. Los aspectos a considerar en esta etapa son, al decir de Calipari (2007), “a) un esfuerzo excesivo para hallar y/o usar el medio; b) experimentar un dolor físico enorme o insoportable, que no pueda ser suficientemente aliviado; c) costos económicos, vinculados con el uso del medio, que sean muy gravosos para el paciente o para sus parientes; d) experimentar un tremendo miedo o una fuerte repugnancia en relación con el empleo del medio” (p. 203-205).

y subjetivos podría alejarse de la realidad clínica cotidiana” (REQUENA MEANA, 2017, p. 141).

Es decir, ambos elementos –los técnicos y los que se refieren más directamente a la situación personal del paciente– siempre fueron analizados, tanto cuando se hablaba solo del binomio “ordinario/extraordinario” como cuando se empezó a extender el uso del binomio “proporcionado/desproporcionado”. Y es esa interacción, ese diálogo entre los elementos o situaciones técnicas y las situaciones concretas personales del paciente la que permite llegar a una decisión más adecuada. Por tanto, independientemente de la postura que se utilice sobre el significado y la utilización de los binomios “ordinario/extraordinario” y “proporcionado/desproporcionado”, en cualquier caso parece adecuado realizar un análisis que comprenda todos los elementos en juego. En este trabajo, se hablará de “proporcionalidad” como un término que comprende todos los elementos de análisis. Esto es así porque tal término es más afín al ámbito al cual se dirige este trabajo (el jurídico) y puede expresar en un solo vocablo la idea de sopesar los riesgos y los beneficios de la acción, recordando a quien toca decidir que su juicio debe ser “prudencial”.

Para concretar lo dicho hasta ahora, podría decirse que una descripción analítica del juicio de proporcionalidad permite hablar de dos aspectos complementarios que deben combinarse:³⁰ la acción médica, por un lado, y la situación personal del paciente, por el otro. Entre las situaciones a considerar para evaluar la proporcionalidad del medio en relación con la acción médica a realizar se han propuesto:

- a) su probabilidad de eficacia para mejorar la salud del paciente o evitar que se deteriore;
- b) los costos económicos del medio;
- c) los riesgos que produce recurrir a tal medio (efectos adversos, resultado sobre la calidad de vida, posible riesgo de muerte, etc.);
- d) el sufrimiento que implica el medio terapéutico;
- e) las posibilidades concretas de los agentes de salud de aplicarlo con suficiente eficacia;
- f) los costos “sociales” del medio (es decir, las posibilidades de acceso a tal medio por parte de otros pacientes);
- g) la inexistencia de medios alternativos que mejoren el análisis de proporcionalidad del medio que planea utilizarse.

³⁰ Por su parte, Requena Meana (2017) efectúa una propuesta interesante sobre la combinación de dos perspectivas que no siempre se enriquecen mutuamente: la perspectiva del médico y la del paciente, la de la proporcionalidad terapéutica y la de la calidad de vida, que “comparten muchos elementos importantes para el análisis moral de la situación, y se pueden enriquecer una con la otra” (p. 142-144). Para comprender en profundidad estas afirmaciones del autor, es necesario leer su obra completa, pues solo así podrían entenderse en la profundidad necesaria el contenido que les asigna a los términos. Para los fines de este trabajo, basta con mencionar que el autor propone un estudio complementario de todos los elementos en juego.

En relación con la situación del paciente y su entorno, debe tenerse en consideración:

- a) la capacidad (fuerzas físicas, psíquicas y morales) del paciente para soportar el tratamiento o medida;
- b) el tiempo de supervivencia y el nivel de calidad de vida que resultará luego de la aplicación del medio;³¹
- c) el efecto de su aplicación en relación con el entorno del paciente (familiares y allegados), entre los que se encuentran los costos económicos frente a las responsabilidades familiares, la capacidad de la familia o entorno de afrontar la situación del paciente con posterioridad a la aplicación del medio, etc.³²

Todo lo dicho son las “pesas” que incorporar a la balanza a los fines de tomar una decisión.

Resulta claro que los “platos de la balanza” constituyen como dos caras de la misma moneda y se exigen y condicionan mutuamente (como sucede, por ejemplo, con los riesgos del tratamiento, que deben medirse en relación con las capacidades concretas del paciente para soportarlo).

³¹ La calidad de vida resultante es un parámetro complejo; lo correcto sería atenerse a parámetros objetivos, que los hay, y evitar analizar la proporcionalidad del medio según la subjetiva apreciación del paciente, de sus allegados o, incluso, del médico. Por ejemplo, si el resultado de la intervención fuera una sobrevida con algún grado de discapacidad, la omisión de la terapia para revertir el proceso mortal no sería, solo por eso, lícita, como sucede frente a la amputación de una pierna en caso de necrosis avanzada o gangrena. Si una persona considerara que es preferible perder la vida que una pierna, o perder la vida que resultar parapléjico o, incluso, cuadripléjico, su valoración subjetiva no debe determinar el análisis de proporcionalidad. Silberberg, Robetto y Achával (2018, p. 142), en un trabajo sobre esclerosis lateral amiotrófica, proponen que para evaluar la calidad de vida se apliquen principalmente criterios fisiológicos.

³² Toda la lista de situaciones a considerar responde a una síntesis de los aportes de varios autores, entre ellos, Calipari (2007), Sapag (2010) y Riofrío Martínez-Villalba (2019). Este último analiza la cuestión y propone los siguientes criterios a tener en cuenta, divididos en pros y contras. Dentro de los pros menciona: a) el objetivo del tratamiento; b) el valor de lo que se pretende curar; c) la posibilidad de disminuir dolores posteriores; d) la cantidad y calidad de vida que el tratamiento brindará; e) el conocimiento que se tiene del tratamiento, las esperanzas de éxito y la práctica de los médicos que lo brindarán; f) la inexistencia de tratamientos sustitutivos menos lesivos; g) el bajo coste económico del tratamiento; h) la anuencia y tolerancia del paciente al tratamiento –para definirlo, se mirará al menos el grado que esté dispuesto a tolerar los medios técnicos, los valores que posea el enfermo, el impacto emotivo que el tratamiento pueda desencadenar y el valor que el paciente atribuya al beneficio esperado–. Entre las contras a evaluar menciona: a) los efectos secundarios, efectos no queridos y dolores que podría generar; b) cuánto acorta la vida el tratamiento; c) el desconocimiento del tratamiento, los riesgos que presenta, las estadísticas de fracaso y la falta de práctica de los médicos que lo brindarán; d) la existencia de tratamientos sustitutivos menos lesivos; e) el oneroso coste económico del tratamiento; f) la falta de anuencia o la intolerancia física, psíquica o espiritual del paciente al tratamiento (RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, 2019, p. 295-296). Por su parte, Sapag (2010, p. 181-183) propone la aplicación del principio de razonabilidad que se utiliza para analizar la justicia en las normas y actos jurídicos al análisis de los actos médicos en estas circunstancias y enumera una serie de variables a tener en cuenta, algunas de las cuales han sido mencionadas en este trabajo.

3.b Algunos Concreciones Jurídicas para Clarificar el Concepto Según Nuestra Postura

Antes de concretar lo ya dicho y calificar jurídicamente las conductas, lo primero que debe reiterarse es que, salvo por algunos supuestos que podrían universalizarse, la proporcionalidad del medio debe analizarse en el caso concreto. Un medio puede ser proporcionado para un sujeto, con sus circunstancias personales, y no serlo para otro que haya recibido el mismo diagnóstico. Por tanto, salvo cuando resulte evidente por el modo de expresarla, toda regla podría tener alguna excepción o, más bien, requerir precisiones que, por la intención de este trabajo (dar líneas generales, criterios), no sería correcto hacer.

Una importante idea a tener en cuenta es que nunca es lícito causarle directamente la muerte a un paciente. La eutanasia activa no sería nunca lícita, ni siquiera en el caso de que el paciente “igualmente vaya a morir”. Aunque haya sido realizada por piedad, no deja de ser una conducta dirigida a ponerle fin a la vida de una persona. Ante la eutanasia activa, carece de importancia si el proceso del paciente es o no terminal, la causa será siempre y directamente la acción del médico, que jurídicamente podría ser calificada de homicidio.

En su trabajo sobre la eutanasia y la ortotanasia, Sapag (2010) afirma que, al momento de tratar la problemática de la eutanasia, existen dos datos que son sumamente relevantes: “La existencia de un proceso mortal (y su reversibilidad o irreversibilidad), y la entidad de los medios terapéuticos necesarios para desacelerar o detener el proceso mortal en curso” (p. 173-174). Con “entidad de los medios” se refirió al análisis de proporcionalidad de “las terapias necesarias” (p. 174). Dichos datos permiten estructurar el análisis. Conviene evaluar primero si la situación del paciente es o no terminal,³³ después, si ese proceso mortal es reversible o no, y luego debe distinguirse qué es lo que causa la muerte (p. 179-180). Seguiremos mayormente sus propuestas en relación con las conductas omisivas.

Si una persona tiene una enfermedad o padecimiento que no es mortal (una discapacidad, por ejemplo), una omisión que desencadene la muerte no sería en principio lícita. La causa de la muerte sería directamente la acción omisiva del sujeto, pues su padecimiento no acarrea por sí mismo su deceso. La situación del paciente obliga a realizar todos los tratamientos proporcionados para que su vida se desarrolle del modo más digno posible. Un ejemplo de esta situación es el retiro de la alimentación y la hidratación enteral a un paciente

³³ Ya hemos mencionado que existen corrientes, bastante extendidas, que sostienen que solo puede hablarse de eutanasia cuando el estado del paciente es terminal. Cuando no lo es, la acción del médico será homicidio, aunque pueda ser calificado de “homicidio piadoso”, tanto en el caso de acciones como de omisiones. La calificación penal concreta dependerá de la legislación de cada país. Hecha la salvedad de este párrafo, analizaremos también los supuestos en los que el paciente no es terminal, pues uno de los supuestos más complejos de resolver es el de las personas en estado vegetativo permanente (no persistente, que ni siquiera cumple con las condiciones de irreversibilidad), sobre el que volveremos más adelante.

en estado vegetativo permanente, supuesto en el que se profundizará más adelante.³⁴

En el caso de un proceso mortal reversible por existir terapias adecuadas y accesibles, una omisión que desencadene la muerte no sería, en principio, lícita (SAPAG, 2010, p. 183-184). La omisión puede consistir en no realizar las terapias destinadas a revertir el proceso o en retirar o suspender una medida de soporte vital u otra atención que ya está en curso. En el primer caso, no sería el estado del paciente lo que causa, jurídicamente hablando, la muerte, sino la omisión de las conductas exigidas para revertir su estado. Este caso, reitero, siendo el medio proporcionado, torna a la acción en un supuesto de homicidio por omisión (independientemente de la calificación penal que corresponda en cada país). En el segundo caso (el *retiro* de un medio proporcionado o su *suspensión*), si tal omisión lleva a la muerte del paciente (por ejemplo, la ventilación mecánica no invasiva), causalmente hablando sería un supuesto de comisión por omisión.

Finalmente, un paciente en estado terminal irreversible no siempre podría lícitamente rechazar cualquier clase de procedimientos. No sería lícito rechazar los procedimientos que tengan como efecto extender la vida y sean proporcionados consideradas todas las cosas (bajos costos y una sobrevida de una calidad aceptable). Aquí, el paciente fallece por su estado terminal, pero podría haber fallecido mucho tiempo después y, quizás, en mejores condiciones si se hubiera optado por la realización del tratamiento proporcionado que se ha presentado. Por ejemplo, un tratamiento de quimioterapia de eficacia comprobada y bajo costo.

Otra valoración corresponde al acortamiento de la vida por el suministro de fármacos en dosis cuyo efecto directo y buscado es el alivio del dolor. Ya se ha dicho, casi al comienzo del apartado 3.1, que estas conductas podrían ser calificadas dentro del supuesto conocido como “voluntario indirecto” o “acción de doble efecto” y no pueden igualarse a la eutanasia. Este análisis sirve tanto para el caso de estado terminal como para el caso de cualquier enfermedad irreversible frente a la cual solo queda tratar el dolor.

3.c Algunos Motivos por los que no Debe Permitirse la Eutanasia (ni las Prácticas Asemejables)

Muchos de los autores citados se manifiestan en contra de la práctica y, por tanto, de la legalización de la eutanasia por diversos motivos.³⁵ De los

³⁴ La solución podría no ser la misma ante un cambio clínico que coloque al paciente en un estado diferente, por ejemplo, en un estado mortal, aunque reversible. En dichos casos, el análisis de la proporcionalidad del medio cobra sentido y debe valorarse especialmente la calidad de vida resultante del tratamiento. Siguiendo el ejemplo mencionado en el párrafo, podría ser el caso de un paro cardiorrespiratorio en un paciente en estado vegetativo permanente. Allí sería lícito considerar no actuar para reanimar al paciente.

³⁵ De todos los autores citados, parecen especialmente relevantes, por su extensión y profundidad, los trabajos de Keown (2018), Velazco Suárez (2021) y Sambrizzi (2005). El autor argentino

numerosos argumentos contrarios, trataremos aquí solo algunos que parten desde la importancia de la dignidad humana como fundamento de la existencia misma del derecho o como criterio que permite, por tanto, conocer el contenido esencial de un derecho –y, con ello, de las obligaciones que genera– a los fines de, en un caso concreto, juzgar la razonabilidad de su ejercicio o limitación.³⁶ Se considera que este aspecto es especialmente relevante en relación con la situación jurídico-política actual de Argentina.

- a) La dignidad de la persona es algo objetivo y la poseen todas las personas en todas las circunstancias.³⁷ No aceptar lo anterior, es decir, relativizar el

Sambrizzi (2005, p. 45-59) desarrolla una serie de argumentos jurídico-filosóficos “contrarios al reconocimiento de un derecho a morir” (p. 45). Muchos de estos argumentos van en la línea con lo expresado en este apartado sobre la inexistencia de un derecho a la muerte; otros pueden aplicarse estrictamente a la eutanasia y sus negativas consecuencias. Los argumentos que menciona son: 1) el principio de la dignidad de la vida humana hace que tenga un valor eminente, por lo que esta es indisponible; 2) la vida es valiosa por sí misma y constituye un derecho inalienable e irrenunciable; 3) quien resuelve quitarse la vida está renunciando a la libertad; 4) el abandono del principio de la indisponibilidad de la vida podría llevar al principio opuesto; 5) la autonomía personal no es un absoluto, la libertad de las personas tiene variados límites reconocidos en las sociedades civilizadas; 6) llevado a un extremo, el principio de autonomía conduciría a justificar la muerte de cualquier persona, se trate o no de un enfermo terminal; 7) la autonomía dejaría de ser tal si se permitiera transferirla a un tercero, siendo contadas las excepciones al principio que prohíbe matar a otra persona; 8) el hombre no es el dueño de su vida, ya que esta no es un bien material ni un objeto de uso por parte de un propietario; 9) en la conservación de la vida humana existen intereses múltiples y no solo los de la persona; 10) la negación de la existencia de un derecho a morir no afecta la libertad del individuo; 11) el derecho a morir carece de un fundamento válido; 12) es errónea la afirmación de que la vida carece de sentido por el deteriorado estado en el que se encuentra la persona; 13) la inexistencia de fundamento por el cual los médicos estarían obligados a facilitar la muerte de sus pacientes; 14) un tercero no puede evaluar cuándo el dolor es difícil de sobrellevar hasta el punto de querer acabar con la vida; 15) resulta inimaginable la pretensión de tener derecho a algo que no es beneficioso para el titular del pretendido derecho; 16) no existen supuestos “muy especiales” en los cuales existiría un derecho a morir; 17) por lo general, la voluntad del enfermo que afirma querer morir se encuentra viciada; 18) lo que en realidad quiere el enfermo terminal no es la muerte, sino evitar el sufrimiento que la enfermedad trae a veces aparejado.

³⁶ Pilar Zambrano (2022, p. 309-344) analiza los diversos usos que se le da al concepto y propone un modo correcto de hacerlo; se coincide con su trabajo en numerosos aspectos. Por ello, el lector, al profundizar en los argumentos que se darán a continuación, conviene que tenga en cuenta la siguiente apreciación de dicha autora: “En términos de argumentación judicial [...] la dignidad es una razón necesaria pero nunca suficiente –nunca es concluyente– para diseñar un catálogo de derechos, o para determinar el contenido de cada uno (sea el objeto, sean las obligaciones, o ambos). El concepto es necesario para estos fines, porque sin su concurso los bienes-objeto de los derechos serían meros intereses sin ninguna fuerza deóntica, y sin extensión universal. Más precisamente, sin el concurso del analogado principal de la dignidad, en virtud del cual la condición de fin en sí de toda persona es la raíz de un deber absoluto y universal de respeto, los derechos no serían ni universales, ni categóricos. Aun así, el analogado principal es un argumento insuficiente para derivar un catálogo de derechos y/o para precisar su contenido. Cuando el concepto de dignidad se usa de este modo se elude la mención y la justificación de los juicios morales-antropológicos de los cuales se deriva la identificación del objeto de cada uno de los derechos y/o la determinación del tipo de acciones contenidos en su extensión (de su margen de aplicación); los juicios morales de los cuales se deriva la identificación y la extensión de las obligaciones a cargo del Estado; y los juicios o razones auxiliares, de naturaleza empírica-contextual, que justifican el paso desde la formulación abstracta del objeto de los derechos y/o de las obligaciones correspondientes, hasta su concreción histórica-circunstancial” (p. 340).

³⁷ Así lo explican claramente, por ejemplo, Spaemann (1988, p. 19-23) y Zambrano (2022, p. 318-333). El primero afirma que la dignidad no se refiere a la propiedad de un ser que es “fin en sí mismo para sí”, sino en la propiedad de un ser que es “fin en sí mismo por antonomasia”, y que el valor de un sujeto no puede ser relativo al sujeto que valora. La segunda, por su parte, se refiere al uso del término en el ámbito jurídico y a su fundamento. Sin un fundamento objetivo, no es posible un debate jurídico racional al respecto, no podría saberse racionalmente cuándo existe, cuándo se ha violentado, cuándo se ha protegido. Si se siguiera una postura diversa

valor de la dignidad humana, importa un peligroso paso hacia la pérdida misma del sentido de tal dignidad. Un peligroso paso hacia la decisión subjetiva sobre el valor de un ser humano. Decisión subjetiva que responde ya sea a la visión del titular, ya sea a la visión de personas que, por el motivo que fuera, se sienten con autoridad para decidir (parientes, allegados, médicos, jueces). Si el valor es objetivo, es igual para todos y las decisiones de los posibles involucrados irán en una misma línea o sentido;

- b) perder la objetividad en relación con la dignidad trae la consecuencia inmediata de perderla con respecto al valor de la vida de las personas. Se pone en circunstancias externas el valor de la vida de un sujeto y, con ello, se corre el alto riesgo de establecer parámetros de valor según los cuales unas vidas serán más dignas que otras, unas situaciones personales y, con ello, unas personas más dignas que otras. Como consecuencia inmediata, serán los más vulnerables muchas veces los considerados menos dignos. La vida de un sujeto no es menos digna de ser vivida porque, por ejemplo, es cuadripléjico;³⁸
- c) perder la referencia a la objetividad permite dar el primer paso hacia una legislación permisiva de la eutanasia y otras prácticas similares. Primer paso que, por la pérdida de la referencia objetiva, difícilmente sea el único, tal como lo demuestra el argumento conocido como “pendiente resbaladiza”, que por su relevancia, trataremos en el siguiente apartado.

de la que propuso esta autora en su trabajo, también es posible sostener que, en nuestro ordenamiento jurídico, la dignidad deberá tener necesariamente una base objetiva. Esta discusión no corresponde a este trabajo, pero sintéticamente se podría decir que fundamentan la objetividad el reconocimiento de la dignidad humana unida a la naturaleza del hombre, la referencia a su inviolabilidad –poco sentido tendría hablar de inviolabilidad si su contenido puede ser libremente modificado según la apreciación de cualquier sujeto– y por la protección de aspectos determinados de tal dignidad –ello demuestra que la dignidad no puede tener cualquier contenido– (arg. Prólogo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 51 y cc del Código Civil y Comercial, entre otros).

³⁸ Velasco Suárez (2021, p. 238-253, entre otros de su obra) desarrolla este argumento y hace notar que, precisamente, los considerados “eutanasiables” (término que acuña el autor, junto con el de “eutansiados”, ver notas 7 y 11 de la obra) son quienes se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad por diversos motivos. Se cae así en la actitud de no hacerles notar a esas personas que sus vidas valen igual que cualquier otra, que son valiosas para la sociedad, y se cae también en el facilismo de no hacer los esfuerzos necesarios para que los más vulnerables sean debidamente acompañados. Por su parte, Montero (2001) expresa estas ideas diciendo que si la dignidad no se considera desde el punto ontológico, objetivo, “pasa a ser una noción muy difusa, eminentemente subjetiva y relativa. Subjetiva, porque cada uno sería el único juez de su propia dignidad; y relativa, en el sentido de que la calidad de vida es un concepto de geometría variable, susceptible de adoptar infinidad de grados y de medirse por el raso de criterios diversos. Un ejemplo concreto y significativo de ello –la propuesta de resolución del Parlamento Europeo, elaborada a partir del informe del Dr. Léon Schwartzberg sobre el auxilio a los moribundos (abril de 1998)– permite ilustrar lo mucho que cambia el sentido que ahora se otorga al término ‘dignidad’ [en el informe mencionado aparecen frases tales como ‘la enfermedad quita toda dignidad a la existencia.’]” (p. 30). El autor insiste en que el enfoque se apoya en una nueva noción de dignidad entendida como calidad de vida, calidad de vida que es relativa, aunque puedan establecerse parámetros objetivos para establecerla, nunca será algo absoluto, como la dignidad ontológica. Este autor también trae a colación un argumento de France Quéré que afirma que si la calidad de vida es el criterio de dignidad, entonces la dignidad viene dada por la función social, la carrera, el bienestar económico, los honores, etc. y hay otros sucesos en la vida que pueden privarnos de esa calidad. La conclusión es lógica: qué impediría que en el futuro la pérdida de oportunidades o de calidad de vida en general permitirá considerar la pérdida de la dignidad (p. 30-31).

4 LA PENDIENTE RESBALADIZA Y LA PRÁCTICA DE LA EUTANASIA, CON ESPECIAL REFERENCIA A AMÉRICA LATINA

4.a La Idea de Pendiente Resbaladiza

Velasco Suárez (2021, p. 255-322) hace referencia a una pendiente resbaladiza en el ámbito jurídico y otra en los hechos, que se manifiesta en el creciente número de solicitudes, en la disminución de los esfuerzos por el control de los límites, en la disminución de los esfuerzos por realizar cuidados paliativos, etc. La primera responde, a criterio del autor, a

la propia lógica interna del derrumbe: si se quitan los fundamentos [se admitió que las personas no son dignas por ser humanos], por más que se tomen algunas disposiciones para evitar la ruina de algunos elementos decorativos del edificio del Derecho, éste terminará derrumbándose por completo (VELASCO SUÁREZ, 2021, p. 290).

Aznar (2021, p. 1-10) analiza el argumento de la pendiente resbaladiza y afirma que la progresión podría ser: de pacientes en estado terminal a padecimientos no terminales, de eutanasia para adultos a eutanasia para adolescentes, niños e incluso neonatos, y de eutanasia voluntaria hasta la involuntaria, que comienza por flexibilizar los requisitos de validez del consentimiento.

A continuación, se verá cómo se ha dado el avance en la permisón de las prácticas eutanásicas en algunos países.

4.b Países Paradigmáticos

4.b.1 El Caso de Holanda

El caso de Holanda es bien conocido. En este subapartado expondré una síntesis producto de los trabajos de Andruet (2001, p. 169-194), Vega Gutiérrez y Ortega (2007, p. 89-103) y Velasco Suárez (2021, p. 292-296), sin perjuicio de las citas específicas que se harán en cada caso.

El primer hito que podría mencionarse es el fallo de la Hoge Raad (Corte Suprema de Holanda) de 1984 en el que se absolvió a un médico que practicó eutanasia activa a una paciente de 95 años que padecía sufrimientos insoportables (conocido como “Alkmaar” –Hogeraad, 27- XI-84, NJ 1985, p. 106–). El fallo recogió la opinión de la Real Asociación Médica de Holanda que había establecido antes esos requisitos: paciente que lo solicita voluntariamente,

que se encuentra en estado terminal irreversible o incurable y con grandes padecimientos físicos.

Luego de ello se presentaron diversos proyectos para la legalización de la eutanasia activa, con poco éxito. En 1989, el gobierno holandés decidió conformar una comisión para investigar el estado de la cuestión en Holanda, llamada “Comisión Remmelink”, cuyo informe fue publicado en 1991. En 1993, el Gobierno puso en vigor a través de un reglamento administrativo el “Procedimiento de notificación de la Eutanasia”.

A ese punto, en Holanda seguía vigente el Código Penal con todas sus regulaciones, pero se establecía un procedimiento para la petición voluntaria de eutanasia, seguido el cual, el médico no era penado. Los casos y los requisitos para el consentimiento eran estrictos, pero se empezaron a flexibilizar apenas tres semanas después de la entrada en vigencia de mencionado reglamento: la Corte Suprema consideró que no era delito la conducta de un médico que le practicó eutanasia activa a una paciente con depresión. Se entendió que ya no era necesario el estado terminal irreversible o incurable.

La flexibilización continuó. En principio solo se había pensado para adultos y que se encontraban en uso de sus facultades, pero en 1997 la Real Asociación Holandesa de Médicos afirmó que se puede discutir dar término a la vida médicamente incluso sin consentimiento del afectado en casos extremos.

Tales antecedentes hicieron que en 2001 se dictara la primera ley europea que permitió la eutanasia voluntaria en adultos (Ley de Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio). Pero también la permitió en menores desde los 16 años (hasta los 18 se exigió que los padres hayan participado de la decisión), incluso, menores desde los 12 años, si el médico consideraba que podía valorar sus intereses y los padres se encontraban de acuerdo. Se permitió, además, la eutanasia por directivas médicas anticipadas realizadas. En 2005, según el protocolo Groningen, reconocido por el Ministerio de Justicia de Holanda, se permitió la eutanasia en casos de neonatos minusválidos.³⁹

No podríamos terminar este apartado haciendo referencia a una sentencia del Tribunal Supremo Holandés que demuestra otro paso hacia abajo en a pendiente. En la sentencia a la que se hace referencia, el Tribunal Supremo Holandés absolvió a una médica que le aplicó una inyección letal a una mujer

³⁹ Si el lector desea profundizar en la situación actual de la regulación de la eutanasia en Holanda, es recomendable que recurra al Código sobre la Eutanasia –cuya última versión disponible al momento de redactar estas líneas es el de 2022, pero se actualiza con frecuencia–. El Código es redactado por las Comisiones Regionales de Verificación de la Eutanasia (CRV) y su principal objetivo “es mantener y, siempre que sea posible, mejorar el alto grado de diligencia y cuidado con que se practica la eutanasia en los Países Bajos”. Por ello, el código es más bien un manual sobre las normas, su implementación, interpretación en la práctica y en la jurisprudencia. En su interpretación, “las CRV se basan en normas que se han ido derivando de los dictámenes que han emitido las CRV en los últimos 20 años sobre notificaciones individuales de eutanasia, en la jurisprudencia y por supuesto, en la ley” (la versión en español del año 2022 se encuentra disponible al 15 de agosto de 2024 en: <https://www.euthanasiecommissie.nl/binaries/euthanasiecommissie/documenten/publicaties/ec-2022/ec-2022/7/5/RTE_EuthaCode2022_Spanish.pdf>).

con diagnóstico de Alzheimer luego de que ésta se negara en el momento concreto a que se le inyectase la dosis letal.

La paciente había dicho previamente al hecho fatal que deseaba recibir una inyección letal antes de perder totalmente sus facultades, pero que deseaba ser ella quien lo decidiera según crea que haya llegado el momento (afirmó: “Quiero ejercer mi derecho legal a que me apliquen la eutanasia, cuando lo considere oportuno [...] Confiando en que cuando la calidad de mi vida se haya vuelto tan pobre que se me administrará la eutanasia *a petición mía*”).

A medida que avanzaba la enfermedad, la paciente tenía períodos en los que no recordaba o reconocía las cosas. De hecho, en una entrevista con la geriatra, el marido le refirió que “está decayendo, muchas veces está inquieta, sobre todo al final del día, constantemente dice que quiere morir, pero después de 5 minutos dice que ya no”. En una consulta con la paciente, el médico relata lo siguiente:

Le pregunté cómo iban las cosas y ella dijo: “Estoy bien”. Luego pregunté sobre la admisión y la eutanasia. Ella no sabía qué era la eutanasia. Se lo expliqué y en ese momento dijo: “no, no quiero eso”. Le expliqué que sería internada y que tenía que quedarse allí y que ella previamente había indicado que no quería eso y entonces comencé a hablar de eutanasia. Ella dijo: “sí, tal vez lo quiera entonces, pero ahora no”.

Ante los dichos de la paciente, la geriatra consideró que ella ya no era competente o capaz para modificar su voluntad primigenia. La geriatra desestimó la negativa o dilación de la práctica eutanásica expresada por la paciente y se dispuso, con el esposo y la hija de aquella, al procedimiento letal. Llegado el día, se reunieron la profesional y los familiares con la paciente en cuestión a tomar un café, con la finalidad de aplicar la inyección letal durante esa reunión de familia. Mientras tomaban el aperitivo la médica colocó un sedante en la bebida de la paciente. La paciente se durmió y la profesional de la salud comenzó a aplicarle la dosis letal. En ese momento, la paciente cobró conciencia y se resistió a que le sigan aplicando la dosis letal, pero entre el médico y los familiares la redujeron y completaron la dosis necesaria para producirle el deceso.⁴⁰

Finalmente, el viernes 14 de abril de 2023 el primer ministro neerlandés, Mark Rutte, anunció que se permitiría la terminación activa de la vida de niños menores de 12 años que padezcan sufrimientos intolerables e incurables y tengan poca perspectiva de vida.

⁴⁰ Tribunal Supremo de Holanda (*Hoge Raad der Nederlanden*), 21-4-2020, cita: ECLI:NL:HR:2020:712, ver la sentencia en el sitio oficial del Poder Judicial <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2020:712>>, disponible al 15 de agosto de 2024. Ver también la presentación de la Fiscalía del Tribunal Supremo, donde se cuentan con más detalle algunos hechos en la misma página oficial, disponible al 15 de agosto de 2024 en <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:PHR:2019:1338>>. La traducción utilizada es la del traductor de Google del holandés al inglés, contrastada en sus notas más relevantes con otras fuentes periodísticas y científicas, tales como Alida Asscher y Van de Vathorst (2019, p. 72-74), Velasco Suárez (2021, p. 263-268) y Absuelta (2019).

4.b.2 El Caso de Bélgica

En lo que respecta al aspecto jurídico, el inicio en Bélgica no ha sido paulatino, sino muy avanzado desde el principio, pero, a pesar de ello, se ha avanzado más aún. En el año 2002, el 28 de mayo, se dictó una norma que regula la eutanasia y la define como el acto practicado por un tercero por el que se pone intencionalmente fin a la vida de una persona a petición suya. La ley dispuso que una persona que se encuentre en uso de sus facultades mentales puede solicitar la eutanasia activa siempre que padezca una dolencia física irreversible o incurable, o una enfermedad mental siempre que se hayan agotado todos los medios para su curación. La norma solo contemplaba el caso de personas mayores. El 10 de noviembre de 2005 se modificó la norma para evitar la punición de los farmacéuticos que suministraban las drogas necesarias para practicarlas. En 2014, los diputados belgas aprobaron una ley que permite a los menores –sin límite de edad, el límite es la capacidad de discernimiento del menor– solicitar la práctica eutanásica, con el consentimiento de los padres, siempre que se encuentren frente a una enfermedad terminal irreversible y próximos al deceso y padezcan un sufrimiento físico insostenible. Tanto el estado del paciente, como la capacidad del menor para comprender y solicitar la práctica deben ser constatados por personal médico, lo que ha permitido una flexibilización paulatina de este criterio en la práctica, lo mismo que sucede con los requisitos para el consentimiento en adultos. Por ello, si bien se percibe una “pendiente resbaladiza” en el ámbito jurídico, es en la práctica o la aplicación de las normas donde la pendiente se manifiesta más notablemente, especialmente en la falta de control por parte de las autoridades para constatar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos⁴¹.

4.b.3 Conclusiones sobre lo Visto en los Casos de Holanda y Bélgica

La experiencia de países tales como Holanda o Bélgica nos permiten comprender que se comienza por una eutanasia voluntaria para casos de excepción, se avanza paulatinamente, pasando por eutanasia en adolescentes, niños y neonatos, hasta llegar, incluso, a la eutanasia involuntaria o contra la voluntad de la persona a la que se le realiza la práctica –quizás pueda llamársela “víctima”–, tal como sucedió en Holanda.

⁴¹ Lo expuesto sobre el caso de Bélgica es una síntesis de lo dicho por diversos autores (RAUS; VANDERHAEGEN; STERCKX, 2021, p. 80-107; VEGA GUTIÉRREZ, 2007, p. 71-87; VELASCO SUÁREZ, 2021, p. 294-297). Sin embargo, al igual que en el caso de Holanda, todo responde a datos oficiales que el lector puede constatar de modo sencillo.

5 LEGISLACIÓN ARGENTINA APLICABLE AL RECHAZO DE TRATAMIENTOS MÉDICOS Y SU INTERPRETACIÓN

Las normas nacionales que tratan de modo específico la cuestión del derecho de una persona a rechazar tratamientos médicos son los artículos 59 y 60 del CCyC y los artículos 2.º, inc. e), 5.º, inc. g) y 11 de la LDP.

Se podría decir que, aunque las previsiones del CCyC son posteriores a la última reforma de la LDP, esta es una ley especial, dictada específicamente para regular sobre la materia, realizada con la intervención de personal especializado y discutida más detenidamente que las normas del CCyC. Estas últimas, además, reconocen en las primeras su fuente casi literal –veremos que el “casi” es muy importante–, incorporando sus textos apenas adaptados. El legislador del CCyC pretendió incorporar en su texto las normas de diversas leyes,⁴² entre las que se encuentran, claramente, las de la LDP. Tal incorporación obliga a recurrir a la LDP como norma vigente y principal, además de un recurso indispensable para comprender adecuadamente las previsiones del CCyC, para complementarlas e integrarlas (TOBÍAS, 2019, p. 761 y 803-810).⁴³

En lo tocante a los artículos involucrados en la solución del caso que se comenta, deben hacerse más precisiones. En efecto, el CCyC pretendió recoger en el inciso g) del artículo 59 el inciso g) del artículo 5.º de la LDP. Este último, por su parte, obliga a comunicarle al paciente, como parte del contenido del consentimiento informado, el derecho a rechazar procedimientos médicos, el cual está desarrollado en el inciso e) del artículo 2.º. La autonomía del paciente, y específicamente su facultad de rechazar determinados procedimientos, no se encuentra regulada en el art. 5.º de la LDP y, por tanto, tampoco en el 59 del CCyC. Estos últimos artículos pretenden receptor la obligación de los agentes de salud de comunicarle al paciente un derecho reconocido en el art. 2, inc. e) de la LDP.

Lo correcto es ir a la regulación del derecho de que se habla –e informa– para aplicarlo debidamente. Además –es importante remarcarlo–, ni el inciso g) del artículo 59 del CCyC ni el inciso g) del artículo 5.º de la LDP pueden entenderse sin la referencia al art. 2.º de la LDP, pues su redacción es confusa y contradictoria en sí misma y en relación con otros artículos.⁴⁴

⁴² Así se ha hecho en muchas oportunidades. Las normas cuyo texto se incorpora al CCyC siguen vigentes, de modo que ambas se interrelacionan y complementan. De este modo ha procedido, por ejemplo, en el título destinado a los contratos de consumo, donde se afirmó que se pretenden incluir principios generales que las leyes especiales pueden modificar si pretenden establecer “condiciones superiores” (PODER EJECUTIVO NACIONAL, 2012, p. 613).

⁴³ Por ello, por ejemplo, para las directivas médicas anticipadas deben seguirse las formalidades establecidas por la LDP, en tanto que el CCyC es menos exigente en cuanto a la formalidad del acto jurídico.

⁴⁴ En efecto, el inciso g) del art. 5.º de la LDP contiene la siguiente frase: “De padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación...”, lo que podría hacer pensar que no es necesario que el paciente se encuentre en un estadio terminal, basta con que sea irreversible o incurable. Pero en la misma oración se dice al final: “También del derecho de rechazar procedimientos de

El inciso e) del artículo 2.º de la LDP –cuya redacción tampoco es perfecta–, en lo que a este asunto respecta, regula el derecho del paciente que presenta “una enfermedad irreversible, incurable o se encuentra en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación” a rechazar ciertas prácticas “cuando sean extraordinarias o desproporcionadas”. En este marco, *en la oración siguiente*, se dice que “también” se podrán rechazar “procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de *ese estadio terminal irreversible o incurable*”.⁴⁵ La letra es clara en todos sus aspectos, también en relación con el estado terminal,⁴⁶ aunque en alguna oportunidad, lamentablemente, ha sido interpretada incorrectamente.⁴⁷ El texto permite el retiro de la alimentación e hidratación cuando el sujeto se encuentre en un estado *terminal*, que debe ser, además, irreversible o incurable. No basta con que el estado del paciente sea el de una enfermedad o lesión irreversible o incurable: su estado debe ser terminal.

Asimismo, la interpretación de ese inciso –en conjunto con el resto del articulado– obliga a considerar este derecho en el marco de la prohibición del artículo 11 de la LDP (y del art. 60 del CCyC): el médico deberá aceptar los pedidos del paciente con excepción de los que “impliquen desarrollar prácticas eutanásicas”, que “se tendrán como inexistentes”.

Dicho lo anterior, queda aclarar que el retiro de la alimentación e hidratación podrá darse cuando no resulte una práctica eutanásica (con el juicio de proporcionalidad del medio como eje). A eso obliga una lectura sistemática de la norma. ¿Pueden la hidratación y la alimentación ser retiradas sin que esto constituya una práctica eutanásica? Solo de modo muy excepcional. ¿Cuándo? Cuando la alimentación y la hidratación no cumplan sus funciones propias de alimentar e hidratar o, más aún, cuando resulten perjudiciales para el paciente debido a su estado o se haga imposible suministrarlas.⁴⁸ Si la alimentación y la

hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo *de ese estadio terminal irreversible e incurable*” (el destacado me pertenece). La lectura literal parece contradictoria: o solo se pueden rechazar procedimientos cuando el paciente se encuentra en estado terminal (que debe ser, además, irreversible e incurable), o el paciente se puede negar a determinados tratamientos siempre que se encuentre en cualquiera de las situaciones descriptas al principio del párrafo. La misma contradicción existe en el inc. g) del art. 59 del CCyC. La disyuntiva se soluciona con la fuente de ambos artículos: el artículo 2.º, inc. e) de la LDP.

⁴⁵ El destacado me pertenece.

⁴⁶ La exigencia del estado terminal surge, además, del Decreto 1089/2012, reglamentario de la norma, que aclara expresamente en la parte pertinente que el paciente podrá rechazar la alimentación y la hidratación “cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal”. También Andruet (2015, ap. II) propuso en su momento esta interpretación, criticando el fallo que se cita en la siguiente nota.

⁴⁷ Es lo que ha hecho, a nuestro modo de ver, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *D., M. A.* (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *D., M. A. s/declaración de incapacidad*, 7-7-2015, Fallos: 338:556).

⁴⁸ Algunos ejemplos podrían ser que el paciente padezca un desorden orgánico generalizado que le impide el funcionamiento correcto del sistema digestivo, o en un estado de agonía, próximo a la muerte. El curador *ad litem* en el caso *D., M. A.*, resuelto por la CSJN, sostiene que la norma nacional habilitaría el retiro de la alimentación e hidratación en un paciente en estado terminal cuando “no satisfagan su finalidad específica, esto es, hidratar y alimentar al paciente” (considerando 2.º). Por su parte, la Congregación para la Doctrina de la Fe (2007b) ha publicado un “Artículo de Comentario” sobre el asunto en el que ha recogido las declaraciones magisteriales

hidratación cumplen su función y no empeoran la condición del paciente, no pueden ser retiradas, pues nunca será desproporcionado alimentar e hidratar a una persona a la que la nutrición beneficie.⁴⁹

Ello es independiente de que se considere que la hidratación y alimentación son una práctica médica (que pueden no serla),⁵⁰ pues constituye el resguardo mínimo para mantener a todo sujeto con vida si no puede alimentarse autónomamente (sea alimentación oral o enteral).⁵¹ Otros medios podrían llegar a ser desproporcionados, siempre en relación con las circunstancias concretas del paciente, pero la alimentación y la hidratación, en tanto cumplan su función y no generen complicaciones al estado del paciente, son medios universales de subsistencia que cubren necesidades fisiológicas exigidas por cualquier organismo vivo.

6 CONCLUSIONES

El fin de la vida trae consigo una serie de preguntas muy relevantes, algunas de las más importantes que puede hacerse una persona. Entre ellas, se suele cuestionar el valor de la vida misma y qué es lo que la hace digna. En este trabajo pretendí afirmar que toda vida es digna, objetiva y ontológicamente, sin

relativas al asunto, que son numerosas. De estas intervenciones surge otra formulación de las posibles excepciones mencionadas, se habla de su obligatoriedad “cuando no resulten gravosos para él” (PONTIFICIO CONSEJO PARA LOS AGENTES SANITARIOS, 1995, N.º 120). La Congregación para la Doctrina de la Fe (2007a) respondió a dos preguntas realizadas por la Conferencia Episcopal Estadounidense y afirmó la obligatoriedad, “en la medida y mientras se demuestre que cumple su propia finalidad”, de suministrar la alimentación y la hidratación en pacientes en EVP, aún prolongado, por ser “cuidados ordinarios y proporcionados” debidos a todo paciente (junto con la calefacción, higiene, etc.). En el artículo comentario, la Congregación (2007b) afirma que la obligatoriedad moral “no excluye que, en alguna región muy aislada o extremadamente pobre, la alimentación e hidratación artificiales puede que no sean físicamente posibles, entonces *ad impossibilia nemo tenetur*, aunque permanece la obligación de ofrecer los cuidados mínimos disponibles y de buscar, si es posible, los medios necesarios para un adecuado mantenimiento vital. Tampoco se excluye que, debido a complicaciones sobrevenidas, el paciente no pueda asimilar alimentos y líquidos, resultando totalmente inútil suministrarlos. Finalmente, no se descarta la posibilidad de que, en algún caso raro, la alimentación e hidratación artificiales puedan implicar para el paciente una carga excesiva o una notable molestia física vinculada, por ejemplo, a complicaciones en el uso del instrumental empleado”.

⁴⁹ En este contexto, es complejo el análisis de la frase del artículo 2.º de la LDP en cuanto se dice que la alimentación y la hidratación pueden ser retiradas cuando “produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal”. La alimentación y la hidratación nunca producirán como único efecto mantener a una persona en un estado terminal. Si el artículo se estuviera refiriendo a esos medios como únicos soportes vitales y la vida misma con su dignidad pudiera ser fútil como para acortarla, podría ser incompatible con el artículo 11 de la LDP y con otras normas de raigambre constitucional.

⁵⁰ Se discute incluso si la alimentación enteral puede ser considerada un tratamiento médico. Algunos profesionales de la medicina sostienen que no califica de tal. Aunque, por ejemplo, el acto de la yeyunostomía sea una práctica médica, una vez realizada, el hecho de mantener la vía y alimentar al paciente no es un acto médico, lo puede realizar cualquier persona, incluso en el domicilio del paciente sin asistencia de profesional alguno (MONTIEL BOEHRINGER, 2008, p. 35-36).

⁵¹ En Inglaterra, han surgido voces autorizadas para referirse a la falta de ética y a la inconveniencia de permitir retirar la alimentación y la hidratación en casos de cuidados de personas en estado terminal (CRAIG, 1994; CRAIG, 2008).

importar las circunstancias. Por la propia dignidad de la persona, su titular, es que se valora toda vida y se procura que toda persona pueda vivirla dignamente hasta el último instante.

Por ello he afirmado, que no existe propiamente un “derecho a la muerte” (entendido como derecho a solicitar que se le cause la muerte, por acción u omisión), sino un derecho a vivir dignamente hasta el último instante. El supuesto “derecho a la muerte” no ha sido reconocido expresamente en el ordenamiento jurídico. Tampoco es parte del contenido esencial de otro derecho reconocido. Especialmente, no es un derecho como parte del contenido esencial del derecho a la autodeterminación, pues, entre otras razones importantes, tal derecho solo *permite* la realización de actos sin la injerencia externa, pero no da *derecho* a cierto acto, con todo lo que ello implica. Algunas de las otras razones son: no puede haber un derecho cuyo contenido esencial constituye la eliminación absoluta del contenido esencial del bien jurídico que sustenta la existencia; tampoco podría ser parte del contenido esencial de un derecho la posibilidad de atentar directamente contra la dignidad esencial u ontológica, desconociéndola. Por tanto, nadie tiene el derecho de solicitar que se le cause la muerte.

Sí existe el derecho, por otro lado, a rechazar determinados tratamientos cuando resultan desproporcionados y a exigir los cuidados necesarios para transitar los últimos momentos de la vida del modo más digno posible de acuerdo con las circunstancias. Por tanto, toda práctica eutanásica, aunque pueda ser bienintencionada, es injusta.

La eutanasia es la causación, por acción u omisión, de la muerte de otra persona con la finalidad de aliviar el sufrimiento por un padecimiento de salud (por ejemplo, una enfermedad o lesión que produce dolor), o de concluir con una vida que no es considerada digna (por ejemplo, el caso de un paciente en estado vegetativo permanente).

El derecho a rechazar tratamientos médicos tiene un límite, como toda disposición de derechos personalísimos. El límite es exigido por la propia dignidad de la persona humana, que impone la realización de los medios proporcionados (consideradas todas las cosas) para que el sujeto viva dignamente hasta el último instante.

Lo que define la licitud o ilicitud de una conducta omisiva –destinada a no realizar un tratamiento o a suspender un tratamiento que se está realizando– es la proporción del medio disponible frente a una afección de salud. Para valorar tal proporción, deben considerarse tanto las características del medio en sí como las circunstancias del paciente. En el balance entre costos y beneficios es especialmente importante la probabilidad de la eficacia de la práctica en relación con la extensión y la calidad de vida que resulte para el paciente, así como la capacidad del paciente para afrontar, tanto física como psicológica y moralmente, la práctica.

En los ordenamientos jurídicos de determinados países en los que se ha habilitado la eutanasia se verificó un fenómeno preocupante: la llamada

“pendiente resbaladiza”. No parece difícil de creer que una vez que se admite alguna excepción a la inviolabilidad de la vida se ingrese en una dinámica en la que las excepciones son cada vez más y cada vez menos “excepcionales”. Dicho de otro modo, una vez que se permite que una persona pueda decidir que se le cause la muerte, es difícil no terminar por admitir cada vez más situaciones que “justifiquen” que una persona pueda solicitar que se le quite la vida. Esa tendencia a ser cada vez más permisivos, menos exigentes frente a requisitos y presupuestos es la que vio en las historias de Holanda y Bélgica. Son ejemplos que señalan una realidad que no puede ser obviada por quienes piensen que la eutanasia podría ser habilitada en determinados “casos excepcionales”.

El ordenamiento jurídico argentino establece límites a la disponibilidad de los derechos personalísimos. Entre estos, tanto en la Ley 26529 –sobre los derechos de los pacientes o LDP– como en el Código Civil y Comercial, se establecen límites a la posibilidad de rechazar tratamientos y a la posibilidad de solicitar la realización activa de prácticas eutanásicas. Entre las normas citadas, la primera cobra especial relevancia, más específicamente sus artículos 2.º y 11.

Según el inc. e) del artículo 2.º de la LDP, el paciente que presenta “una enfermedad irreversible, incurable o se encuentra en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación” puede rechazar ciertas prácticas “cuando sean extraordinarias o desproporcionadas”. Según el artículo 11, el profesional de la salud debe desoír peticiones que constituyan “prácticas eutanásicas”, que se tendrán como “inexistentes”.

En la segunda oración del párrafo citado del inciso e) del art. 2.º de la LDP, se dice que “también” se podrán rechazar “procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”. Ello implica que solo en el caso de una situación terminal irreversible e incurable el paciente podría solicitarlo. Pero, además, el retiro de la alimentación y la hidratación debe resultar un medio extraordinario o desproporcionado para las circunstancias del paciente y, por ende, no resultar una práctica eutanásica. Por tanto, el retiro de la alimentación o hidratación podrá darse cuando el medio no cumpla su función o cuando resulte perjudicial para el paciente.

Finalmente, quisiera aclarar que es distinto a la eutanasia es el derecho del paciente de solicitar todos los medios al alcance para transitar los últimos momentos de su vida del modo más digno posible (con menor dolor, pudiendo estar acompañado de sus allegados, etc.). Acompañar a un ser humano para que recorra dignamente los últimos momentos de su vida es una tarea que exige la propia dignidad de la persona. Pero a veces se ponen más esfuerzos en terminar con esa vida que en acompañar a su titular para que descubra su valor.

BIBLIOGRAFÍA

- ABSUELTA tras aplicar la eutanasia a una paciente que dio señales contradictorias sobre su deseo a morir. En: ABC. 11 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.abc.es/sociedad/abci-holanda-absuelve-doctora-aplico-eutanasia-paciente-alzheimer-201909111355_noticia.html>.
- ALIDA ASSCHER, Eva Constance; VAN DE VATHORST, Suzanne. First prosecution of a dutch doctor since the Euthanasia Act of 2002: what does the verdict mean? En: Journal of Medical Ethics, London, Ed. BMJ, v. 46, p. 72-74, 2019. Disponible en: <<https://jme.bmj.com/content/medethics/46/2/71.full.pdf>>.
- ANDRUET, Armando S. (h). Ley holandesa de “terminación de la vida a petición propia”: nuestra consideración acerca de la eutanasia. En: **Derecho y Salud**, Ed, Asociación Juristas de la Salud, v. 9, n. 2, p.169-199, 2001.
- ANDRUET, Armando S. (h.). Elementos para una heurística adecuada del fallo sobre muerte digna de la Corte Suprema de la Nación (el caso ‘M. D.’). SJA, 19-8-2015. AR/DOC/5198/2015. 2015.
- ARGENTINA. Cámara Contencioso Administrativa, de 2.^a Nom., Sosa Ocampo, Rosa Marianela y otros c/Municipalidad de Córdoba. Amparo Ley 4915, 28-9-2023. Disponible en: <https://www.justiciacordoba.gob.ar/cargawebweb/_News/file.aspx?id=22688>.
- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. D., M. A. s/declaración de incapacidad, 7-7-2015, Fallos: 338:556.
- ARGENTINA. Poder Ejecutivo Nacional. Proyecto de Ley de la Nación y Comercial Código Civil. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N.º 884/2012. Infojus, 2012.
- ARGENTINA. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. S., M. d. C. S/Insania. 9-2-2005. Disponible en: <<https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=25576>>.
- AZNAR, Justo. The slippery slope of euthanasia. En: **Medicina e Morale Rivista internazionale di Bioetica**, Pavia, Ed. Università Cattolica del Sacro Cuore, v. XXX, p. 1-10, 2021.
- BENDER, Aandreas; JOX, Ralf J.; GRILL, Eva; STRAUBE, Andreas; LULÉ, Dorothée. Persistent vegetative state and minimally conscious state: a systematic review and meta-analysis of diagnostic procedures. En: **Deutsches Arzteblatt International**, Oxford, Ed. Oxford University Press, v. 112, n. 14, p. 235-242, 2015.
- BRODY, Howard. Physician-assisted suicide in the Courts: moral equivalence, double effect, and clinical practice. En: **Minnesota Law Review**, Minnesota, Ed. University of Minnesota Law School, v. 82, p. 939-963, 1998.

CALIPARI, Maurizio. **Curarse y hacerse curar**: entre el abandono del paciente y el encarnizamiento terapéutico: ética del uso de los medios terapéuticos y de soporte vital. Buenos Aires: Educa, 2007.

CÁMARA VILLAR, Gregorio. La regulación de la eutanasia y del suicidio asistido en el mundo: panorama general y comparado. In: **Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado**, Madrid, Ed. Instituto para el Estudio de la Libertad Religiosa / Boletín Oficial del Estado (BOE), v. XXXVII, p. 452-459, 2021.

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago. La reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Supremo en Canadá en relación con el derecho a la muerte digna. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, v. 36, n. 108, p. 337-356, sept./dic. 2016.

CHILDS, Nancy L.; MERCER, Walt N. Late improvement in consciousness after post-traumatic vegetative state. En: **The New England Journal of Medicine**, Waltham (Mass.), Ed. Massachusetts Medical Society, v. 334, p. 24-25, 1996.

CRAIG, Gillian. Is sedation without hydration or nourishment in terminal care lawful? En: **Medico-Legal Journal**, Bethesda (MD), Ed. National Library of Medicine, v. 62, n. 4, p. 198-201, 1994.

CRAIG, Gillian. **Palliative care in overdrive**: patients in danger. En: **American Journal of Hospice and Palliative Medicine**, Thousand Oaks (CA), Ed. Sage, v. 25, n. 2, p. 155-160, 2008.

DARKO, Chudy; RAGUŽ, Mariana; DELETIS, Vedran. Chapter 36—deep brain stimulation for treatment patients in vegetative state and minimally conscious state. En: DELETIS, Vedran; SHILIS, Jay L.; SALA, Francesco; SEIDEL, Kathleen. (Ed.). **Neurophysiology in neurosurgery**: a modern approach. 2. ed. Cambridge (Mass.): Academic Press, 2020. p. 515-521.

ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 19/2023, 22 de abril.

ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Constitucional, STS 120/90, 27 de abril.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de los Estados Unidos. Cruzan vs. Director. Missouri Department of Health, 497 U.S., 261. 1990.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de los Estados Unidos. Vacco v. Quill, 521 U.S., 793. 1997.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de los Estados Unidos. Washington v. Glucksberg, 521 U.S., 702. 1997.

EUTHANASIA and clinical practice: trends, principles and alternatives: a working party report. En: GORMALLY, Luke (Ed.). **Euthanasia, clinical practice and law**. London: Linacre, 1994. p. 48-50.

FRANCIA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pretty vs. United Kingdom*. Strasbourg, 29-4-2002, ap. 39. Síntesis en: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-5380%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-5380%22]}).

GÓMEZ-SANCHO, Marcos (Coord.). Atención médica al final de la vida: conceptos y definiciones. Madrid, Ed. Grupo de Trabajo de la Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos, v. 12, n. 4, 2015. Disponible en: <<https://www.gacetamedicabilbao.eus/index.php/gacetamedicabilbao/article/view/38/0>>.

GORSUCH, Neil M. **The future of assisted suicide and euthanasia**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

HERVADA, Javier. Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo. En: **Persona y Derecho**, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, n. 2, p. 195-254, 1975.

KEOWN, John. **Euthanasia, ethics and public policy**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

MARCOS DEL CANO, Ana María. ¿Existe un derecho a la eutanasia?: panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de la Eutanasia en nuestro país. En: **Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico**, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 29, p. 128-151, 2021.

MAIESE, Kenneth. Vegetative state. En: MSD Manuals. 2022. Disponible en: <<https://www.msmanuals.com/home/brain,-spinal-cord,-and-nerve-disorders/coma-and-impaired-consciousness/vegetative-state>>.

MARZEN, Thomas J.; O'DOWD, Mary K.; CRONE, Daniel M.; BALCH, Thomas J. Suicide: a constitutional right?: reflections eleven years later. En: **Duquesne Law Review**, Pittsburgh, Pensilvânia, Ed. Duquesne University, v. 35, p. 264-271, 1996.

MELCHIORI, Franco Andrés. Algunas cuestiones sobre el fin de la vida, la eutanasia y la alimentación e hidratación en pacientes en estado vegetativo. In: **Revista Jurídica Austral**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Austral, v. 5, n. 1, p. 313-350, 2024a.

MELCHIORI, Franco Andrés. El consentimiento informado y la autonomía del paciente: una visión general aplicada a la facultad del paciente de rechazar tratamientos con posibles efectos sobre el fin de su vida. In: JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, XXIX. Ponencias. Comisión 1. Parte general, Universidad Austral, *ebook*, p. 252-2263. Disponible al 21 de noviembre de 2024 en: <<https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/09/1-Parte-general-1.pdf?x86825&x86825>>. 2024b.

MONTERO, Etienne. ¿Hacia una legalización de la eutanasia voluntaria?: reflexiones acerca de la tesis de la autonomía. En: **Cuadernos de Bioética**,

Madrid, Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI), v. 12, n. 44, p. 27-43, 2001.

MONTIEL BOEHRINGER, Verónica. **Retirar la alimentación e hidratación:** problema bioético en el paciente en estado vegetativo permanente. Marolo: IF Press, 2008.

NOÉ, Enrique; OLAYA, José; COLOMER, Carolina; MOLINER, Belén; UGART, P.; RODRÍGUEZ, C.; LLORENS, Roberto; FERRI, Joan. Current validity of diagnosis of permanent vegetative state: a longitudinal study in a sample of patients with altered states of consciousness. En: **Neurología**, Ed. Sociedad Española de Neurología, v. 34, n. 9, 589-595, 2019.

OLLERO TASSARA, Andrés. Eutanasia y multiculturalismos: derecho, moral y religión en una sociedad pluralista. En: **Cuadernos de Bioética**, Madrid, Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI), v. 12, n. 44, p. 44-54, 2001.

PADILLA, Rene; DOMINA, Ana. Effectiveness of sensory stimulation to improve arousal and alertness of people in a coma or persistent vegetative state after traumatic brain injury: a systematic review. En: **The American Journal of Occupational Therapy**, Oxford, Ed. Oxford University Press, v. 70, n. 3, p. 1-8, 2016.

PAÍSES BAJOS. Fiscalía del Tribunal Supremo de los Países Bajos. Parket bij de Hoge Raad. ECLI:NL:PHR:2019:1338. Parket bij de Hoge Raad, 19/04910, 17-12-2019. Disponible en: <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:PHR:2019:1338>>.

PAÍSES BAJOS. Tribunal Supremo de los Países Bajos. Hoge Raad der Nederlanden. ECLI:NL:HR:2020:712. Hoge Raad, 19/04910, 21-04-2020. Disponible en: <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2020:712>>.

RAUS, Kasper; VANDERHAEGEN, Berg; STERCKX, Sigrid. Euthanasia in Belgium: shortcomings of the law and its application and of the monitoring of practice. En: **The Journal of Medicine and Philosophy**, Oxford, Ed. Oxford University Press, v. 46, Issue 1, p. 80-107, 2021.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. 21. ed. Madrid: Espasa Calpe, 1992.

REQUENA MEANA, Pablo. **¡Doctor, no haga todo lo posible!**: de la limitación a la prudencia terapéutica. Albolote (Granada): Comares, 2017.

RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos. Eutanasia y distanasia: dos extremos opuestos. En: **Revista de la Facultad de Jurisprudencia**, Quito, Ed. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, v. 6, p. 289-310, 2019.

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. Eutanasia. B. Especies de eutanasia. En: **Gran Enciclopedia Rialp**. v. IX. Madrid: Rialp, 1992. p. 577.

SAMBRIZZI, Eduardo A. **Derecho y eutanasia**. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2005.

SAPAG, Mariano A. El derecho ante la muerte: consideraciones jurídicas y morales en torno a la “eutanasia” y la “otonasia”. In: **Revista de Derechos Humanos**, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, n. 1, p. 171-192, 2010.

SILBERBERG, Agustín Alfredo; ROBERTO, Josefina; ACHÁVAL, Mora. Eutanasia y distanasia: dos extremos opuestos. En: **Cuadernos de Bioética**, Madrid, Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI), v. XXIX, n. 96, p. 137-146, 2018.

SMITH, Juan Carlos. Muerte. En: LERNER, Bernardo (Ed.). **Enciclopedia Jurídica Omeba**. t. XIX. Buenos Aires: Omeba, 1964. p. 932-936.

SORIA SAINZ, José Luis. Eutanasia. 3. La muerte sin dolor. En: **Gran Enciclopedia Rialp**. v. IX. Madrid: Rialp, 1992c. p. 579.

SORIA SAINZ, José Luis. 1. Eutanasia. Estudio general. A. Noción e historia. En: **Gran Enciclopedia Rialp**. v. IX. Madrid: Rialp, 1992a. p. 577.

SORIA SAINZ, José Luis. 1. Eutanasia. 2. Juicio moral. En: **Gran Enciclopedia Rialp**. v. IX. Madrid: Rialp, 1992b. p. 578-579.

SPAEMANN, Robert. Sobre el concepto de dignidad humana. En: **Persona y Derecho**, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, n. 19, p. 13-33, 1988.

THE MULTI-SOCIETY TASK FORCE ON PVS. Medical aspects of the persistent vegetative state. En: **New England Journal of Medicine**, v. 330, n. 21, p. 1.499-1.508, 1994.

TOBIÁS, José W. Glosas a los artículos 1 a 104 y 141 a 224. En: ALTERINI, Jorge Horacio (Dir.). **Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tratado exegético**. v. I. 3. ed. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2019.

UNION KINGDOM PARLIAMENT. House of Lords Select Committee on Medical Ethics. Medical ethics: select committee report. En: House of Lords Official Report, v. 554, p. 1.344-1.412, 1994. Disponible en: <<https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1994/may/09/medical-ethics-select-committee-report>>.

VAN ERP, Willemijn S.; LAVRIJSEN, C. Jan M.; VAN DE LAAR, Floris Alexander.; VOS, Pieter E., LAUREYS, Steven; KOOPSMANS, Raymond T. C. M. The vegetative state/unresponsive wakefulness syndrome: a systematic review of prevalence studies. En: **European Journal of Neurology**, London, Ed. Wiley-Blackwell, v. 21, n. 11, p. 1.361-1.368, 2014.

VATICANO. Congregación para la Doctrina de la Fe. Artículo de comentario. OR, 15.9.2007, p. 1-5, 2007b.

VATICANO. Congregación para la Doctrina de la Fe. Declaración iura et bona. En: **Acta Apostolicae Sedis**, Vaticano, v. 72, 1980.

VATICANO. Congregación para la Doctrina de la Fe. Respuestas a algunas preguntas de la Conferencia Episcopal Estadounidense sobre la alimentación y la hidratación artificiales. En: **Acta Apostolicae Sedis**, Vaticano, v. 99, p. 820-821, 2007a.

VATICANO. Dicasterio para la Doctrina de la Fe. Declaración dignitas infinita. En: Boletín de la Oficina de Prensa de la Santa Sede. 2024. Disponible en: <<https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2024/04.html>>.

VATICANO. Pontificio Consejo para la Pastoral de los Asistentes Sanitarios. **Carta de los Agentes Sanitarios**, Vaticano, OR, 15.9.2007, p. 1-5, 1995.

VEGA GUTIÉRREZ, Javier. La práctica de la eutanasia en Bélgica y la “pendiente resbaladiza”. En: **Cuadernos de Bioética**, Madrid, Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI), v. XVIII, n. 1, p. 71-87, 2007.

VEGA GUTIÉRREZ, Javier; ORTEGA, Íñigo. La “pendiente resbaladiza” en la eutanasia en Holanda. En: **Cuadernos de Bioética**, Madrid, Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI), v. XVIII, n. 1, p. 89-104, 2007.

VELASCO SUÁREZ, Diego. **Eutanasia y dignidad: perspectivas jurídica, filosófica, sociológica e histórica de un debate**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2021.

WORKING GROUP ON THE SIGNS OF DEATH. The Signs of Death. 11-12 September 2006. Vaticano: Pontificia Academia de las Ciencias, 2007.

XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión 1. Conclusiones. Universidad Austral. *ebook*, p. 21. 2024. Disponible: <<https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/09/1-Parte-general-1.pdf?x86825&x86825>>. Acceso en: 21 de noviembre de 2024.

ZAMBRANO, María del Pilar. La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico: apuntes para el uso válido, conveniente y transparente del concepto de dignidad en la argumentación judicial. In: **Prudentia Iuris**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, v. 94, p. 309-344, 2022.

ZAMBRANO, María del Pilar. **La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ábaco, 2005a.

ZAMBRANO, María del Pilar. Omisión o suspensión de cuidados vitales: matar o dejar morir. En: CONTRERAS AGUIRRE, Sebastián; MIRANDA MONTECI-

NOS, Alejandro (Ed.). **Problemas de derecho natural**. La Ley-Thompson Reuters, 2015. p. 141-160.

ZAMBRANO, María del Pilar. Privacidad y omisión de tratamientos médicos. La tolerancia del suicidio como efecto secundario. Suplemento de Derecho, Familia y Persona. **Revista Jurídica Argentina La Ley**, Buenos Aires, Ed. La Ley, v. III, n. 1, p. 255-260, 2011.

ZAMBRANO, María del Pilar. Sobre la moralidad y la juridicidad de la suspensión de tratamientos médicos vitales. En: **Revista Jurídica Argentina La Ley**, Buenos Aires, Ed. La Ley, año LXIX, v. 44, n. 2005-B, p. 265-287, 2005b.

Submissão em: 14 de novembro de 2024

Último Parecer favorável em: 18 de janeiro de 2025

Como citar este artigo científico

MELCHIORI, Franco Andrés. La dignidad de la vida hasta el último instante: la justicia de no permitir la eutanasia. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 1, p. 56-92, jan.-abr. 2025.

**LA CRISI DELLA CONVIVENZA: AUTONOMIA
PRIVATA E CLAUSOLA ARBITRALE¹**

GIANLUCA SICCHIERO²

1 IL PROBLEMA DELLA CLAUSOLA ARBITRALE ANTE RIFORMA DEL 2006

L'arbitrato nella soluzione delle crisi familiari è pressoché sconosciuto, sebbene nel passato non recente vi siano state due pronunce favorevoli alla procedura privata almeno in alcune ipotesi; infatti la cassazione ritenne possibile l'arbitrato in ordine alla "misura del concorso del marito alle spese di mantenimento della figlia" restando però "limitata alla misura del concorso"³, sia pure subito criticata dalla letteratura⁴; peraltro di lì in poi più nulla (così anche DANOVÌ, 2010, p. 1.461).

Due le ragioni che sono state adottate nel passato: anzitutto si riteneva, in linea generale, che l'arbitrato potesse riguardare solo o contratti ove fosse stata inserita l'apposita clausola o liti già in corso⁵, sicché stante la refrattarietà

¹ A Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica agradece à "Rivista di Diritto Privato" (Cacucci Editore), parceira italiana, pela cessão do presente artigo para publicação no Brasil. / La Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica desidera ringraziare la "Rivista di Diritto Privato" (Cacucci Editore), un partner italiano, per aver fornito questo articolo per la pubblicazione in Brasile.

² Professore Università Ca' Foscari, Venezia (Italia). E-mail: sicchier@unive.it

³ Cass., 12-8-1954, n. 2942. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, volume I, fascicolo 1, p. 1.070, 1954.

⁴ Così Azzolina [S. n. t.], nel commento alla sentenza indicata nella nota 1, dove cita come altro precedente Cass, 12-3-1943, n. 574. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, fascicolo I, p. 437, 1943, che però non si pronuncia sull'arbitrato, limitandosi a ritenere valide le modifiche delle condizioni di separazione operate autonomamente dai coniugi, cioè al di fuori di un procedimento giurisdizionale.

⁵ Si dice infatti che prima dell'introduzione dell'art. 808 bis c.p.c. sussistesse nel "nostro ordinamento il divieto di compromettere in arbitri controversie future relative a rapporti di natura non contrattuale": la riferiscono come tesi prevalente Punzi (2010, p. 181); Salvaneschi (2014, *sub* art. 808 bis c.p.c., 127 ss.); Ruffini (2010, *sub* art. 808 bis c.p.c.); aderiscono ad es. Festi (2001, p. 48 ss.) (ma v. *ivi* 198, ove osserva che la tesi riflette più che altro una convinzione statistica che un limite posto dal legislatore, concludendo per la soluzione opposta); Schizzerotto (1988, p. 122), o Danovi (2010, p. 1.466); v. anche Mandrioli e Carratta (2015, p. 435); ulteriori riferimenti in Bella (2010, p. 1.325 ss.). Non vengono tuttavia riportati precedenti

ad ammettere patti di convivenza da un lato, appartenendo la crisi coniugale alla competenza esclusiva del tribunale dall'altro e non venendo di fatto le liti tra conviventi mai riportate all'attenzione degli arbitri, nemmeno se ne parlava.

In particolare poi, con riferimento ai rapporti coniugali, la necessaria presenza del pubblico ministero ex art. 70 c.p.c. rendeva e tutt'ora rende impossibile ai coniugi rivolgersi alla giustizia privata, a maggior ragione in presenza di figli, per le questioni attinenti allo *status*, pur sussistendo margini non trascurabili di autonomia dei coniugi nel decidere taluni aspetti della crisi⁶.

Il primo argomento non era peraltro del tutto convincente anche a prescindere dall'attuale formula dell'art. 808 bis c.p.c. che, ammettendo espressamente l'arbitrato in materia non contrattuale, apre prospettive su cui si deve riflettere.

Ciò che non convince della vecchia lettura dell'art. 808 c.p.c. è l'idea che la clausola arbitrale relativa a liti ipotetiche debba essere contenuta in un atto che rivesta natura contrattuale, se con queste parole debba necessariamente intendersi un contratto che disciplini altri rapporti e funga da contenitore della clausola arbitrale, che in quella tesi sarebbe alternativo ad un qualsiasi altro accordo che abbia ad oggetto le sole liti che possano nascere da un determinato rapporto.

In altre parole non sarebbe stato ammissibile un patto devolutivo in arbitrato, di liti che non attengano al un rapporto contrattuale che lo contenga, a dispetto evidentemente dell'accordo che la cassazione ritenne ammissibile nel 1954.

Senonché la lettera dell'art. 808 c.p.c. parla certamente di accordo per l'arbitrato che sta nel contratto che regola il rapporto principale, rappresentando l'ipotesi più comune della clausola arbitrale posta all'interno di uno statuto o di un ordinario contratto di scambio, ma questa indubbia fattispecie non esclude quella, diversa ed ulteriore, della c.d. clausola contratto⁷ che sia diretta a rendere arbitrabili controversie che non rivestano tale natura.

giurisprudenziali in tal senso, come sottolineava nel passato Redenti (1959, p. 788), il quale si pronunciava invece a favore della clausola estranea a rapporti contrattuali ma nascenti "per es. da un rapporto di vicinato, o di esercizio di una servitù oppure di comunione incidentale di origine extra contrattuale"; concordava anche Andrioli (1964, p. 776). *Infra* si indicheranno i precedenti favorevoli in tema di regolamento condominiale.

⁶ Cfr. Cass., 20-8-2014, n. 18066. In: **Rivista di Diritto Processuale** (Padova, Ed. Milani, 2016, p. 231): "in caso di separazione consensuale o divorzio congiunto (o su conclusioni conformi), la sentenza incide sul vincolo matrimoniale ma, sull'accordo tra i coniugi, realizza – in funzione di tutela dei diritti indisponibili del soggetto più debole e dei figli – un controllo solo esterno attesa la natura negoziale dello stesso, da affermarsi in ragione dell'ormai avvenuto superamento della concezione che ritiene la preminenza di un interesse, superiore e trascendente, della famiglia rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti; ne consegue che i coniugi possono concordare, con il limite del rispetto dei diritti indisponibili, non solo gli aspetti patrimoniali, ma anche quelli personali della vita familiare, quali, in particolare, l'affidamento dei figli e le modalità di visita dei genitori". Sono le stesse cose dette nella sentenza del 1943 citata alla nota 2.

⁷ Sul tema v. Festi (2001, p. 38 ss., 52 ss.). V. ad es. Cass., 14-4-2000, n. 4842: "la c.d. clausola compromissoria costituisce un contratto, ad effetti processuali, a sé stante, anche quando - come prevalentemente accade - è inserita nell'atto contenente il contratto cui ineriscono le controversie oggetto della clausola". In letteratura l'autonomia della clausola arbitrale è pacifica e da molto tempo; v. ad es. Roppo (2011, p. 433); Irti (1994, p. 651 ss.); Rescigno (1991, p. 23 ss.); Zaccheo (1987, p. 425 ss.) anche per i profili storici; così anche le letture più risalenti: DISTASO (1980, p. 1.167); Criscuoli (1959, p. 185); Fragali (1959, p. 313-314).

Non vi è infatti incompatibilità ontologica con questa diversa fattispecie, trattandosi in definitiva di “una manifestazione di volontà (privata), diretta a dare assetto a un concreto interesse dei suoi autori, [che] ha i tratti di una fattispecie, fornita di tutti gli elementi necessari alla produzione degli effetti previsti dall’ordinamento.” (MESSINEO, 1973, p. 176; DI NANNI, 1977, p. 293, n. 23).

Invece una volta riconosciuto che la clausola arbitrale ha natura indipendente dalle ulteriori pattuizioni dell’atto che la contiene (art. 808 c.p.c.) (la tesi sembra aver avuto origine da CARNELUTTI, 1921, p. 327 ss.), al punto che si ammette da tempo che la nullità del contratto, salve ipotesi peculiari, non travolga la clausola arbitrale⁸, deve riconoscersi alla stessa la capacità di una vita propria: qualificata talora come clausola negozio (la definizione è di Cass., 2-7-1981, n. 4279, che la riprende da GRASSETTI, 1960, p. 185), in altre ipotesi come clausola autosufficiente o clausola contratto (SICCHIERO, 2003, p. 238 ss.).

Come potrebbe altrimenti sopravvivere al contratto invalido che la contiene?

Tra contratto e clausola arbitrale sorge infatti un collegamento tra contratti in cui, sempre talune eccezioni, non opera il principio *simul stabunt simul cadent*: perché appunto la clausola arbitrale è un contratto a sé.

Né va dimenticata l’ipotesi dei contratti normativi o dei contratti quadro, laddove si stabiliscono le regole dei futuri rapporti che potranno intercorrere tra i contraenti: il contratto normativo non dà vita ad un rapporto, ma lo regola in anticipo laddove si decida di dargli seguito concretamente: si tratta all’evidenza di un’ipotesi in cui la clausola non opera immediatamente, ma necessita di ulteriori contratti perché possa divenire concretamente operativa.

In definitiva risulta preferibile la tesi per cui la clausola arbitrale, già prima della riforma, non dovesse necessariamente essere inclusa in un contratto subito produttivo di effetti obbligatori o reali e dunque, da questo punto di vista, che potesse riferirsi anche a rapporti non contrattuali, purché arbitrabili. Infatti la giurisprudenza nel passato non ha avuto problemi ad ammettere che la stessa possa essere contenuta in un regolamento condominiale⁹, quand’anche

⁸ Punzi (2010, p. 182); Cass., 26-7-2013, n. 18134: “la nullità del contratto nel quale è inserita una clausola compromissoria non comporta nullità della stessa, poiché essa costituisce un contratto autonomo ad effetti processuali”; è giurisprudenza costante: Cass., 1-9-2015, n. 17393; Cass., 6-11-2013, n. 25024; Cass., 23-12-2010, n. 26046, In: **Rivista Dell’Arbitrato**, Milano, Ed. Giuffrè, 2011, p. 641; n. 4.842 ecc, In: **Rivista Dell’Arbitrato**, Milano, Ed. Giuffrè, 14-4-2000.

⁹ Per T. Milano, 14-11-1996, *Arch. locazioni*, 1997, p. 653, potrebbe essere solo arbitrati irrituale, mentre tale limite non è indicato da A. Milano, 27-9-1991, *ivi*, 1992, 350, da T. Milano, 6-4-1992, *ivi*, 1992, 614 e dal S.C., ad es. Cass., 10-1-1986, n. 73, In: **Vita notarile**, Palermo, Ed. Buttitta, p. 2511, 1986 (“il 2.° comma dell’art. 1.137 c.c., a termini del quale ogni condomino dissenziente può fare ricorso all’autorità giudiziaria avverso le deliberazioni assunte dall’assemblea del condominio, configurando il diritto soggettivo del condomino quale *facultas agendi* a tutela di interessi direttamente protetti dall’ordinamento giuridico, non esclude la compromettibilità in arbitri delle relative controversie, con la conseguenza che deve considerarsi legittima la norma del regolamento condominiale che preveda una clausola compromissoria, con il correlativo obbligo di chiedere la tutela all’organo designato competente.”); *id.*, 5-6-1984, n. 3406, In: **Vita notarile**, Palermo, Ed. Buttitta, p. 5999, 1985; In: **Vita notarile**, Palermo, Ed. Buttitta, 20-6-1983, n. 4218.

tale regolamento non fosse qualificabile, come si distingue, “contrattuale”¹⁰, su cui la letteratura è d’accordo¹¹.

Ora è chiaro che una lite tra condomini sull’uso delle parti comuni del condominio, nulla ha a che vedere con un rapporto contrattuale perché la controversia è dominicale¹²: con riferimento a queste ipotesi la nuova disposizione non ha quindi introdotto cambiamenti indispensabili, che semmai si spiegano in relazione ad orizzonti diversi, che qui si vogliono esaminare.

2 LA NOZIONE DI DIRITTO INDISPONIBILE: PER RAGIONI PROCESSUALI

Il vero limite al ricorso all’arbitrato in ambito familiare riguarda semmai il divieto di ricorrervi quando si verta su materie indisponibili (art. 806 c.p.c.) e tra queste rientrano sicuramente, per ragioni processuali, le controversie dove il pubblico ministero deve o può intervenire (cfr. FESTI, 2001, p. 152 ss.) posto che, deferendo altrimenti la lite agli arbitri, si impedirebbe tale suo intervento, che avviene nell’interesse generale e non particolare (art. 73 r.d. 30-1-1941, n. 12).

L’art. 70 c.p.c. nei nn. 2 e 3 impone l’intervento del pubblico ministero, appunto, nelle “cause matrimoniali” e nelle cause inerenti lo stato delle persone, sicché va pacificamente escluso che siano arbitrabili sia le controversie inerenti la separazione (testualmente indicata nell’art. 70 c.p.c.), il divorzio e quelle che riguardino la filiazione, perché attinenti allo *status*.

Il profilo che non pare invece certamente riconducibile alla nozione di “cause matrimoniali”, pur vedendo come soggetti i coniugi, è quello di una lite che riguardi ad es. la proprietà di un bene: se si intende l’aggettivo matrimoniali come antifatto non logicamente necessario all’oggetto della lite (ovvero: tutte le cause che nascono da persone unite in matrimonio) allora queste non sono arbitrabili; se invece lo si legge in senso più restrittivo, come cause che attengano ad uno dei diritti o dei doveri inderogabili nascenti dal matrimonio, allora la risposta è quella contraria.

La giurisprudenza intende l’aggettivo nel secondo modo, dicendo ad es. che la regola “trova applicazione fino a quando sia in discussione il vincolo matrimoniale, e non anche, pertanto, nel giudizio d’appello, ove inerente ai soli rapporti patrimoniali.” (Cass., 24-2-1997, n. 1.664).

¹⁰ Cioè quello predisposto dal costruttore, trascritto o almeno conosciuto dagli acquirenti (v. ad es. Cass., 31-7-2009, n. 17886, In: **Vita notarile**, Palermo, Ed. Buttitta, p. 1.434, 2009; In: **Vita notarile**, Palermo, Ed. Buttitta, 3-7-2003, n. 10523 ecc.) anziché predisposto dall’assemblea dei condomini.

¹¹ V. ad es. De Tilla (2010, p. 1433 ss.); ovviamente per inserire la clausola arbitrale non già esistente occorrerà il consenso di tutti i condomini.

¹² Così anche Fest (2001, p. 197 ss.), che ritiene “leciti i patti con cui le parti convengano di devolvere in arbitri liti insorgenti da un contratto stipulando.” (FEST, 2001, p. 200).

Di conseguenza esclude ad es. che il pubblico ministero debba intervenire “nelle cause riguardanti la distrazione a favore del coniuge avente diritto, non legalmente separato, di somme dovute da terzi all’altro coniuge obbligato per il mantenimento.”¹³ o nel giudizio d’appello per le loro sole questioni patrimoniali una volta separati¹⁴.

Vero è però che se l’intervento necessario del pubblico ministero esclude l’arbitrabilità della controversia, questo non significa che valga il contrario: nel senso che esistono liti dove egli non interviene ma che hanno ugualmente ad oggetto diritti indisponibili, ad es. quelle sulla validità del bilancio delle società, quelle sui diritti della persona, quelle a tutela dei diritti dei lavoratori ecc. Si tratta quindi di verificare quali siano i limiti sostanziali all’arbitrabilità delle controversie.

3 SEGUE: PER RAGIONI SOSTANZIALI

Individuare una nozione condivisa di diritto indisponibile è particolarmente complesso: basti pensare che non esistono voci enciclopediche che la riguardino¹⁵, perché le trattazioni sono dirette a connotare la diversa nozione generale di indisponibilità¹⁶, il cui oggetto si estende a questioni qui non direttamente rilevanti, come l’indisponibilità nel diritto penale o amministrativo (DUNI, 1959, p. 161 ss.), al punto che si è ritenuto “che l’espressione ‘diritti indisponibili’ appare piuttosto generica, quasi programmatica.” (GITTI, 1999, p. 262).

D’altro canto gli stessi autori che hanno studiato quest’ultima nozione, che per lo più risalgono ad un periodo di alta concettualità a scapito della

¹³ Cass., 21-12-2004, n. 23713, perchè non si verte in una “in controversia concernente, non il vincolo matrimoniale, bensì l’applicabilità di una speciale agevolazione, prevista dall’art. 156, 6.° comma, c.c., per il recupero di crediti per il mantenimento, ed esulando quindi la fattispecie dalla previsione dell’art. 70, 1.° comma, n. 2, c.p.c.”.

¹⁴ Cass., 10-3-2017, n. 6262; peraltro secondo A. L’Aquila, 4-7-1989, In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, volume I, fascicolo 2, p. 612, 1991, “i procedimenti *ex art. 710 c.p.c.* (ovvero quelli di revisione delle condizioni poste in sede di separazione) debbono considerarsi procedimenti matrimoniali, per cui deve ritenersi richiesto anche per essi l’intervento del p. m. a pena di nullità, ai sensi dell’art. 70 c.p.c.”.

¹⁵ Non esiste una voce *Diritti indisponibili* nell’*Enciclopedia del Diritto* (il cui vol. XII, Torino, 1964, 748 ss. contiene la voce “*Diritti soggettivi*” di più autori che sul punto tace); nel *Digesto civile* (GUARNIERI, 1989, p. 436), contiene la voce la voce “*Diritti soggettivi (categorie di)*”, che non la nomina mentre nella sezione commerciale (MAGNANI, 1990, p. 52) si trova la voce *Disposizione dei diritti*; *L’Enciclopedia Giuridica Treccani* (Roma, 1989, vol. XII) contiene solo la voce *Diritti inviolabili*, che non riguarda però il tema in esame; nel *Trattato dei contratti* (RESCIGNO; GABRIELLI, 1999) il vol. 2, *Persone e famiglia*, non ne parla; silenzio anche nell’*Enciclopedia Forense*, vol. III, Milano, 1958 e, nel passato, nel *Nuovo Digesto*, Torino, 1938, vol. IV. Gli unici cenni sono nel *Novissimo digesto italiano* (Torino) che, nel vol. V al lemma diritti indisponibili rinvia alla voce *Indisponibilità giuridica* (NEGRO, 1962).

¹⁶ E così oltre alla voce *Indisponibilità giuridica* del *Novissimo digesto italiano* si trova nel vol. XVIII dell’*Enciclopedia Giuridica Treccani* (v. XXXVI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989), la voce *Indisponibilità (vincoli di)* mentre nel *Dig. comm.*, V, Torino, 1990, c’è la voce *Disposizione dei diritti*; nel *Trattato di diritto civile* (SACCO, 2006, p. 630), contiene il paragrafo di Resta (2006), che consta di meno di due pagine. Del contenuto eteronomo di queste voci si dirà *infra*.

pragmaticità delle argomentazioni¹⁷, affrontano spesso temi di cui oggi sfugge la funzione laddove non tassonomica. Se ad es. si può accedere ad indicazioni (più moderne) per cui il concetto di indisponibilità non va confuso con quello di inderogabilità¹⁸, è invece meno facile condividere l'idea che non potrebbe parlarsi di indisponibilità dei diritti della personalità, perché quando i diritti sono ontologicamente inerenti alla persona allora l'indisponibilità non sarebbe ad essi predicabile, trattandosi del loro atteggiarsi¹⁹.

D'accordo con altri²⁰ ci pare proprio il contrario, come ben si intuisce leggendo l'art. 5 c.c. che si riferisce infatti agli atti di disposizione del proprio corpo, che non attengono allo *status* e sulla cui consistenza è lecito riflettere, dato che ci si può infatti impegnare a vendere i capelli tagliati pur se appartengono alla persona²¹ e quindi la pretesa distinzione tra diritti indisponibili –quelli patrimoniali – e diritti “assolutamente indisponibili” – quelli inerenti la persona²² – non risponde all'esigenza di definire la fattispecie, posto che l'indisponibilità è una qualificazione che non ammette intensità differenti²³.

Il tutto senza dimenticare che l'art 1966 c.c. vieta, senza distinguere, la transazione su diritti indisponibili “per loro natura o per espressa disposizione”, così accomunando nel tratto della indisponibilità ciò che l'interprete vuol dividere²⁴.

¹⁷ Ne costituiscono esempi (FERRARA SANTAMARIA, 1937), il saggio (PIRAS, 1948, p. 21 ss.) e, in particolare, i Negro (1957), ove peraltro l'elenco delle tesi già avanzate da altri (ivi, 73 ss.).

¹⁸ Punzi, 2010, p. 185, tesi già avanzata da Santoro Passarelli (1948, p. 53) e cui aderiscono ad es. Moscarini e CORBO (1989, p. 10); Magnani (1990, p. 60). Per Cass., 27-2-2004, n. 3975. In: **II Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, fascicolo I, p. 1.769, 2005, “il campo di applicazione dell'arbitrato, sia esso irrituale che rituale, può abbracciare anche le questioni attinenti alla validità od esistenza del contratto cui si riferisce la clausola compromissoria (in applicazione di tale principio, la suprema corte ha ritenuto che la clausola compromissoria apposta ad un contratto di concessione del diritto di vendita in esclusiva di un prodotto chimico-farmaceutico, di cui era controversa la qualità di medicinale, in difetto di autorizzazione ministeriale, fosse valida e consentisse anche di decidere sulla nullità del contratto per illiceità dell'oggetto ed indisponibilità dei diritti).”

¹⁹ V. Duni (1959, spec. p. 164) e Negro (1957, p. 75 e 82-83), ove indica che i diritti della personalità formano una diversa categoria, di diritti inseparabili dal soggetto o inalienabili; Lucarelli (1970, p. 215); Messinetti (1970, p. 303).

²⁰ Francario (1989), sebbene poi precisi che il significato è diverso da quello che si utilizza per i diritti patrimoniali, perché “riesce difficile concepire la persona come oggetto di diritti”; ma la questione è un'altra e cioè se la persona possa disporre dei propri diritti che la connotano, non se altri possano disporre della persona altrui.

²¹ Galgano (2011, p. 151-152); beninteso senza con ciò dimenticare che “al soggetto non viene attribuita la cosa, che trovasi già sotto la sua materiale soggezione, sibbene un diritto sulla cosa.” (PUGLIATTI, 1951, p. 4, il saggio risale al PUGLIATTI, 1927).

²² Ripresa ad es. da Festi (2001, p. 135) o da Fabris (1978, p. 3 ss., 10 ss., 264) (per la quale il contrario della disponibilità consisterebbe quindi non nella indisponibilità ma nella intrasmissibilità: 262); in antico v. Pugliatti (1951, p. 13) o Ferrara Santamaria (1937, p. 119 ss. e spec. 158 ss.); alla fine coincidono con le distinzioni di Duni (1959) e Negro (1957).

²³ Il concetto di indisponibilità assoluta assume poi una dimensione più ampia quando viene riferito ad ipotesi ulteriori, ad es. quella dei diritti assolutamente indisponibili del lavoratore, su cui v. Fabris (1978, p. 259 ss.).

²⁴ E' stato chiarito che la disposizione non intende riconoscere l'esistenza di diritti naturali, volendo invece “individuare quei diritti indisponibili non ‘per loro natura’, ma a causa della ‘natura’ del contratto del contratto, vale a dire i diritti non patrimoniali.” (GITTI, 1999, p. 256, 60 ss.).

Altro è semmai distinguere tra diritti “generalmente indisponibili”, riferendosi alla persona e diritti indisponibili di carattere patrimoniale, per i quali occorre una previsione di legge (SANTORO PASSARELLI, 1975, p. 122), ma questo attiene alla fonte, non alla misura della indisponibilità, che come concetto è assoluta, non ammettendo gradazioni e che, come detto, riflette la distinzione operata dall’art 1966 c.c.

La letteratura sul tema non riesce in effetti ad uscire da una inevitabile circolarità: nemmeno un autore massimamente dedito alla tassonomia quale Messineo è riuscito nell’intento, giacché la sua definizione di diritti indisponibili quali “quelli che sono sottratti al potere dispositivo del soggetto e che, quindi, inutilmente il soggetto tenterebbe di trasferire ad altri, come inutilmente tenterebbe di rinunciare ad essi.” (MESSINEO, 1959, p. 144; più o meno le stesse parole in SANTORO PASSARELLI, 1989, p. 114) è intrappolata nella circolarità.

Del pari l’indicazione per cui “un diritto deve considerarsi indisponibile se di esso il titolare non può privarsi con un suo atto di volontà” (AZZARITI; SCARPELLO, 1964, 205) non esce dal medesimo dilemma: quali sono questi diritti?

Il fatto è che mentre esistono alcune disposizioni che si riferiscono testualmente ai diritti indisponibili (es. gli artt. 1.966, 2.733, 2.934 o 2.968 c.c.; art. 2, comma 2, l. 10-11-2014, n. 162)²⁵ o che vengono talora a questi ricondotte (es. l’art. 2.113 c.c.)²⁶, di altre si configura tale qualificazione pur in difetto di una definizione normativa di indisponibilità, a dispetto dell’idea che al fine della sussistenza di un vincolo di indisponibilità “occorre che l’attività dispositiva preclusa al soggetto risulti preventivamente e specificamente indicata da una norma di legge.”²⁷

Ad es. per gli alimenti dovuti per legge la nozione di indisponibilità viene ricavata dalla rigidità della disciplina (art. 447 c.c.)²⁸, mentre talune ipotesi vengono considerate tali o perché inerenti alla persona umana (art. 2 Cost.)²⁹, come il diritto al nome³⁰ o il “diritto morale d’autore e di inventore relativi ad opere dell’ingegno” (Cons. Stato, 15-5-2007, n. 1299) o perché l’interesse

²⁵ In questo senso anche l’art. 5 c.c., che parla di atti di disposizione del proprio corpo, può includersi senza difficoltà quale indicazione di un diritto indisponibile.

²⁶ Riassume le questioni connesse all’evoluzione della formula dell’art. 2.113 c.c., che si riferisce ora alla invalidità rinunce ed alle transazioni dei diritti del lavoratore “derivanti da disposizioni inderogabili” di legge e della contrattazione collettiva (MAGNANI, 1990, p. 53 ss.).

²⁷ Francario (1989, p. 2), ma anche Fabris (1978, p. 4), con riferimento ai soli diritti patrimoniali e già, come già indicato, già Santoro Passarelli (1975, p. 122).

²⁸ Santoro Passarelli (1975, p. 122); Carresi (1966, p. 144) (che però fa salvi gli alimenti dovuti per il passato ma ritiene indisponibile invece la determinazione delle modalità di corresponsione); VALSECCHI (1986, p. 323); Moscarini e Corbo (1989, p. 10); Gitti (1999, p. 263-264). La disposizione prevede l’incapacità del credito alimentare ed il divieto per l’obbligato di opporre propri crediti in compensazione; l’ipotetica indisponibilità non dunque è testuale, come invece altri indicano (FRANCARIO, 1989, p. 1).

²⁹ Opinione pacifica e ricorrente, comunque cfr. Galgano (2011, p. 149); Bianca (2002, p. 147). Viene menzionata come figura grottesca formulata da qualcuno, di cui però non ho trovato traccia, il diritto sulla propria ombra (FERRARA SANTAMARIA, 1937, p. 127).

³⁰ Sulla sua indisponibilità v. A. Torino, 8-10-2010, **Giurisprudenza annotata di diritto industriale**, 2010, p. 866; Cass. 23-2-2005, n. 3772.

protetto travalica quello dei contendenti, come la verità del bilancio³¹ su cui fanno affidamento i creditori sociali, sebbene il codice civile nulla dica in ordine alla disponibilità delle relative pretese.

Vero è peraltro che non sempre alcuni limiti di disposizione rappresentano una totale indisponibilità del diritto: l'inedibilità del diritto d'uso e di abitazione (art. 1.024 c.c.), cui consegue anche la loro inespropriabilità, non comporta né la loro irrinunciabilità né la loro imprescrittibilità; al contrario, infatti, la rinunciabilità si ricava dai nn. 4 e 5 dell'art. 2.643 c.c., mentre la prescrivibilità deve ammettersi ex artt. 1026 e 1014 c.c.: mancando dunque i caratteri del diritto indisponibile, uno dei quali predicato dall'art. 2.934 c.c., queste ipotesi non possono ricondursi alla fattispecie in commento³².

D'altro canto proprio l'imprescrittibilità quale carattere indefettibile del diritto indisponibile pone seri problemi di coordinamento della ipotetica fattispecie generale, con i casi in cui al contrario è proprio la legge ad assegnare al diritto indisponibile addirittura un termine di decadenza, com'è per le rinunce e transazioni, da impugnarsi nel semestre indicato dall'art. 2.113 c.c.³³.

Problema che convince meno chi ritenga che le uniche disposizioni che si riferiscono testualmente ai diritti indisponibili non valgano invece a rappresentare caratteri necessari dei diritti indisponibili (FABRIS, 1978, p. 15), come invece crediamo noi, salve beninteso possibili deroghe testuali.

In letteratura una nozione generale di indisponibilità è stata legata alla "posizione del titolare del diritto, conseguente al fatto che il diritto stesso è destinato ad assolvere una particolare funzione nei confronti di determinate persone (terzi creditori): nel frattempo il soggetto non può dimetterlo dal suo

³¹ Cass., 13-10-2016, n. 20674, ritiene appunto trattarsi di controversia non arbitrabile. Per le altre questioni societarie inerenti le delibere assembleari esiste una soluzione in gran parte diversa, indicata da T. Milano, 10-5-2013, *Società*, 2014, 341: "la previsione, nella disciplina societaria, di una generale sanatoria delle nullità (eccettuate le delibere che modifichino l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili, art. 2.379, 1.° comma, e 2479 *ter*, 3.° comma, c.c. quali ad esempio la delibera che indichi nell'oggetto attività illecite come l'usura) impedisce di affermare che la materia sia di per sé indisponibile; quindi, fermo restando il diritto dei terzi all'impugnativa, il socio può invocare l'applicazione della clausola compromissoria promuovendo il giudizio arbitrale per la nullità della delibera"; così in precedenza T. Firenze 15-9-2011, in *Foro padano*, 2012, I, 624, con nota critica di Pezzano; favorevole è invece Festi (2010, p. 165 ss.).

³² Così infatti Azzariti e Scarpello (1964, p. 205); in senso opposto Gitti (1999, p. 263-264); Francario (1989, p. 1); li qualifica invece come diritto "parzialmente disponibile o semi-disponibile" (CARRATTA, 2010, p. 575).

³³ Evidenzia Magnani (1990, p. 57), che proprio per tale ragione la giurisprudenza propende non per la nullità ma per l'annullabilità di tali rinunce o transazioni; così anche Valsecchi (1986, p. 331); Borghesi (2009, p. 122); la tesi dell'annullabilità risale a Santoro Passarelli (1975, p. 125), che la formulò prima in *Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro* (SANTORO PASSARELLI, 1948, p. 53) (ove la collega ad una "specie di incapacità giuridica relativa, cioè sussistente soltanto in confronto del datore di lavoro, similmente ad altre incapacità giuridiche relative; ad esempio incapacità di donare al tutore o al protutore (art. 781), al figlio naturale non riconoscibile (art. 780), al coniuge (art. 781) incapacità del genitore o del tutore di acquistare dal minore soggetti alla patria potestà o alla tutela (art. 323, 378), incapacità degli amministratori dei beni altrui di comprare dai soggetti ai quali i beni appartengono (art. 1.471)"; aderiscono pienamente Moscarini e Corbo (1989, p. 11). Com'è noto l'annullabilità è patologia disponibile: art. 1.444 c.c.

patrimonio³⁴; si tratta però all'evidenza di una lettura che nulla dice in ordine ai diritti della persona ed alle situazioni patrimoniali che non riguardano i terzi, come il diritto agli alimenti o il divieto di rinunce o transazioni del lavoratore ex art. 2.113 c.c.

Da altro punto di vista, che un diritto possa considerarsi indisponibile qualora serva davvero ad una determinata funzione³⁵, magari anche del suo titolare, non aiuta ad individuare a monte i tratti di questa indisponibilità, che potrebbero eventualmente aiutare l'interprete laddove una ricorrenza pressoché costante li facesse ritenere requisito implicito di ogni ipotesi di indisponibilità.

Senonché ci pare chiaro che il difetto di una prescrizione vincolante in ordine ai requisiti di una fattispecie consenta rilievi solo statistici, di ricorrenza dei medesimi nelle sole ipotesi in cui emergano, senza che da ciò si possa arguire la loro indefettibilità per la costruzione dogmatica del determinato istituto³⁶.

In altre parole, ciò che ci attendiamo è che dall'esame di ipotesi di manifesta indisponibilità possano emergere caratteri non costanti³⁷, pur emergendo sempre la volontà del legislatore di sottrarre quel diritto alla disponibilità delle parti.

Da questo profilo di indagine le regole che si riferiscono testualmente a diritti indisponibili, indicano taluni effetti ai medesimi riconnessi, non invece i criteri per individuarli: nel senso che un diritto indisponibile non può essere oggetto di transazione (art. 1.966 c.c.) né di negoziazione assistita (art. 2, comma 2, l. 10-11-2014, n. 162), non si prescrive (art. 2.934 c.c.) né i titolari possono farne oggetto di clausola di decadenza (art. 2.968 c.c.), questi essendo dunque connotati generali esterni di una fattispecie, che resta tuttavia indefinita nel contenuto (sull'ambiguità della nozione v. anche RESTA, 2006, p. 631).

Dal profilo del diritto vivente, secondo la C.S. "è indisponibile un diritto allorché la reazione dell'ordinamento attraverso la violazione di esso sia svincolata da qualsiasi iniziativa di parte."³⁸, principio esatto ma non esaustivo,

³⁴ Negro (1957, p. 605): l'autore però era il sostenitore della tesi già vista sopra, secondo la quale il predicato della indisponibilità non riguarderebbe i diritti ontologicamente inerenti alla persona; donde il riferimento del concetto ai soli diritti patrimoniali.

³⁵ Ad es. che i diritti reciproci dei coniugi siano indisponibili "in quanto funzionalmente destinati a realizzare finalità di ordine sociale" era detto in altri tempi da Lucarelli (1970, p. 217); è una pensiero che connota tutto lo scritto dell'autore in tema di indisponibilità: v. ad es. ivi, 225 ss., 232.

³⁶ Abbiamo già percorso questa strada nel tentativo di costruire una figura unitaria della rinuncia, che ha dato come esito solo la individuazione di rinunce dai caratteri costanti a fronte di rinunce di diverso contenuto (SICCHIERO, 2014, p. 604 ss.)

³⁷ Il che per alcuni comporta l'impossibilità di "ricondurre ad un comune denominatore le varie fattispecie." (FABRIS, 1978, p. 8).

³⁸ Cass., 30-10-2012, n. 18671. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, p. 1.101, 2013, riferendosi all'impugnazione per nullità di delibere assembleari; subito dopo *id.*, 27-6-2013, n. 16265 ha detto invece che non sono arbitrabili le "controversie relative all'impugnazione di deliberazioni assembleari di società aventi oggetto illecito o impossibile, le quali danno luogo a nullità rilevabile anche di ufficio dal giudice, cui sono equiparate, ai sensi dell'art. 2.479 *ter* c.c., quelle prese in assoluta mancanza di informazione, sicché la controversia che abbia ad oggetto l'interpretazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea di una società a responsabilità limitata, in cui si discuta esclusivamente se concerna le dimissioni del ricorrente dalla carica di amministratore delegato o anche da quella di componente del consiglio di amministrazione, in quanto suscettibile di transazione, può essere deferita ad arbitri."

perché non include ad es. le controversie matrimoniali, che sono legate necessariamente ad istanza dei coniugi; d'altro canto il giudizio civile è retto dal principio della domanda (art. 99 c.p.c.) e non ci risulta che esistano cause civili che possano procedere diversamente³⁹. Mentre se quelle parole volessero riferirsi alla rilevabilità d'ufficio della nullità (art. 1.421 c.c.), sarebbero certamente fuori luogo, perché il rapporto derivante da atto nullo resta transigibile in quanto disponibile laddove non anche illecito (SANTORO PASSARELLI, 1975, p. 126 ss.).

Un giudice di merito ha detto invece che

gli art. 806 c.p.c. e 1966 c.c. – che escludono dalla compromettibilità in arbitrati nazionali le controversie su “diritti” che, “per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti” – impediscono di compromettere le controversie aventi ad oggetto solo quei diritti - di regola, ma non sempre, personali o personalissimi – che sono irrinunciabili, intrasmissibili ed imprescrittibili (e dei quali perciò non si può disporre con transazione o compromesso), fermo restando che non tutte le norme imperative e neppure tutte quelle di ordine pubblico hanno ad oggetto diritti indisponibili potendo esse agire con comandi o divieti pur sempre perentori ma nel territorio dei diritti disponibili, che restano tali anche quando il loro esercizio sia “conformato” da una disciplina inderogabile che preveda, ad esempio, specifiche sanzioni di nullità di atti o fatti illeciti (A. Milano, 13-9-2002. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, p. 1.626, 2003).

Anche questa affermazione, esatta in linea di principio, non risolve però tutti i problemi: quello al nome è ad es. un diritto indisponibile; tuttavia il nome può essere oggetto di marchio e spesso costituisce la ditta, trasferibile con l'azienda e da questo profilo è disponibile; occorre quindi trovare un criterio più preciso, ammesso che sia possibile fissarne il contenuto.

Anche il diritto all'immagine è divenuto argomento di ampia discussione al punto che, pur ricondotto ai diritti della personalità, se ne afferma la disponibilità ma non a titolo patrimoniale⁴⁰.

³⁹ Che il giudizio sia attivato in taluni casi – mai però nei giudizi di *status* –, da un curatore speciale o dal pubblico ministero non cambia nulla: sarà una parte privata o la parte pubblica, ma sempre una parte.

⁴⁰ V. la ricostruzione operata da Di Nicola (2005, p. 463 ss.); l'autore ricorda in materia Cass., 11-10-1997, n. 9880. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, fascicolo I, p. 499, 1998 (“il contratto di sponsorizzazione comprende una serie di ipotesi nelle quali un soggetto si obbliga, dietro corrispettivo, a consentire ad altri, ordinariamente in esclusiva, l'uso della propria immagine pubblica e del proprio nome per promuovere un marchio o un prodotto specificamente marcato”) e *id.*, 21-05-1998, n. 5086, **Giustizia civile** (1998, I, p. 1.833) (stessa massima), che però depongono per la natura sicuramente patrimoniale del titolo; successivamente v. nel medesimo senso ad es. *id.*, 28-3-2006, n. 7083 o *id.*, 29-5-2006, n. 12801. La misura della disponibilità del diritto all'immagine, similmente a quella del diritto al nome, emerge però da T. Milano, 9-2-2015, **Giurisprudenza annotata di diritto industriale** (2015, p. 511): “l'aver concluso un contratto di sponsorizzazione non può comportare per il testimonial la rinuncia a scelte di vita che, pur essendo del tutto legittime, potrebbero provocare un offuscamento della propria immagine pubblica, come ad esempio nel caso di una relazione sentimentale non approvata dal pubblico oppure nel caso della rottura di una relazione coniugale o ancora nel caso di professione di idee ‘controcorrente’ o di conversione ad un credo religioso ‘impopolare’ in un certo contesto storico e sociale, tali comportamenti non possono certo considerarsi inadempimenti di obblighi nascenti dal contratto di sponsorizzazione, in quanto sono espressione del diritto di autodeterminazione del singolo e l'eventuale assunzione da parte del testimonial,

Il punto è infatti tutt'altro che sedimentato⁴¹, tanto che la giurisprudenza – pur pacifica nel ritenere indisponibili le potestà pubbliche inerenti ad es. la riscossione delle imposte, l'irrogazione delle sanzioni amministrative o il perseguimento della responsabilità contabile a dispetto delle transazioni autorizzate dall'avvocatura dello Stato – ritiene invece arbitrabili le controversie patrimoniali che pure attengano a convenzioni con enti pubblici (Cons. Stato, 22-6-1999, n. 981, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1950), talora andando più in là ed includendo ad es. quella “tra un comune ed un privato, avente ad oggetto la concessione della gestione di uno stabilimento balneare appartenente al patrimonio disponibile del detto ente.”⁴².

Sembrerebbe allora impossibile tracciare i contorni dell'indisponibilità del diritto, dovendo l'interprete valutare i casi uno ad uno, senza poterli ricondurre ad unità.

4 UNA POSSIBILE SOLUZIONE

In tale situazione magmatica una distinzione che aiuta almeno in parte a superare l'impasse è però quella tra controversia che attenga al diritto in sé e quella che attenga alle conseguenze patrimoniali della sua violazione (cfr. SANTORO PASSARELLI, 1975, p. 122-123; BIANCA, 2002, p. 148; MOSCARINI; CORBO, 1989, p. 10; DEL PRATO, 1992, p. 841).

Infatti che un diritto sia indisponibile significa che non si può farne oggetto di contratto⁴³, ma non che sia indisponibile il diritto al risarcimento del danno derivante dalla sua violazione⁴⁴, in quanto non si discute qui del diritto in sé (di cui gli arbitri al massimo hanno cognizione incidentale nei limiti indicati

al momento della conclusione del contratto dell'obbligazione di astenersi da condotte di tal genere sarebbe nulla e priva di effetti, perché in contrasto con i principi generali - sanciti anche nella costituzione - in tema di diritti della personalità.”

⁴¹ Viene peraltro segnalato che il testo dell'art. 806 c.p.c. parlava di controversie intransigibili, “nozione più ristretta della indisponibilità sussistendo ipotesi di controversie su diritti disponibili, ma non transigibili, come ad es. quelle aventi per oggetto la nullità del contratto a causa della loro illiceità (art. 1.972 c.c.), quelle in materia di rescissione, nonché in materia di alimenti e di delibere assembleari.” (MANDRIOLI; CARRATTA, 2015, p. 430, n. 40; DANOVI, 2010, p. 1.468).

⁴² Cass., sez. un., 11-11-1998, n. 11357, “perché in tal caso non sussiste la giurisdizione amministrativa, né la finalità di soddisfare le esigenze dei turisti e dei residenti, prevista per caratterizzare l'obbligazione del gestore di tale esercizio commerciale pubblico, può esser idonea a elevarlo a pubblico servizio, con conseguente inclusione dell'immobile nel patrimonio indisponibile dell'ente stesso.”; v. anche Cass., 24-2-1981, n. 1112.

⁴³ Oppure, se guendo altre indicazioni, che possa essere oggetto di consenso sempre revocabile: Resta (2006, p. 631) e già Galgano (2011, p. 159); era l'indicazione di Ferrara Santamaria (1937, p. 122).

⁴⁴ Definito come diritto secondario da CARRATTA (2010, p. 575), per ammettere in questa ipotesi l'operatività del principio di non contestazione ex art. 115 c.p.c., non essendo appunto un diritto indisponibile. In tal senso v. ad es. Cass., 21-9-2011, n. 19204. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, p. 1.538, 2012: “il diritto al risarcimento del danno, anche quando viene azionato per effetto della mancata realizzazione di un diritto indisponibile, conservando la propria autonomia rispetto al diritto originario, non ne assume il carattere dell'indisponibilità.”

dall'art. 819 c.p.c.), ma delle conseguenze della sua violazione⁴⁵.

In tal caso, a ben vedere, il diritto indisponibile viene esercitato per la sua reintegrazione: siamo in presenza di un ripristino del diritto violato che non viene messo in discussione, nel senso che non se ne dispone nel modo vietato dalla legge.

Se si indaga nella casistica dei diritti che la giurisprudenza qualifica come indisponibili, si rileva infatti che la fattispecie viene individuata quando l'oggetto del consenso dovrebbe incidere proprio sul bene protetto, tali essendo considerati: il "consenso alla lesione ricevuta" in caso di trasporto con un mezzo pericoloso (Cass., 14-3-2017, n. 6481; *id.* 3-5-2011, n. 10526, **Giustizia civile**, 2013, v. I, p. 792) o il riposo settimanale del dipendente (Cass., 18-3-2016, n. 5465); qui dunque il patto ha per oggetto il diritto da esercitarsi in futuro ed è per ciò stesso vietato. Lo stesso si è detto con riguardo al diritto alla pensione, che è indisponibile al contrario di quello relativo alla riscossione dei ratei maturati e non incassati, che perciò si prescrivono (Cass., 3-3-1988, n. 2243).

Invece si è detto che non riguarda la disponibilità del diritto quando si verte in tema di prova dei fatti che lo costituiscono⁴⁶, sebbene sul punto occorra massima cautela⁴⁷, essendo forse preferibile la tesi che il principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c. non opera con riferimento ai diritti

⁴⁵ Cass., 21-9-2011, n. 19204. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, p. 1.538, 2012: "il diritto al risarcimento del danno, anche quando viene azionato per effetto della mancata realizzazione di un diritto indisponibile, conservando la propria autonomia rispetto al diritto originario, non ne assume il carattere dell'indisponibilità."

⁴⁶ Così in particolare Cass., 10-5-2017, n. 11417 o 28-5-2015, n. 11047: "nel processo del lavoro, il principio di non contestazione si applica anche ai diritti a prestazioni previdenziali, senza che rilevi il loro carattere indisponibile, dovendosi ritenere che la mancata contestazione operi in relazione alla prova dei fatti costitutivi del diritto - ancorché non necessariamente comuni alle parti in causa - e non alla disponibilità del diritto medesimo" ma anche, nel diritto di famiglia, Cass., 30-6-2016, n. 13436. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, fascicolo I, p. 3.918, 2016: "il marito che propone l'azione di disconoscimento della paternità è onerato della prova di averla esercitata tempestivamente, prova che verte sulla data della sua conoscenza certa dell'adulterio, in quanto ignorato al tempo del concepimento, allorché il termine annuale di decadenza è fatto decorrere da tale evento, fermo restando, da un lato, che egli può avvalersi del principio di non contestazione, in quanto si verte su un dato cronologico integrante un mero fatto, e non su diritti indisponibili, dall'altro che, in ogni caso, il giudice può rilevare anche d'ufficio, alla stregua degli atti di causa, la decadenza dell'azione, per il decorso di un eventuale termine di decorrenza anteriore."

⁴⁷ Infatti per Cass., 14-2-2006, n. 3188, "il genitore, non avendo il potere di disporre dei beni dei figli minori senza l'autorizzazione del giudice tutelare (art. 320 c.c.), non ha neppure il potere di confessare (giudizialmente o extragiudizialmente), senza tale autorizzazione, fatti dalla cui prova il diritto del figlio possa risultare pregiudicato, perché l'art. 2.731 c.c., nel prevedere che la confessione non è efficace se non proviene da persona che è capace di disporre del diritto, equipara la confessione ad un atto di disposizione, che, come è precisato nel 2.º comma del medesimo articolo, il rappresentante può compiere solo nei limiti in cui dispone del potere di vincolare il rappresentato, e si riferisce, perciò, non solo ai diritti indisponibili considerati dagli art. 2.733 e 2.735 c.c. (a norma dei quali la confessione fa piena prova contro colui che l'ha fatta purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili) ma, più in generale, alla capacità correlata allo stato del soggetto confitente, cioè alla capacità di disporre; la confessione resa da soggetto incapace sotto il profilo probatorio ha il valore di un mero indizio che il giudice può liberamente valutare unitamente agli altri elementi di prova acquisiti al processo."

indisponibili⁴⁸, al pari della confessione sui medesimi diritti, vietata dall'art. 2.733 c.c.⁴⁹.

In tal senso la distinzione starebbe appunto nel mantenere fermo il divieto tanto di rinunciare preventivamente al diritto indisponibile, quanto di determinarne pattiziamente la sua disciplina, mentre quel limite non opererebbe più laddove si discuta del ripristino per il risarcimento derivante dalla lesione subita (cfr., per gli alimenti, SANTORO PASSARELLI, 1975, p. 122; DEL PRATO, 1992, p. 841).

E' infatti fuori discussione, ad es., che l'integrità fisica e la salute siano diritti indisponibili⁵⁰, ma nulla vieterebbe, in quest'ottica, che sia un arbitro a quantificare il danno per la loro lesione, essendo questo un diritto disponibile (AZZARITI; SCARPELLO, 1964, p. 206), laddove invece mai si potrebbe chiedergli di decidere su un contratto che le veda ad oggetto.

Altri similmente hanno detto che è certamente intransigibile una questione di *status* quale quella inerente il riconoscimento di figlio naturale, essendo indisponibile, mentre invece "sarà possibile un accordo sulle conseguenze patrimoniale conseguenti all'azione di stato" (MOSCARINI; CORBO, 1989, p. 10; ma già CARRESI, 1966, p. 144); lo stesso si ammette poi, così come decise la sentenza citata in apertura dello scritto, l'accordo transattivo sulle modalità di adempimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge⁵¹; ed ancora si è detto che "la transazione è compatibile con la tutela del regime patrimoniale della famiglia" (Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, **Giustizia civile**, 1995, v. I, p. 202), soluzione da avallarsi quando non discuta la disciplina del regime stesso.

Tale conclusione ha come referente una precisa scelta del legislatore ormai percorsa da tempo, consistente nel tentativo di ridurre la massa dei processi civili tramite tentativi di conciliazione che precedano le liti.

⁴⁸ T. Varese, 27-11-2009. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, p. Utet, p. 619, 2011, con riferimento ad un'azione di disconoscimento della paternità: qui non opera infatti il principio dispositivo tipico del processo civile; più in generale per Cass., 30-10-984, n. 5538, "quando il giudizio ha per oggetto diritti indisponibili delle parti, come in materia di divorzio, il comportamento processuale della parte convenuta in ordine alla domanda contro la stessa proposta è del tutto irrilevante, né può in alcun modo vincolare il giudice, il quale è tenuto in ogni caso a verificare *ex officio* se ricorrono i presupposti e le condizioni fissate inderogabilmente dalla legge per l'accoglimento della domanda stessa.". In letteratura si è detto che, altrimenti, si consentirebbe "alle parti, utilizzando i poteri processuali, di accrescere il loro potere di disponibilità, loro riconosciuto sul piano sostanziale." (CARRATTA, 2010, p. 572).

⁴⁹ E così la confessione del genitore sui beni del figlio non vale senza autorizzazione del giudice tutelare: Cass., 14-2-2006, n. 3188; *id.*, 6-4-1995, n. 4015, *Dir. famiglia*, 1995, 1418.

⁵⁰ Cass., 30-8-2013, n. 19963, *Arch. giur. circolaz.*, 2013, 894: "è nulla per contrasto alle norme di diritto comune comunitario la clausola di guida esclusiva, che consente all'assicuratore di rifiutare il risarcimento del danno qualora, al momento del sinistro, alla guida vi fosse una persona diversa da quella indicata nella polizza; tale clausola, comprese, altresì, il diritto inviolabile alla salute, diritto costituzionalmente garantito, irretrattabile ed indisponibile da parte dell'assicuratore; conseguentemente, la vittima trasportata ha sempre e comunque diritto al risarcimento integrale del danno."

⁵¹ Franzoni (2001, p. 99), per il quale sono diritti indisponibili "quelli che coinvolgono l'affidamento dei figli o il dovere di mantenimento, non invece il modo di osservarlo, che può consistere nel trasferimento di un bene immobile o nel versamento *una tantum* di una somma in un'unica soluzione", il che costituisce ormai una prassi ormai consolidata in tutti i tribunali.

Si tratta di meccanismi che sono ormai collaudati nel diritto del lavoro⁵², solo a ricordare le procedure di conciliazione di cui al vigente art. 410 c.p.c. che si riferisce alle controversie di lavoro *tout court*, quand'anche abbiano ad oggetto i diritti indisponibili di cui all'art. 2.113 c.c.⁵³, come peraltro era anche nel passato: sicché si evidenziava anche prima dell'attuale formula, come rinunce e transazioni sul diritto indisponibile in realtà fossero ammesse a patto che si seguissero le procedure conciliative di legge (MAGNANI, 1990, p. 63), come a dire che l'indisponibilità, alla fine, riguarderebbe non tanto il diritto ma il modo con il quale se ne faccia oggetto di accordo.

Si è poi segnalato (BORGHESI, 2009, p. 126 ss.) che queste indicazioni sono state estese ad ipotesi ulteriori, come le liti dirette ad accertare l'esistenza di una causa di discriminazione per ragioni di razza, origine etnica, religione, etnia ecc., secondo le previsioni dell'art. 4 dei dd. lgs. 9 luglio 2003, n. 215 e n. 216⁵⁴; analoga possibilità riguarda poi le pretese previdenziali, in forza dell'art. 11 del d. lgs. 23-4-2004, n. 124, che si è detto consentire perfino di "determinare la 'disposizione' del potere sanzionatorio dello Stato" (BORGHESI, 2009, p. 128) ed azzerando l'idea della assoluta indisponibilità dei diritti previdenziali del lavoratore⁵⁵.

Il medesimo meccanismo opera con riferimento ai diritti dei consumatori, che sono irrinunciabili preventivamente (art. 143 d. lgs. 6-9-2005, n. 206) ma possono essere oggetto di composizione stragiudiziale ai sensi dell'art. 141 del medesimo codice, oltreché di conciliazione come subito si dirà di seguito⁵⁶.

E' un percorso seguito anche per le cause ordinarie: con il d. lgs. 4-3-2010, n. 28 il legislatore ha infatti sottoposto a tentativo obbligatorio di mediazione, con l'obiettivo di perseguire la relativa conciliazione (art. 11), anche le controversie che riguardino materie in cui è evidente che il diritto violato è indisponibile.

⁵² Sull'ostilità dell'ordinamento fascista all'arbitrato in materia di lavoro, dettata dalla "espressione del monopolio delle funzioni dello Stato rispetto a quelle manifestate nella società civile e nel seno dei suoi corpi intermedi" e sul suo successivo superamento v. Cecchella (1990, p. 284 ss.).

⁵³ Il che indusse Azzariti e Scarpello (1964, p. 207) a negare che si trattasse di diritti indisponibili.

⁵⁴ "Chi intende agire in giudizio per il riconoscimento della sussistenza di una delle discriminazioni di cui all'articolo 2 e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi, può promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 410 del codice di procedura civile o, nell'ipotesi di rapporti di lavoro con le amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 66 del decreto legislativo 30-3-2001, n. 165, anche tramite le rappresentanze locali di cui all'articolo 5.": sono il comma 2 dell'art. 4 del d. lgs. 9-7-2003, n. 215 e 3 dell'art. 4 del d. lgs. 9-7-2003, n. 216.

⁵⁵ Borghesi (2009, p. 130), che richiama nel senso precedente alla disposizione Cass, 18-7-2003, n. 11287, in *Mass. giur lav.*, 2003, 873; su quella totale indisponibilità v. ad es. Fabris (1978, p. 77 ss. e 308 ss). Nel passato Cass., 29-6-1982, n. 3921, **Giustizia civile**, 1982, I, 2572 aveva distinto rilevando che "il diritto già costituito alla rendita per inabilità lavorativa da infortunio sul lavoro è indisponibile e imprescrittibile perché preordinato non soltanto a fini di natura indennitaria, ma anche alla tutela del lavoratore per scopi di natura alimentare e cioè di interesse generale; sono, invece, prescrittibili i singoli crediti di natura patrimoniale che derivano dal diritto alla rendita.". Invece nel senso che "il diritto alla costituzione della rendita per inabilità da infortunio sul lavoro o da malattia professionale non rientra fra i diritti indisponibili." v. Cass., 26-2-1985, n. 1661.

⁵⁶ Nonché di transazione laddove si tratti di clausole nulle se non oggetto di specifica trattativa, secondo Arangio (1993, p. 5).

Se dunque se si può conciliare la controversia che riguarda diritti indisponibili (“relativa a” dice il legislatore), nei limiti in cui non si disponga del diritto i sé ma delle conseguenze relative alla sua violazione, allora si può egualmente compromettere in arbitrato la lite⁵⁷.

Conciliare, infatti, significa trovare una soluzione che riveste natura transattiva ma in presenza di un soggetto terzo⁵⁸ ed allora si dispone evidentemente degli effetti patrimoniali del diritto indisponibile; d'altronde se in sede conciliativa una parte abbandonasse del tutto la pretesa inerente il diritto indisponibile, difettando una regola che vieta la rinuncia, non si avrebbe in tal modo – appunto – la rinuncia alla pretesa patrimoniale connessa al diritto indisponibile?

Anche in tema di patti di famiglia l'art. 768-*octies* c.c. impone il previo tentativo di conciliazione, disposizione ritenuta costituire un “ulteriore tassello a favore del riconoscimento e dell'utilizzo dell'arbitrato nel sistema dei rapporti familiari a carattere patrimoniale.” (lo evidenzia DANОВI, 2010, p. 1.479).

Queste discipline pongono all'evidenza seri problemi di coordinamento con il divieto di transazione di diritti indisponibili indicato dall'art. 1.966 c.c. e di mediazione assistita sugli stessi (art. 2, comma 2, l. 10-11-2014, n. 162), che può affrontarsi in vari modi: negando che la conciliazione sia una transazione; affermando l'avvenuta abrogazione tacita del divieto; coordinando le regole.

La prima soluzione ci pare costituirebbe un gioco semantico: che la conciliazione sia cosa diversa, nel contenuto, dalla transazione, è fuori luogo.

Ci pare invece che la soluzione consista in quanto detto sopra: ovvero che ciò che si può conciliare non è l'appartenenza del diritto in sé o la sua disciplina come regolata dalla legge, ma la determinazione materiale del suo ripristino, il che porta a dire che il divieto di transigere ha il medesimo limite ma anche la medesima possibilità: di poter cioè quantificare la misura del risarcimento, giammai discutere invece dell'esistenza astratta del diritto o della sua disciplina e sempre con la condizione della presenza di un soggetto terzo⁵⁹.

La letteratura lavoristica ha contestato questa distinzione, che era stata avanzata dalla cassazione per consentire “un compromesso, che, nelle sue intenzioni, dovrebbe salvare la capra dell'indisponibilità e i cavoli della stabilità dei negozi abdicativi non impugnati o non impugnabili *ex art. 2.113 c.c.*” (BORGHESI, 2009, p. 123 ss.), evidenziando che alla fine del discorso ciò che

⁵⁷ Si tratta di controversie “in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari”: è evidente che l'integrità fisica della persona è un diritto indisponibile, ma è conciliabile il danno che la colpisca se lesa da un evento prodotto dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità.

⁵⁸ Qui occorre rinviare necessariamente alle osservazioni di Santoro Passarelli (1975, p. 45 ss.).

⁵⁹ “La conciliazione non è una figura negoziale a sé, ma indica soltanto un modo della composizione che ha luogo tra le parti. Essa è contraddistinta dalla circostanza, puramente estrinseca, che avviene alla presenza di un terzo.” (SANTORO PASSARELLI, 1975, p. 47).

rileva è la forma in cui il diritto indisponibile sia fatto oggetto di accordo: riservata solo ai patti raggiunti in quella specifica sede, giammai in altri (BORGHESI, 2009, p. 132 ss.).

Ma se il problema consiste nel controllo sul merito dell'accordo spettante al conciliatore indicato dalla legge (BORGHESI, 2009, p. 132 ss.), ci pare che a maggior ragione la funzione sia assolta laddove la decisione vada presa in conformità alla legge perchè difetti l'accordo delle parti: è una conclusione che tra l'altro si fonda sull'identica facoltà prevista dall'art. 412 c.p.c. per le controversie di lavoro devolute al tentativo di conciliazione, dove le parti possono devolvere proprio alla commissione stessa di decidere in via arbitrale tutto ciò su cui non si sono conciliate: senza indicazione di limite alcuno circa la natura dei diritti da assoggettare ad arbitrato. E ci pare condivisibile anche l'indicazione per cui "semmai si potrebbe vedere un limite nel carattere necessariamente giurisdizionale del detto controllo, che, come tale, andrebbe riservato al conciliatore-giudice, con esclusione di altri organi amministrativi o sindacali"⁶⁰, dato che l'arbitro svolge esattamente quella funzione, potendo perfino sollevare questioni di costituzionalità laddove emergessero (art. 819 *bis* c.p.c.), facoltà del tutto preclusa agli organi di conciliazione fin qui nominati.

Da ciò allora una conclusione: ciò che può essere oggetto di conciliazione, in quella misura, possa del pari essere oggetto di arbitrato, ancorché alla base vi sia un diritto in sé indisponibile.

5 LE QUESTIONI TRA CONIUGI ARBITRABILI

E' dunque su questa base che si può procedere, escludendo subito senza necessità di ribadirlo ogni volta, ogni questione che attenga i minori (DANOVI, 2010, p. 1.471 ss.) e lo *status*.

Così delimitata l'indagine, le controversie tra coniugi possono riguardare un aspetto meramente patrimoniale quale ad es. la gestione di un bene, di una società, la costruzione di un immobile ecc. oppure le conseguenze patrimoniali della crisi familiare.

Il primo punto ha certamente ad oggetto diritti disponibili, posto che le controversie in tesi attengono a questioni che non sono riconducibili nemmeno al regime patrimoniale scelto al momento del matrimonio.

Va comunque evidenziato che la controversia potrebbe avere ad oggetto non il regime patrimoniale (indisponibile) ma i fatti inerenti un acquisto regolato dal regime patrimoniale⁶¹: che sia vero o meno che il denaro utilizzato da un

⁶⁰ E' la conclusione di Borghesi (2009, p. 136); v. altresì Santoro Passarelli (1975, p. 47) ove precisa (ivi 51, 55 ss.) che l'attività dell'arbitro "è certamente un'attività di giudizio", risultato oggi ormai acquisito.

⁶¹ V. ancora Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, **Giustizia civile**, 1995, I, 202. In materia condominiale una decisione evidenzia un ragionamento per certi versi analogo: per T. Milano, 28-12-1989, *Arch. locazioni*, 1991, 150, "l'applicazione della clausola compromissoria contenuta in un regolamento di condominio, secondo la quale qualunque controversia fra i condomini e tra

coniuge in regime di comunione legale fosse personale e dunque che l'acquisto non ricada nella comunione, è controversia che non ha per oggetto il diritto indisponibile dell'appartenenza o meno dei beni alla comunione legale (cioè la regola posta dagli artt. 177 e 179 c.c.), ma il presupposto in fatto perché l'acquisto ricada o nell'una o nell'altra ipotesi: questa controversia ben può essere oggetto di arbitrato⁶².

C'è poi un'altra lite arbitrabile: quella avente ad oggetto il risarcimento dei danni per fatto illecito compiuto da uno dei coniugi a danno dell'altro, ad es. per un incidente causato mentre uno era alla guida dell'auto ove l'altro era trasportato; vi è poi anche un ulteriore profilo di danno ingiusto, quello da adulterio, sul quale però ora si preferisce rinviare alle riflessioni ulteriori.

Si deve invece escludere che la controversia sul diritto alla determinazione ("an") del diritto al contributo di mantenimento (tanto in sede di separazione che divorzile) sia arbitrabile⁶³. Occorre però dare atto che, in realtà, esistono vari indici che spingono in direzione contraria, a cominciare dalla tesi (pur non pacifica) della sua natura non alimentare⁶⁴ e di quella decisione per cui il giudizio che prosegua per quest'unica determinazione non vede il pubblico ministero

questi e l'amministratore per l'interpretazione e l'esecuzione delle norme di legge e contratto reggenti il condominio, ed in genere riferentesi comunque alla costituzione, esercizio ed eventuale scioglimento del condominio, sarebbe stata devoluta al giudizio inappellabile di un collegio arbitrale, non può essere estesa a questioni che nei rapporti condominiali possono avere trovato la loro occasione, ma che dipendono dall'interpretazione di norme generali che tutelano diritti di carattere assoluto, la cui fonte è estranea alla disciplina del condominio".

⁶² D'altro canto per Cass., 9-7-2003, n. 10794, *Dir. famiglia*, 2004, 81 "la transazione, in via di principio, ben può intervenire a disciplinare il rapporto patrimoniale tra i coniugi oggetto di possibile o attuale controversia (beninteso, senza che possa avere ad oggetto diritti indisponibili dei contraenti) e ben può avere ad oggetto, per la realizzazione della sua funzione, anche diritti estranei alla controversia che, con essa, si vuole evitare, costituendo questione di fatto, che spetta al giudice del merito risolvere, accertare se nelle pattuizioni intervenute sussista la reciprocità delle prestazioni, quale che ne sia il contenuto (nella specie si trattava di una scrittura privata conclusa tra i coniugi consensualmente separati al fine di regolare i reciproci rapporti patrimoniali, che prevedeva, tra l'altro, il trasferimento di proprietà immobiliari)".

⁶³ Infatti Cass., 4-11-2010, n. 22505, *Famiglia e minori*, 2011, 28, dice che "la dichiarazione negoziale con cui un ex coniuge si impegna a non mettere mai in discussione le disposizioni contenute nella sentenza di divorzio attributive dell'assegno a favore dell'altro, ove intesa quale rinuncia al diritto di revisione, è nulla per illiceità della causa, poiché interferisce sul diritto indisponibile all'assegno di divorzio, di carattere assistenziale, e inerente a materia nella quale le decisioni del giudice, collegate anche a interessi di ordine generale, sono svincolate dal potere dispositivo dei contendenti.". Inoltre per Cass., 20-3-1998, n. 2955. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, fascicolo I, p. 1.306, 1999, "essendo indisponibili i diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio, sono nulli per illiceità della causa gli accordi con i quali i coniugi in sede di separazione escludono l'eventuale diritto del coniuge che non ha mezzi adeguati all'assegno divorzile".

⁶⁴ Per Cass., 19-7-1996, n. 6519. In: **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Pisa, Ed. Cedam, volume I, p. 443, 1997, "il credito dell'assegno di mantenimento attribuito dal giudice al coniuge separato senza addebito di responsabilità, ai sensi dell'art. 156 c.c., avendo la sua fonte legale nel diritto all'assistenza materiale inerente al vincolo coniugale e non nella incapacità della persona che versa in stato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento, non rientra tra i crediti alimentari per i quali, ai sensi del combinato disposto degli art. 1.246, 1.° comma, n. 5 e 447 c.c., non opera la compensazione legale.". Sulla natura alimentare v. invece Cass. pen., 5-3-2003, *Dir. pen. e processo*, 2003, 1507 ma anche, a ben vedere, Cass., 8-5-2013, n. 10718, per la quale "in tema di separazione personale tra coniugi, la domanda rivolta a richiedere un assegno di natura alimentare costituisce un *minus* ricompreso nella più ampia domanda di riconoscimento di un assegno di mantenimento per il coniuge."; v. altresì *id.*, 12-6-2006, n. 13593.

come parte necessaria, come a dire che l'interesse pubblico alla conformità alla legge della decisione in tal caso è venuto meno⁶⁵.

Dunque almeno il *quantum* del contributo dovrebbe essere arbitrabile (SCHIZZEROTTO, 1988, p. 78 ss.; DANОВИ, 2010, p. 1.475 ss.): si può a tal fine ricordare la già citata sentenza del S.C., non seguita da altre ma nemmeno mai contraddetta successivamente, che appunto ritenne ammissibile il giudizio arbitrale che non riguardi il diritto al contributo per il mantenimento del figlio minore, che ha natura alimentare⁶⁶, ma le modalità concrete di attuazione⁶⁷, soluzione cui si può aderire appunto laddove si ritenga che in questa controversia non debba intervenire il pubblico ministero e non si incida sul mantenimento stesso, che vede il minore come soggetto tutelato (v. infatti le perplessità espresse da DANОВИ, 2.010, p. 1.475).

Inoltre molto più di recente il S.C. ha negato che spetti al tribunale, investito mediante ricorso per modifica delle condizioni di separazione ex art. 710 c.p.c., di valutare i patti dei coniugi che non riguardino l'eventuale assegno ma altre questioni patrimoniali.

Si è detto infatti che

la separazione consensuale è un negozio di diritto familiare avente un contenuto essenziale – il consenso reciproco a vivere separati, l'affidamento dei figli, l'assegno di mantenimento ove ne ricorrano i presupposti – ed un contenuto eventuale, che trova solo occasione nella separazione, costituito da accordi patrimoniali del tutto autonomi che i coniugi concludono in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata (nella specie vendita della casa familiare e attribuzione del ricavato a ciascun coniuge in proporzione al denaro investito nel bene stesso); ne consegue che questi ultimi non sono suscettibili di modifica (o conferma) in sede di ricorso *ad hoc* ex art. 710 c.p.c. o anche in sede di divorzio, la quale può riguardare unicamente le clausole aventi causa nella separazione personale, ma non i patti autonomi, che restano a regolare i reciproci rapporti ai sensi dell'art. 1.372 c.c. (Cass., 19-8-2015, n. 16909; v anche *id.*, 12-1-2016, n. 298; sulla validità di questi accordi v. anche FRANZONI, 2001, p. 98).

Vi è poi l'ammissibilità di accordi successivi alla separazione (sul tema degli accordi transattivi tra coniugi v. IRTI, 2017, p. 832; ZAGARIA, 2017, p. 111 ss.); infatti si dice che "l'accordo transattivo relativo alle attribuzioni patrimoniali, concluso tra le parti ai margini di un giudizio di separazione o di divorzio, ha natura negoziale e produce effetti senza necessità di essere sottoposto al giudice per l'omologazione." (Cass, 3-12-2015, n. 24621).

⁶⁵ Il contrario di quanto affermava AZZOLINA [S. n. t.], p. 1.072, per il quale "tutte le questioni concernenti la separazione personale dei coniugi coinvolgono l'interesse familiare, toccando con ciò implicitamente anche l'ordine pubblico."; donde la sua contrarietà all'arbitrato.

⁶⁶ Cass., 18-11-2016, n. 23569; *id.*, 4-7-2016, n. 13609; *id.*, 10-12-2008, n. 28987, **Vita notarile**, Palermo, Ed. Buttitta, p. 337 ecc., 2009.

⁶⁷ DANОВИ, 2010, p. 1.463, n. 5 segnala, oltre alla già citata Cass., 12-8-1954, n. 2942. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, p. Utet, volume I, fascicolo 1, p. 1.070, 1954, anche la letteratura favorevole.

E' allora evidente che, per la natura puramente contrattuale di questi patti, le liti che li riguardano ben possono essere rimesse agli arbitri.

Con le precisazioni sopra indicate, nulla vieta quindi di compromettere in arbitrato una lite puramente patrimoniale e che una tale previsione possa essere contenuta in un documento formatosi prima dell'eventuale lite si può oggi affermare, oltre che sulla base della natura della clausola arbitrale come sopra descritta, anche in forza dell'art. 808 bis c.p.c.

Dal profilo pratico c'è da osservare che la possibilità di regolare in questo modo le liti solo patrimoniali non ha molte chance di essere praticata: è un'ipotesi che deva essere vagliata in sede teorica, ma solo chi possieda patrimoni di valore particolarmente importante può essere tentato di percorrere la via del contratto al momento di convolare a nozze.

Altra è invece la possibilità della clausola arbitrale in sede di crisi familiare: se il contenuto eventuale della separazione o del divorzio consensuale non può essere regolato con la procedura diretta alla modifica delle condizioni di separazione o divorzio, allora ben è possibile dirottare le relative questioni – che in sede di crisi restano latenti ancorché apparentemente definite – nell'ambito del giudizio arbitrale.

6 IL PATTO DI FEDELTA' NELLE UNIONI CIVILI

La seconda questione da affrontare è se l'art. 70 c.p.c. vada interpretato nel senso di includere nelle controversie matrimoniali in cui deve intervenire il pubblico ministero, anche quelle non puramente patrimoniali relative alle unioni civili: e la risposta è necessariamente positiva.

Qui non esiste la separazione ma solo lo scioglimento regolato dalla legge sul divorzio; tuttavia quella tra persone unite civilmente è una controversia che attiene al loro stato, tanto che nella disciplina dell'ordinamento dello stato civile (d.p.r. n. 396/2000) sono stati inseriti a tal fine gli artt. 70 bis e segg. e che il comma 25 dell'art. 1 l. n. 76/2016 richiama anche gran parte della disciplina processuale della legge n. 898/1970; inoltre rinvia anche alla negoziazione assistita di cui all'art. 6 del d.l. n. 132/2014 che, com'è noto, prevede che l'accordo delle parti sia sottoposto al controllo del pubblico ministero e la rimessione al tribunale ove il controllo dia esito negativo.

E' dunque necessario l'intervento del pubblico ministero: sia perchè l'esistenza dello stato libero è requisito per contrarre l'unione civile (comma. 4 lett. b art. 1, l. 10-5-2016, n. 76), sia perché lo stato di persona unita civilmente viene iscritto nel registro dello stato civile; ne consegue che la controversia inerente lo scioglimento dell'unione civile non è arbitrabile, al pari di quelle che ne riguardano le relative patologie originarie.

Su altre questioni è invece possibile pronunciarsi a favore dell'arbitrato.

E' detto testualmente dal comma 13 dell'art. 1 della legge che le parti non possono derogare ai diritti ed agli obblighi ivi previsti e dunque è fuor di dubbio che si tratti di diritti indisponibili; tra questi il comma 11 prevede l'obbligo all'assistenza morale e materiale nonché alla coabitazione ma non, come tutti sanno, alla fedeltà.

Politicamente⁶⁸ è una scelta criticabile⁶⁹ sebbene si sia notato che queste unioni, come regolate dal comma 2, non prevedono alcun rapporto affettivo quale presupposto e quindi tanto basterebbe a giustificare l'esclusione⁷⁰, anche se poi il richiamo alle cause impeditive contenute nel comma 5, che rinvia testualmente alla disciplina del matrimonio, fa deporre per una conclusione diversa (sul tema v. ad es. BALESTRA, 2016, p. 1.779 ss.).

In ogni caso dal punto di vista giuridico e riferendosi alle unioni fondate sul rapporto affettivo (*id quod plerumque accidit*), si può comunque negare che da quell'omissione rispetto agli obblighi del matrimonio, ognuno dei partner uniti civilmente possa inferire il suo diritto incoercibile all'infedeltà⁷¹.

Nulla esclude ad es. che i due partner, prima di decidere di unirsi civilmente, si scambino una promessa di fedeltà finché duri l'unione e dove sia detto a parole chiare che la decisione di unirsi civilmente si fonda su questa promessa; è una promessa di cui si parlava in senso favorevole prima della legge (DELLE MONACHE, 2015, p. 950 ss.) e che anche dopo è stata ritenuta ammissibile⁷².

Tale promessa, a scanso di equivoci, non costituisce un limite al diritto (questo sì) indisponibile di sciogliere la loro unione; essa però rileva se proprio in sua presenza le parti si siano indotte ad unirsi stante il reciproco affidamento alla fedeltà fin quando decidano, se accadesse, di sciogliere l'unione.

Si tratta dunque di ben altro dalla semplice possibilità di conformarsi spontaneamente al canone della fedeltà⁷³, evento che non interessa essendo un fatto accidentale (a meno che possa dar vita ad un affidamento fondato sulla continuità del fatto), riguardando invece la rilevanza che assuma l'impegno scambiatosi ed in forza del quale ci si sia determinati all'unione.

⁶⁸ Parla proprio di "prezzo politico" quale "compromesso tra le diverse anime della compagine governativa" pagato per ottenere la fiducia parlamentare alla legge Azzarri (2017, p. 423).

⁶⁹ Va sottoscritta la definizione di parole "oramai impronunciabili" data da Sesta (2017, p. 23) riferendosi alla definizione dell'amore omosessuale come "l'esatto contrario della fedeltà" da parte di T. Mann, *Sul matrimonio. Brindisi a Katia*, Milano, 1993, 10. Anche Azzarri (2017, p. 425), è fortemente critico alla scelta, richiamando le parole di Busnelli (2016), che definisce quella scelta un «malaccorto, e odioso, tentativo ulteriore di differenziazione [dei partner] dai coniugi».

⁷⁰ De Cristofaro (2017, p. 113), ove però non esclude che l'unione si basi sulla comunione di vita che le parti "già conducono e si impegnano a mantenere." (ivi, 115).

⁷¹ Invece per Bianca (2017a, p. 330), "la mancata previsione della sua doverosità giuridica ha una rilevante ragione giustificativa nel rispetto della libertà sessuale e personale dell'unito civile."

⁷² Perfetti (2016, p. 1.757). In senso contrario v. invece SPADAFORA (2017, p. 1813 ss.): pur ritenendo che quello della fedeltà resti un impegno indefettibile (1810 ss.), considera invalido un impegno delle parti in tal senso.

⁷³ Ne parla Sesta (2017, p. 23), dopo aver evidenziato le ambiguità legislative sul tema della fedeltà, che riemerge da alcune disposizioni che sembrano in qualche modo presupporla.

A tale fine è ora il momento di affrontare la questione su cui prima si era rinviato: è ben noto che dopo decenni di sentenze contrarie, si è giunti finalmente ad ammettere che anche l'adulterio possa essere fonte di danno ingiusto per il coniuge che lo subisce⁷⁴.

Se le relative modalità sono state tali da ingenerare una comprovata sofferenza che incide quindi sul diritto primario alla salute, poiché derivano dalla violazione del dovere di fedeltà, allora il danno va risarcito ed il diritto al risarcimento di questo danno è disponibile al pari degli altri ed è quindi arbitrabile, perché non si discute qui dello *status* dei coniugi, ma di un fatto che ha cagionato un danno ingiusto in violazione di un dovere di legge, certamente indisponibile in quanto tale, diversamente dalle conseguenze della sua violazione.

Tuttavia mentre per i coniugi la fedeltà è obbligo stabilito dal codice nell'art. 143, per le persone unite civilmente si potrebbe argomentare esattamente il contrario, data l'assenza dell'obbligo di fedeltà⁷⁵.

Non è però così: se anche il legislatore ha deciso di non stabilire il medesimo obbligo anche nelle unioni civili, tuttavia non è giunto a vietare che le parti si possano impegnare ugualmente, perché il reciproco impegno è il normale fondamento dell'unione affettiva ed anche questa unione, com'è testualmente indicato nel comma 1, è una formazione sociale (art. 2 Cost.)⁷⁶ in cui si può realizzare la personalità del singolo⁷⁷.

Come ben si è detto, la fedeltà è qui da intendersi quale "rispetto della dignità e dei sentimenti dell'altra parte" (ZATTI, 2016, p. 1.664) facendo parte, assieme al dovere di collaborazione, "dei comportamenti funzionali alla realizzazione delle finalità dell'unione." (AULETTA, 2017, p. 138; *amplius* ivi 140 ss.).

Dunque se anche la legge non consente di ritenere la fedeltà obbligo automatico, questo può però diventare un valido impegno pattizio⁷⁸, sia pure sotto la condizione che l'unione non si rompa.

E d'altronde, visto che nelle unioni civili resta comunque l'obbligo dell'assistenza morale, sarebbe francamente contraddittorio vietare un patto che di tale reciproca assistenza può rappresentare un pilastro fondamentale di

⁷⁴ Cass., 15-9-2011, n. 18853, *Foro padano*, 2012, I, 49; *id.*, 1-6-2012, n. 8862. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, fascicolo I, p. 2.037, 2012.

⁷⁵ I vari orientamenti che si stanno fronteggiando sull'argomento sono ricostruiti da Auletta (2017, p. 136 ss.).

⁷⁶ Lo aveva già detto in motivazione Corte Cost., 15-4-2010, n. 138, *Dir. famiglia*, 2010, 1077 oppure *ex multis* v. ad es. Ferrando (2016, p. 1.171).

⁷⁷ OBERTO (2017, p. 75); prima della riforma Cass., 22-1-2014, n. 1277. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, p. 1.090, 2015, aveva detto che "la convivenza di fatto, pur solo frammentariamente disciplinata dalla legge, dà luogo ad una formazione sociale meritevole di tutela, da cui scaturiscono reciproci doveri solidaristici di assistenza anche materiale, con rilevanza sociale e morale."

⁷⁸ BIANCA (2017a, p. 147), ritiene che "gli atti che importino parziali limitazioni o rinunzie ai diritti della personalità possano reputarsi validi se alla stregua della coscienza sociale essi siano compatibili con la dignità della persona umana."; il patto di fedeltà (o, per chi voglia, di rinunzia al diritto di infedeltà) è sicuramente compatibile – anzi! – con la dignità della persona umana.

sostegno (*contra* BIANCA, 2017a, p. 147): il contrario sarebbe ammettere che un partner deve assistere moralmente l'altro ma, pur impegnatosi alla fedeltà, può tradirlo ogni volta che gli pare, a dispetto degli effetti che il tradimento comporti!

Amnesso dunque il patto⁷⁹ volto ad esplicitare il presupposto del consenso e l'affidamento riposto nel comportamento dell'altro partner, deve dirsi che tale accordo, pur volendo essere giuridicamente vincolante, non è patrimoniale (art. 1.321 c.c.) e che nemmeno l'interesse del creditore dell'altrui fedeltà possieda all'origine tale valenza (art. 1.174 c.c.) (così DELLE MONACHE, 2015, p. 952), nel senso che verrebbe stipulato solo per scambiare tra i partners quel normale impegno di fedeltà di coppia che il legislatore qui non ha voluto imporre.

Ciò non toglie che la violazione del patto di fedeltà, in quanto ammissibile, possa però dar luogo a responsabilità per fatto illecito (DELLE MONACHE, 2015, p. 953; PERFETTI, 2016, p. 1.757), consistente nella violazione del bene primario della salute che ne possa derivare⁸⁰ perché è ingiusto violare l'altrui affidamento e la libertà di determinarsi in forza della promessa ricevuta: un problema di prova, se vogliamo⁸¹, ma non di sostanza.

In definitiva tale patto non è un contratto di quelli cui si riferisce il quarto libro del codice civile, codice che però ben conosce rapporti contrattuali la cui causa è puramente ideale: sindacati, partiti politici ed associazioni di ogni tipo non hanno affatto uno scopo direttamente economico e ben possono configurarsi senza apporti che non siano puramente volontaristici, magari limitati alla partecipazione alle iniziative che si vogliono organizzare.

Si tratta invece di un accordo avente causa nell'unione civile, così come lo è lo stesso accordo di unione civile: è un patto di natura non economica fondato su quel vincolo, la cui funzione è solo quella di attestare l'affidamento reciproco alla fedeltà ed è proprio per ipotesi come questa che l'art. 808 *bis* c.p.c. assuma una valenza decisiva per superare ogni dubbio sul fatto che si possa ricorrere oggi all'arbitrato in materie non contrattuali: cioè anche per il caso di accordi (appunto non contrattuali) come quello in esame.

⁷⁹ Ma sulla circostanza che la fedeltà comunque sia insita nel rapporto, ovvero anche a prescindere dal patto, v. anche Azzarri (2017, p. 429 ss.), ove rileva che la necessità per il giudice dello scioglimento dell'unione, che ai sensi del comma 25 disponga un assegno tenendo conto delle ragioni che hanno fatto naufragare il rapporto potrebbe includere anche quella dell'infedeltà.

⁸⁰ Non è l'infedeltà in sé, cioè, ma il danno che ne deriva, almeno secondo Cass., 17-1-2012, n. 610, in *Famiglia dir.*, 2012, 254, per la quale "la violazione del dovere di fedeltà ed il conseguente addebito della separazione non giustifica la condanna al risarcimento del danno in assenza dell'ingiusta lesione di un diritto costituzionalmente protetto."

⁸¹ Così secondo T. S. Angelo dei Lombardi, 26-1-2011, in *rep.* In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, 2013, voce Famiglia (regime patrimoniale), n. 43: "in caso di violazione del dovere coniugale di fedeltà, i danni non patrimoniali non sono automaticamente risarcibili, ma occorre che si verifichi una lesione grave di uno o più diritti costituzionalmente rilevanti e che sia provato un pregiudizio serio, che non consista in meri disagi o fastidi."

7 L'ARBITRATO NELLE CONVIVENZE DI FATTO

Altra ipotesi da verificare è quella dei conviventi di fatto, per i quali il contratto serve proprio a riempire il vuoto lasciato volutamente dal legislatore per tutto ciò che i commi 36 e segg. dell'art. 1 non regolano (PATTI, 2017, p. 37, parla di “un vero e proprio regime opzionale.”) oppure che disciplinano con norme dispositive.

Interessa anzitutto evidenziare che qui si tratta espressamente di due persone “unite stabilmente da vincoli affettivi”, dove lo stabilmente vale come presupposto, non come vincolo per il futuro, stante il divieto di porre (termini e) condizioni all'interno del contratto previsto dal comma 50 (così il comma 56).

Qui, a differenza che nel matrimonio e nelle unioni civili, nelle eventuali liti in materia non dovrà però intervenire necessariamente il pubblico ministero: non è una questione di *status*; non è una questione matrimoniale (TOMMASEO, 2017, p. 401; DANOVÌ, 2016, p. 1.005).

Vero è che chi convive stabilmente potrebbe essere già vincolato da matrimonio o unione civile, ma tale circostanza non atterrà mai alla “validità” del fatto della stabile convivenza affettiva⁸², quanto semmai alla patologia del matrimonio o dell'unione civile, sicché a tutto concedere gli effetti sulla convivenza saranno solo quelli del continuare o cessare secondo le decisioni dei conviventi (ed a parte la questione del risarcimento del danno per adulterio o rottura del patto di fedeltà, dove prospettabile).

Vero è altresì che il comma 57 prevede la nullità del contratto sui rapporti patrimoniali concluso ai sensi del comma 50, se esista già un'altra convivenza, ma qui la nullità atterrà al contratto, non consentendo invece di interferire con il fatto della convivenza: nessuno potrà mandare le forze dell'ordine ad impedire quella convivenza⁸³.

La conclusione è che in nessuna di queste controversie vi è l'obbligo di intervento del pubblico ministero.

⁸² In altre parole, i conviventi dovranno ugualmente considerarsi una formazione sociale cui l'ordinamento attribuisce tutela (RIZZUTI, 2017a, p. 118). Rimarcare la circostanza che i conviventi non devono essere legati da un matrimonio con altri (BIANCA, 2017a, p. 343) indica sicuramente un presupposto violato il quale è nullo il contratto *ex* comma 57 (BIANCA, 2017a, p. 350), ma pone una domanda: qualcuno può impedire ai conviventi di convivere? Che invece si tratti di una “convivenza illegittima e dunque non tutelabile.” (AULETTA, 2016, p. 390) resta convinzione non isolata, ma criticata da chi evidenzia che ne deriverebbe una “incoerente situazione discriminatoria” (ROMEO, 2016, p. 683). Peraltro le posizioni degli autori mutano nel tempo, ad es. Bianca (2017b, p. 471), dice che “la sussistenza del vincolo con terze persone non impedisce pertanto di instaurare un rapporto di convivenza regolato dalla legge”.

⁸³ Altro è semmai il diverso problema del concorso (art. 2.055 c.c.) del convivente nel fatto illecito dell'altro convivente che sia coniugato e cagioni un danno ingiusto al proprio coniuge in forza dell'infedeltà: unica pronuncia nota in materia è T. Vicenza, 3-11-2009, *Famiglia dir.*, 2010, 281: “non sussiste la responsabilità del ‘terzo’ per avere indotto una persona coniugata a violare il dovere di fedeltà, salvo che il coniuge sia persona incapace di assumere libere ed autonome determinazioni circa la gestione dei propri rapporti personali.”

Il vincolo affettivo quale presupposto della convivenza giustifica certamente la possibilità del medesimo impegno di fedeltà che possono prendere due persone unite civilmente; anzi qui forse ha maggior ragion d'essere, dato che nemmeno esiste l'obbligo di reciproca assistenza morale e materiale cui la fedeltà può ben essere ricondotta.

In quest'ottica per parlarsi di arbitrato sulle conseguenze patrimoniali della violazione del patto di fedeltà, occorre allora proprio l'art. 808 bis c.p.c. se null'altro le parti abbiano inteso regolare, poiché alle questioni patrimoniali è dedicato il contratto di cui al comma 50.

Se invece nel contratto cui si riferisce il comma 50 esista una clausola arbitrale, la stessa può estendersi anche all'impegno alla fedeltà come sopra descritto, perché la possibilità di questo oggetto è assicurata sempre dall'art. 808 bis c.p.c.

Bisogna dar atto che si è escluso, molto autorevolmente, che il contratto di convivenza possa regolare altro dai rapporti patrimoniali⁸⁴, ma è una lettura restrittiva che non sembra autorizzata dal comma 50, che non limita espressamente il contratto di convivenza ai soli rapporti patrimoniali (BIANCA, 2017b, p. 473. In senso in parte diverso v. ad es. DI ROSA, 2016, 706).

Il fatto che possano regolare quei rapporti non si pone in antitesi con la regolazione di altre questioni non patrimoniali cui il legislatore non abbia fissato limiti inderogabili ed infatti un clausola su altre questioni non è inclusa tra le nullità ex comma 57.

D'altro canto si è detto che questo contratto è diverso dal patto di convivenza già ammesso prima della legge n. 76/2016 e che continua a rimanere ammissibile⁸⁵, sicché alla fine si farebbe pur sempre entrare dalla finestra ciò che si vorrebbe tener (erroneamente) fuori della porta.

Ove invece questo impegno non sia stato giuridicizzato, resta aperta la possibilità di inserire nel contratto ex comma 50 la clausola arbitrale (meramente) contrattuale e forse questo è il terreno d'elezione dell'impegno all'arbitrato, sembrando quasi naturale che i conviventi disciplinino da sé quel che il legislatore non ha regolato.

Il comma 50 consente ai conviventi di disciplinare "i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune": poiché in precedenza nulla ha mai vietato di regolare le questioni estranee alla vita in comune, ciò significa che i conviventi possono disciplinare ogni questione che le interessi, cioè anche i rapporti patrimoniali su cui si sarebbero potuti porre dubbi in virtù del titolo da cui traggono origine.

⁸⁴ Oberto (2017, p. 79); aderisce Achille (2017, p. 628), che di conseguenza ritiene non prospettabile il risarcimento del danno da infedeltà.

⁸⁵ Bianca (2017a, p. 353), Sirena (2017, p. 1.072-1.075). Un'ampia ricostruzione dell'evoluzione della letteratura sui patti di convivenza è in Rizzuti (2017b, 193 ss.); sulle questioni non patrimoniali v. *ivi*, 201 ss.

Tuttavia il rilievo dato a questi interessi serve perché ne sia chiaro il presupposto, che è dato dalla convivenza, ad evitare che li si possa valutare altrimenti come se si trattasse di una questione tra estranei, che pretende una qualificazione solo economica che non consideri la relazione affettiva, giungendo alla fine a snaturare la funzione delle attribuzioni avvenute in ragione della convivenza affettiva in essere⁸⁶.

Per quanto sia superfluo, può dirsi anzitutto che la convivenza, com'è ovvio, non è coercibile, tanto che si può sciogliere per recesso unilaterale, sicché nessuna clausola che possa limitarne la portata, prevedendo ad es. una penale, è ammissibile (BIANCA, 2017a, p. 354; ACHILLE, 2017, p. 630): ne risponderebbero addirittura il notaio o l'avvocato che, nel certificare la sottoscrizione delle parti, ne attestassero contro il vero la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico (comma 51).

Questa ipotesi è dunque sottratta ad arbitrato perché rappresenta un diritto indisponibile.

Al contrario potrebbe ritenersi arbitrabile la controversia sulla misura delle provvidenze spettanti al convivente che partecipi all'impresa dell'altro convivente ex art. 320 *ter* c.c., trattandosi di una questione eminentemente economica. Tuttavia la letteratura ritiene trattarsi di rapporti soggetti al rito del lavoro ex art. 409 c.p.c. (così QUADRI, 2017, p. 622), ipotesi in cui il secondo comma dell'art. 806 c.p.c. vieta l'arbitrato ove non previsto dalla legge o dai contratti collettivi.

Alla stessa conclusione può giungersi per le liti relative agli acquisti fatti in costanza di convivenza, per due ragioni: anzitutto perché il comma 53 prevede che i conviventi possano adottare il regime patrimoniale tipico del matrimonio senza esserne però tenuti, sicché è loro diritto adottare regole specifiche senza preoccuparsi di dare indicazioni particolari in proposito (cfr. OBERTO, 2017, p. 86-88). In secondo luogo perché – come detto in precedenza per i coniugi – laddove non si discuta del regime in quanto tale ma dei presupposti dell'applicazione delle sue regole, l'oggetto dell'arbitrato non sarà mai indisponibile.

Anche i patti sulla misura della reciproca contribuzione alla convivenza possono essere inseriti nel contratto: lo indica infatti la lett. b) del comma 53 e questi pure saranno arbitrabili.

In definitiva si può ritenere che, in quest'ambito, in linea di massima tutte le questioni siano arbitrabili, escluse ovviamente le ipotesi manifestamente *contra legem* su cui è inutile soffermarsi, quale ad es. una qualsiasi indicazione successoria, giacché si porrebbe in contrasto con il divieto posto dall'art 458 c.c. Il vero dubbio si pone infatti di fronte alla determinazione del diritto agli alimenti in caso di bisogno, concesso dal comma 65 quando si sciogla la convivenza: è pacifico che quello agli alimenti appartenga al novero dei diritti indisponibili⁸⁷

⁸⁶ L'atteggiamento della giurisprudenza, resasi progressivamente sensibile alla funzione delle attribuzioni avvenute in corso di convivenza, è evidenziato da Leo (2017, p., 60-61).

⁸⁷ Lo dice ad es. Cass., 20-12-2011, n. 27679, riferendosi alla rendita Inail che "per il suo carattere alimentare è indisponibile, e, in quanto tale irrinunciabile ed imprescrittibile."; *id.*, 20-12-2011, n. 27679.

e che non possa essere oggetto di arbitrato (PATTI, 2017, p. 39, evidenzia il “carattere inderogabile della norma relativa all’obbligo alimentare.”); tuttavia se le parti avessero disciplinato pattiziamente⁸⁸ un *quid pluris*⁸⁹ consistente in un vero e proprio obbligo di mantenimento (ammesso ad es. da ACHILLE 2017, p. 630-631), tale ipotesi dovrebbe ritenersi rimessa all’autonomia delle parti⁹⁰ e dunque arbitrabile⁹¹.

Qui la possibilità di ricorrere al giudice ordinario deve semmai ammettersi ogni volta che l’ex convivente lamenti che, nonostante la decisione arbitrale sul mantenimento pattizio o anche a causa di questa decisione, egli sia privo del sostentamento alimentare; ma tale eventualità non nega la validità del patto di mantenimento e della sua arbitrabilità.

8 POSSIBILI VUOTI LEGISLATIVI

Vi sono infine possibili vuoti legislativi: il legislatore non ha parlato delle convivenze di fatto non iscritte all’anagrafe, ma la letteratura prevalente ritiene che la disciplina resti la medesima, giacché altrimenti ne deriverebbe per queste una situazione peggiore proprio laddove il legislatore ha inteso attribuire una tutela; dunque per i più l’iscrizione non avrebbe natura costitutiva⁹².

Senonché c’è già una decisione in senso opposto, per la quale “la convivenza di fatto può essere provata esclusivamente con la dichiarazione anagrafica”, attribuendole in tal modo proprio efficacia costitutiva ancorché parli di prova⁹³.

Il tema è molto delicato: se è vero che attribuendo natura costitutiva all’iscrizione, si rischia di negare la tutela data alla convivenza, d’altro canto è del pari vero che per avere la tutela basta l’iscrizione, senza alcun controllo

⁸⁸ Patti (2017, p. 39), ritiene che ben abbia fatto il legislatore abbia eliminato dal testo la previsione di un obbligo di mantenimento, che avrebbe “rappresentato una limitazione eccessiva della libertà degli interessati”; sulla possibilità di prevedere tali provvidenze v. Oberto (2017, p. 91).

⁸⁹ Rovesciando la già ricordata sentenza di Cass., 8-5-2013, n. 10718, per la quale “in tema di separazione personale tra coniugi, la domanda rivolta a richiedere un assegno di natura alimentare costituisce un *minus* ricompreso nella più ampia domanda di riconoscimento di un assegno di mantenimento per il coniuge.”

⁹⁰ Alla fine ci arriva anche il S.C. e perfino tra coniugi: Cass., 31-1-2012, n. 1338, “ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ravvisato nel negozio un contratto con obbligazioni del solo proponente, a titolo gratuito, ma non motivato da spirito di liberalità, con il quale le parti avevano inteso garantire al coniuge separato un decoroso tenore di vita ed al proponente di definire in tempi rapidi sia il giudizio ecclesiastico, sia la causa di separazione per colpa intrapresi dal coniuge oblatore, controversie aventi ad oggetti entrambe diritti indisponibili, in tal modo smentendo in radice la bilateralità dell’impegno contrattuale.”

⁹¹ Si noti che per Cass., 22-10-1997, n. 10362, “la *regula iuris* dettata dall’art. 447 c.c., che esclude la facoltà di cedere il credito alimentare, ovvero di opporre compensazione, da parte dell’obbligato agli alimenti, un controcredito di diversa natura, deve ritenersi norma di *ius singulare* e, come tale, inapplicabile alle obbligazioni alimentari sorte non *ex lege*, ma in via convenzionale.”

⁹² Paradiso (2017, p. 88 ss.); Patti (2017, p. 35-36); Bianca (2017a, p. 342) (che in nota 12 riporta tuttavia le opinioni contrarie di Quadri e Gazzoni espresse su riviste *on line*); in senso contrario v. ad es. Sirena (2017, p. 1.075); Romeo (2016, p. 677); Tassinari (2016, p. 1.739).

⁹³ T. Verona, 2-12-2016. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, fascicolo I, p. 2.883, 2017; in senso diverso v. T. Milano, 31-5-2016, ivi, 2016, I, 2920.

formale o di merito, sicché eliminare valore all'iscrizione comporterebbe la necessità – per chi non voglia alcuna conseguenza legale – di dover dichiarare in un apposito documento che non intende dar vita ad una convivenza come indicata dalla legge (lo evidenzia TASSINARI, 2016, p. 1.739), ammesso che questa dichiarazione abbia valore.

C'è da dire che se si consoliderà il secondo orientamento, allora per le coppie di fatto non iscritte resterà solo l'accordo quale fonte dei reciproci rapporti e non sarà il contratto indicato dal comma 50, perché questo è riservato alle coppie di fatto cui si riferisce la legge: in tal caso non dovrà allora avere il contenuto indicato dal comma 53 e non ci saranno i limiti posti ad es. dai commi 56 e 57; un tale contratto dovrà solo rispettare i limiti imposti dalle norme imperative in tema di forma (art. 1.350 c.c.) e non potrà riguardare diritti indisponibili e potrà allora contenere una clausola arbitrale su ogni questione legittimamente regolata.

C'è infine l'ipotesi delle relazioni tra persone che decidano di non convivere stabilmente in un luogo: perché magari trascorrono il tempo insieme ora a casa di un partner ora dell'altro, mantenendo però le rispettive residenze; sono coppie di fatto non conviventi. Anche questo caso è al di fuori della disciplina di legge ed anche questo ben può essere regolato da un contratto e deciso dagli arbitri nello stesso modo sopra indicato, escluse quindi le decisioni che attengano agli eventuali figli.

REFERIMENTI

ACHILLE, Commento al comma 50. In: *Le unioni civili e le convivenze di fatto*. In: BIANCA, Cesare Massimo (a cura di). **Le unioni civili e le convivenza**: commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017. Torino: Giappichelli, 2017.

ALPA, Guido; RESTA, Giorgio. **Le persone e la famiglia**: le persone fisiche e i diritti della personalità. v. 1. Torino: Utet, 2006.

ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al codice di procedura civile**. Napoli: Jovene, 1964.

ARANGIO, Transazione (postilla di aggiornamento). In: **Enciclopedia Giuridica Treccani**. v. XXXVI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993.

AULETTA, Tommaso Amadeo. Commento al comma 11. In: BIANCA, Cesare Massimo (a cura di). **Le unioni civili e le convivenza**: commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017. Torino: Giappichelli, 2017.

AULETTA, Tommaso Amadeo. *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* In: **Le Nuove Leggi Civili Commentate**, Padova, Ed. Cedam, v. 39, fascicolo 3, p. 367-411, 2016.

AZZARITI, Gaetano; SCARPELLO, Gaetano. Prescrizione e decadenza. In: SACIOLOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe. **Commentario del codice civile**. Bologna: Zanichelli / Roma: Il Foro Italiano, 1964.

AZZARRI, Federico. Il rilievo giuridico della fedeltà nei rapporti di famiglia. In: **Rivista Familia**, Pisa, Ed. Pacini, fascicolo 4, p. 423-446, 2017.

AZZOLINA, Umberto. **Sulla compromissione in arbitri di controversie patrimoniali pertinenti alla separazione dei coniugi**. [S. n. t.].

BALESTRA, Luigi. Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, p. 1.779 ss., 2016.

BELLA, Enrico. Controversie in tema di responsabilità extracontrattuale. In: SAMMARTANO, M. Rubino (a cura di). **Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali**. v. II. Padova: Cedam, 2010.

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile: la famiglia**. Milano: Giuffrè, 2017a.

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile: la norma giuridica i soggetti**. v. 1. Milano: Giuffrè, 2002.

BIANCA, Cesare Massimo. Premessa. In: BIANCA, Cesare Massimo (a cura di). **Le unioni civili e le convivenza: commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017**. Torino: Giappichelli, 2017b.

BIANCA, Cesare Massimo (a cura di). **Le unioni civili e le convivenza: commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017**. Torino: Giappichelli, 2017c.

BORGHESI, Domenico. Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Ed. Giuffrè, 2009.

BUSNELLI, Francesco Donato. Architetture costituzionali, frantumi europei, incursioni giurisprudenziali, rammendi legislativi: quale futuro per la famiglia? In: GORGONI, Marilena (a cura di). **Unioni civili e convivenze di fatto**, Santarcangelo di Romagna, Ed. Maggioli, v. XXII, n. 76, L. 20-5-2016.

CARRESI, Franco. La transazione. In: VASSALI, Filippo. **Trattato di diritto civile italiano**. v. 9, tomo 3, fascicolo 2. Torino: Utet, 1966.

CARNELUTTI, Francesco. Clausola compromissoria e competenze degli arbitri. In: **Rivista Diritto Commerciale**, Napoli. Ed. Pipola, v. I, p. 327 ss., 1921.

CARRATTA, Antonio. “Principio di non contestazione” e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili. In: **Fam. diritto**, 2010.

CECCHIELLA, Claudio. **L'arbitrato nelle controversie di lavoro**. Milano: Franco Angeli, 1990.

CRISCUOLI, Giovanni. **La nullità parziale del negozio giuridico**. Milano: Giuffrè, 1959.

DANOVI, Filippo. Controversie in materia di rapporti patrimoniali di famiglia. In: SAMMARTANO, M. Rubino (a cura di). **Il diritto dell'arbitrato**: disciplina comune e regimi speciali. v. II. Padova: Cedam, 2010.

DANOVI, Filippo. L'intervento giudiziale nelle crisi dell'unione civile e delle convivenze di fatto. In: **Famiglia e Diritto**, Milano, Ed. Ipsoa, fascicolo 10, p. 995-1.006, 2016.

DE CRISTOFARO, Giovanni. Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso: note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1.º-34.º dell'art. 1 della l. 20-5-2016, n 766 integrata dal d. lgs. 19-1-2017, n. 5. In: **Le nuove leggi civili commentate**, Padova, Ed. Cedam, n. 1, p. 101-143, 2017.

DEL PRATO, Enrico. Transazione (dir. priv.). In: **Enciclopedia del Diritto**. v. XLIV. Milano: Giuffrè, 1992.

DELLE MONACHE, Stefano. Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale: alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Cedam, v. 61, n. 4, p. 944-963, 2015.

DE TILLA, Controversie condominiali. In: SAMMARTANO, M. Rubino (a cura di). **Il diritto dell'arbitrato**: disciplina comune e regimi speciali. v. II. Padova: Cedam, 2010.

DI NICOLA, Valeria. L'atto di disposizione del diritto all'immagine ha, dunque, natura non patrimoniale. In: **Contratto e Impresa**, Padova, Ed. Cedam, v. 21, n. 2, p. 463-483, 2005.

DI NANNI, Carlo. Collegamento negoziale e funzione complessa. In: **Rivista Diritto Commerciale**, Napoli. Ed. Pipola, 1977.

DI ROSA, Giovanni. I contratti di convivenza. In: **Le Nuove Leggi Civili Commentate**, Padova, Ed. Cedam, n. 4, 2016.

DISTASO, Nicola. I contratti in generale. In: BIGIAMI, Walter (Dir.). **Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale**. Torino: Utet, 1980.

DUNI, Mario. Esame critico dei nuovi contributi in tema di indisponibilità giuridica. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, fascicolo IV, p. 161 ss., 1959.

FABRIS, Piera. **L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori**. Milano: Giuffrè, 1978.

FERRANDO, Gilda. Le unioni civili: la situazione in Italia. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, v. 168, fascicolo 7, p. 1.771-1.779, 2016.

- FERRARA SANTAMARIA, Massimo. **Il potere di disposizione**. Napoli: Jovene, 1937.
- FESTI, Fiorenzo. **La clausola compromissoria**. Milano: Giuffrè, 2001.
- FRAGALI, Michele. Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio. In: **Giustizia civile**, v. I, p. 320 ss., 1959.
- FRANCARIO, Lucio. Indisponibilità (vincoli di). In: **Enciclopedia Giuridica Treccani**. v. XVIII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989.
- FRANZONI, Massimo. **La transazione**. Padova: Cedam, 2001.
- GALGANO, Francesco. **Trattato di diritto civile**. v. I. Padova: Cedam, 2011.
- GITTI, Gregorio. **L'oggetto della transazione**. Milano: Giuffrè, 1999.
- GRASSETTI, Cesare. (voce) Clausola del negozio. In: **Enciclopedia del Diritto**. v. VII. Milano: Giuffrè, 1960. p. 186.
- GUARNIERI, Attilio. Diritti soggettivi (categorie di). In: **Digesto civile**. v. V. IV ed. Torino: Utet, 1989.
- IRTI, Claudia. L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice. In: **Le Nuove Leggi Civili Commentate**, Padova, Ed. Cedam, n. 4, p. 812-836, 2017.
- IRTI, Natalino. Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato. In: **Rivista Dell'Arbitrato**, Milano, Ed. Giuffrè, 1994.
- LEO, Mauro. Forma e pubblicità dei contratti di convivenza. In: **Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno**. Milano: Fondazione Italiana del Notariato, 2017.
- LUCARELLI, Francesco. **Solidarietà e autonomia privata**. Napoli: Jovene, 1970.
- MAGNANI. Disposizione dei diritti. In: **Enciclopedia del Diritto**. v. V. Torino: Giuffrè, 1990.
- MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. **Diritto processuale civile: processi speciali e procedure alternative**. v. III. Torino: Giappichelli, 2015.
- MESSINEO, Francesco. Il contratto in genere. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco (Dir.). **Trattato di diritto civile e commerciale**. v. II. Milano: Giuffrè, 1973.
- MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale**. v. I. Milano: Giuffrè, 1959.

MESSINETTI, Davide. **Oggettività giuridica delle cose incorporali**. Milano: Giuffrè, 1970.

MOSCARINI, Lucio Valerio; CORBO, N. Transazione. In: **Enciclopedia Giuridica Treccani**. v. XXXVI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989.

NEGRO, Franco. Indisponibilità giuridica. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coord.). **Novissimo digesto italiano**. v. VIII. Torino: Torinese, 1962.

NEGRO, Franco. **Lineamenti di un trattato dell'indisponibilità giuridica**. Padova: Cedam, 1957.

OBERTO, Giacomo. La convivenza di fatto: i rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza. In: **Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno**. Milano: Fondazione Italiana del Notariato, 2017.

PARADISO. Commento al comma 36. In: BIANCA, Cesare Massimo (a cura di). **Le unioni civili e le convivenza**: commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017. Torino: Giappichelli, 2017.

PATTI, Salvatore. Le convivenza "di fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale, in AA.VV., **Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno**. Milano: Fondazione Italiana del Notariato, 2017.

PERFETTI, Ubaldo. Autonomia privata e famiglia di fatto: il nuovo contratto di convivenza. In: **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Pisa, Ed. Cedam, v. 32, n. 12, p. 1.749-1.764, 2016.

PIRAS, Salvatore. Sull'esercizio della facoltà di disporre. In: **Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale**, Pisa, Ed. Nistri-Lischi, 1948.

PUGLIATTI, Salvatore. L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti. In: **Diritto civile**: metodo, teoria, pratica. Milano: Giuffrè, 1951.

PUGLIATTI, Salvatore. **L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti**. Messina: [S. n.], 1927.

PUNZI, Carmine. **Il processo civile**. v. III. Torino: Giappichelli, 2010.

QUADRI, Giulio. Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 320 ter c.c. In: **Le Nuove Leggi Civili Commentate**, Padova, Ed. Cedam, n. 3, 2017.

REDENTI, Enrico. Compromesso. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coord.). **Novissimo digesto italiano**. v. III. Torino: Utet, 1959.

RESCIGNO, Pietro. Arbitrato e autonomia contrattuale. In: **Rivista Dell'Arbitrato**, Milano, Ed. Giuffrè, 1991.

RESCIGNO, Pietro; GABRIELLI, Enrico. **Trattato dei contratti**. 2. ed. Torino: Utet, 1999.

RESTA, Giorgio. Il criterio dell'indisponibilità e le declamazioni della dottrina. In: ALPA, Guido; RESTA, Giorgio. **Le persone e la famiglia**: le persone fisiche e i diritti della personalità. v. 1. Torino: Utet, 2006.

RIZZUTI, Marco. Patti successori prematrimoniali. In: CONTE, Giuseppe; LANDINI, Sara (a cura di). **Scritti in onore di Giovanni Furguele**. v. II. Mantova: Universitas Studiorum, 2017b.

RIZZUTI, Marco. Prospettive di una disciplina delle convivenza: tra fatto e diritto. In: **Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno**. Milano: Fondazione Italiana del Notariato, 2017a.

ROMEO, Filippo. Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenza: prime riflessioni a margine della legge 20-5-2016, n. 76. In: **Le Nuove Leggi Civili Commentate**, Padova, Ed. Cedam, v. 39, fascicolo 3, p. 367-411, 2016.

ROPPO, Vincenzo. Il contratto. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (a cura di). **Trattato di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2011.

RUFFINI, Giuseppe. In: BENEDETTELLI, Massimo V.; CONSOLO, Claudio; RADICATI DI BROZOLO, Luca G. (a cura di). **Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale**. Padova: Cedam, 2010.

SACCO, Rodolfo. **Trattato di diritto civile**. Torino: Utet, 2006.

SALVANESCHI, Laura. Dell'arbitrato. In: CHIARLONI, Sergio (a cura di). **Commentario del codice di procedura civile**. Bologna: Zanichelli, 2014.

SANTORO PASSARELLI, Francesco. **Dottrine generali del diritto civile**. Napoli: Jovene, 1989.

SANTORO PASSARELLI, Francesco. **La transazione**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1975.

SANTORO PASSARELLI, Francesco. Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro. In: **Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione**: sezioni civili, Milano, Ed. Giuffrè, 1948.

SCHIZZEROTTO, Gianni. **Dell'arbitrato**. Milano: Giuffrè, 1988.

SESTA, Michele. Unione civile: costituzione e scioglimento. In: **Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno**. Milano: Fondazione Italiana del Notariato, 2017.

SICCHIERO, Gianluca. **La clausola contrattuale**. Padova: Cedam, 2003.

SICCHIERO, Gianluca. Rinuncia. In: **Digesto civile**: appendice di aggiornamento. v. IX. Torino: Utet, 2014.

SIRENA, Pietro. L'invalidità del contratto di convivenza. In: **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Pisa, Ed. Cedam, volume 28, fascicolo 2, p. 1.072-1.075, 2017.

SPADAFORA, Antonelo. I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, v. 168, fascicolo 7, p. 1.808-1.817, 2017.

TASSINARI, F. Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76. In: **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Pisa, Ed. Cedam, p. 1.664, 2016

TOMMASEO. Commento al comma 25. In: BIANCA, Cesare Massimo (a cura di). **Le unioni civili e le convivenza**: commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017. Torino: Giappichelli, 2017.

VALSECCHI, Emilio. Il giuoco e la scommessa: la transazione. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco (Dir.). **Trattato di diritto civile e commerciale**. v. XXXVII. t. 2. Milano: Giuffrè, 1986.

ZACCHEO. Contratto e clausola compromissoria. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Ed. Giuffrè, anno XLI, 1987.

ZAGARIA, Francesca. Accordi di separazione non omologati tra autonomia dei coniugi e poteri del giudice. In: **Vita notarile**, Palermo, Ed. Buttitta, v. 69, fascicolo 1, p. 111-130, 2017.

ZATTI, Paolo. Introduzione agli atti Convegno di Padova, 7-8-10-2016. In: **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Pisa, Ed. Cedam, p. 1.664, 2016.

Submissão em: 5 de novembro de 2024

Último Parecer favorável em: 12 de janeiro de 2025

Como citar este artigo científico

SICCHIERO, Gianluca. La crisi della convivenza: autonomia privata e clausola arbitrale. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 1, p. 93-125, jan.-abr. 2025.

JUDICATURA, SERVICIO SOCIAL Y EXAMEN CONVALIDANTE PARA LOS ABOGADOS RECIÉN EGRESADOS EN COLOMBIA

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA¹

RESUMEN

El artículo aborda la reglamentación y evolución normativa de la judicatura o servicio social obligatorio para abogados recién egresados en Colombia. Se describe cómo, a través de diferentes leyes y resoluciones, los egresados de las facultades de derecho pueden cumplir este requisito en diversas entidades del Estado como la Fiscalía General, la Procuraduría General de la Nación, el Congreso, y otras instituciones. La judicatura, que puede ser remunerada o *ad honorem*, es presentada como una alternativa al trabajo de grado, facilitando el ejercicio profesional de los egresados. También se examinarán los requisitos de la práctica jurídica y la prueba de Estado necesarios para obtener la Tarjeta Profesional de Abogado. Finalmente, el texto explora los impactos de estos mecanismos en el acceso y desarrollo de los profesionales del Derecho en Colombia.

Palabras clave: Judicatura; servicio social obligatorio; abogados recién egresados; Colombia; normatividad; práctica jurídica; tarjeta profesional de abogado; examen de Estado; evolución normativa; desarrollo profesional jurídico.

¹ Hernán Alejandro Olano García es tunjano (n. 1968), abogado, con estancia posdoctoral en Derecho Constitucional como becario de la Fundación Carolina en la Universidad de Navarra, España y estancia posdoctoral en Historia en la Universidad del País Vasco como becario de AUIP; Doctor *Magna Cum Laude* en Derecho Canónico, Magíster en Relaciones Internacionales, Magíster en Derecho Canónico y Magíster en Educación; Especialista en Pedagogía y Docencia Universitaria, Derechos Humanos, Bioética, Liderazgo Estratégico Militar, Gestión Ambiental y Desarrollo Comunitario, Derecho Administrativo y Gestión Pública, y Derecho de Familia. Es investigador asociado ante Minciencias. Decano de Derecho y antes rector de la Institución Universitaria Colegios de Colombia Unicoc, donde además es profesor titular, Investigador y director del Grupo de Investigación en Historia de las Instituciones y DDHH Cacique de Turmequé, fundado en 1998. Miembro correspondiente de la Real Academia Española de la Lengua; Miembro de Número, sillón "U" de la Academia Colombiana de la Lengua, Miembro de Número de la Academia Colombiana de Historia Eclesiástica y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, donde ocupa el sillón # 14. Académico de número. Contactos: decanocjcs@unicoc.edu.co; haolano@unicoc.edu.co; hernanolano@gmail.com

ABSTRACT

The article addresses the regulation and normative evolution of the judiciary or mandatory social service for recently graduated lawyers in Colombia. It describes how, through different laws and resolutions, law school graduates can meet this requirement in various State entities, such as the attorney general's office, the Attorney General's Office, Congress, and other institutions. The judiciary, which can be paid or *ad honorem*, is presented as an alternative to graduate work, facilitating the professional practice of graduates. The requirements of legal practice and the State test necessary to obtain the Professional Lawyer Card will also be examined. Finally, the text explores the impacts of these mechanisms on the access and development of legal professionals in Colombia.

Keywords: Judiciary; Compulsory Social Service; Newly Graduated Lawyers; Colombia; Regulations; Legal Practice; Professional Lawyer Card; State Exam; Regulatory Evolution; Legal Professional Development.

1 INTRODUCCIÓN

En Colombia ha sido reglamentado el servicio social de los abogados bajo la denominación “judicatura”, que puede ser remunerada o “ad honorem”. El Decreto 1862 de 1989, permitió el servicio jurídico voluntario para los egresados de las facultades de Derecho, en el cargo de auxiliar judicial en los despachos judiciales sin remuneración alguna; la Ley 23 de 1991, “por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, y se dictan otras disposiciones”, en el artículo 55 y siguientes, crea el cargo de auxiliar en el despacho del defensor de familia en calidad de *ad honorem*, que podrá ser desempeñado por los egresados de las facultades de Derecho, entre otras, reconocidas oficialmente, el servicio jurídico voluntario prestado, no inferior a nueve (9) meses, le servirá además de judicatura para obtener el título de abogado; pero no solo en la rama judicial, sino también en la Procuraduría General de la Nación y en el Congreso de la República, Ley 878 de 2004, se reglamentada en la Procuraduría General de la Nación dicha prestación del servicio de los auxiliares jurídicos ad honorem, por medio de la Resolución 368 del 9 de noviembre de 2009.

Igualmente puede prestarse al servicio de las ligas y asociaciones de consumidores, Ley 1086 de 2006. La Ley 1224 de 2008 en sus artículos 8 y 9, se refiere a los estudiantes de Consultorio Jurídico y a los egresados que pueden realizar judicatura como apoyo en materia penal y asistentes de los defensores técnicos de la Fuerza Pública, en los términos previstos en el citado reglamento, y la Ley 1322 de 2009, por la cual se autoriza la prestación del servicio de auxiliar jurídico *ad honorem* en los organismos y entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, territorial y sus representaciones en el exterior.

En cuanto a la judicatura o servicio social obligatorio que deben desempeñar quienes aspiren a ser abogados, podrá ser desarrollada por los egresados de facultades de Derecho de universidades oficialmente reconocidas en la Fiscalía General de la Nación, en las direcciones Nacional y Seccionales Administrativas y Financieras, direcciones Nacional y Seccionales de Fiscalías y direcciones Nacional y Seccionales del Cuerpo Técnico de Investigación, en las diferentes unidades, despachos y Secretarías Judiciales; en las oficinas del nivel central de la entidad, en que se desarrollen funciones jurídicas, que permitan la habilitación y capacitación de los egresados, en los términos señalados en la Constitución Política, con base en la reglamentación de tal actividad, la cual se encuentra incluida en la Resolución 0-1684 del 30 de julio de 2010, expedida por el fiscal general de la nación, que permite también este desempeño en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Por medio de la Ley 1395 de 2010, en su artículo 50 se estableció adicionalmente la siguiente disposición sobre la judicatura:

Artículo 50. Los egresados de las Facultades de Derecho podrán realizar judicatura *ad honórem* en las casas de justicia como delegados de las entidades en ellas presentes, así como en los centros de conciliación públicos. En este último caso, es necesario haber cursado y aprobado la formación en conciliación que para judicantes establezca el Ministerio del Interior y de Justicia. También podrán cumplir con el requisito de la judicatura, como asesores de los conciliadores en equidad.

La judicatura en las casas de justicia o en los centros de conciliación públicos, o como asesores de los conciliadores en equidad, tendrá una duración de siete (7) meses; quienes la realicen tendrán derecho a ser nombrados en empleos de carrera en cualquier entidad u organismo estatal, en caso de igualdad de puntaje en la lista de elegibles.

En desarrollo de la Ley 1322 de 2009, varias entidades del Estado han reglamentado la prestación de la judicatura y de la práctica en sus dependencias. Es el caso de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, la cual, por Resolución 033 del 21 de enero de 2010, la práctica de judicatura voluntaria *ad honórem* para optar por el título de abogado, en reemplazo de la tesis de grado, de los estudiantes de las facultades de Derecho de las universidades oficialmente reconocidas, podrá realizarse en las aéreas misionales de la Dirección citada.

La judicatura en el Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra regulada en la Resolución # 4254 del 30 de septiembre de 2010, expresándose que la judicatura la pueden adelantar los egresados de las facultades de Derecho de las universidades oficialmente reconocidas en territorio colombiano, que aspiren a obtener el título de abogado, en cualquiera de las dependencias del Ministerio de Relaciones Exteriores o en sus representaciones en el exterior.

Por la Resolución 510-005283, del 25 de marzo de 2010, se adoptó el procedimiento para la prestación del servicio de auxiliar jurídico *ad honórem* en la Superintendencia de Sociedades.

Luego, la Ley 1434 de 2011, “por la cual se modifica y adiciona la Ley 5 de 1992, se crea la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 14 “De los judicantes y practicantes”#, dice: “La Comisión para la Equidad de la Mujer podrá tener en su planta pasantes y judicantes acogiendo las disposiciones y convenios que para tal efecto ha establecido el Congreso de la república con las distintas Instituciones de educación Superior.”

De la práctica jurídica (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA), el literal h) del numeral 1 del artículo 23 del Decreto 3200 de 1979, modificado por el artículo 3° de la Ley 1086 de 2006, creó la posibilidad para los egresados de las facultades de derecho, de compensar, de acuerdo a la autonomía universitaria de cada institución educativa, los exámenes preparatorios o el trabajo de investigación dirigida, con la prestación de un año continuo o discontinuo de práctica o servicio profesional en el cargo de “Abogado o Asesor Jurídico de entidad sometida a inspección, vigilancia y control de cualquiera de las Superintendencias establecidas en el país”.

En este orden de ideas, la práctica de la judicatura se convierte en un requisito alternativo para optar por el título de abogado, en virtud del cual, se busca que a través del ejercicio de cargos o actividades que impliquen el desarrollo de tareas propias de la disciplina del derecho, el egresado aplique los conocimientos adquiridos en las distintas asignaturas que integran el pènsun correspondiente.

2 EVOLUCIÓN NORMATIVA

A fin de conocer la intención del legislador al regular la práctica de la judicatura como requisito alternativo para la obtención del título de abogado, resulta oportuno hacer una breve revisión de los antecedentes normativos que han desarrollado la materia.

En primer lugar, se encuentra el Decreto 3200 de 1979, por el cual se dictan normas sobre enseñanza del Derecho. En efecto, este dispone en su artículo 23 que

[...] los estudiantes que hayan iniciado el Programa de Derecho con anterioridad al 31 de diciembre de 1979, y aquellos a que hace referencia el inciso segundo del artículo precedente, estarán sujetos para obtener el título de abogado al lleno de los requisitos previstos en el artículo 20, pero podrán compensar los exámenes preparatorios o el trabajo de investigación dirigida, cumpliendo con posterioridad a la terminación del plan de estudios uno cualquiera de los siguientes requisitos:

1.- Hacer un año continuo o discontinuo de práctica o de servicio profesional, en uno de los cargos que se enumeran a continuación:

[...]

h). Abogado o Asesor Jurídico de entidad bajo la vigilancia de las Superintendencia Bancaria o de Sociedades.

Así, son requisitos para obtener el título profesional de abogado, según lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1221 de 1990:

1. Haber cursado y aprobado la totalidad de las materias que integren el plan de estudios.
2. Haber presentado y aprobado los exámenes preparatorios.
3. Haber elaborado monografía, que sea aprobada igual que el examen de presentación de la misma, *o haber desempeñado con posterioridad a la terminación de estudios durante un año continuo o discontinuo de práctica profesional en uno de los cargos previstos en el decreto 3.200 de 1.979, artículo 23; o haber prestado el servicio jurídico voluntario regulado por el decreto 1.862 de 1.989; o haber ejercido durante dos (2) años la profesión en las condiciones establecidas en el artículo 31 del decreto 196 de 1.971.* (Énfasis agregado)

No obstante, el literal h del numeral 1 del artículo 23 del Decreto 3200 de 1979, fue modificado por el artículo 93 del Decreto 2150 de 1995, expedido por el presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 83 de la Ley 190 del mismo año.

Establece el citado estatuto:

ARTÍCULO 93. Requisitos para acreditar la judicatura. El literal h) del numeral 1 del artículo 23 del Decreto 3200 de 1979 quedará así:

h) Abogado o asesor jurídico de entidad sometida a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Bancaria, de Valores o de Sociedades.

El artículo 3 de la Ley 1086 de 2006, con el ánimo de ampliar el ámbito de alternativas para quienes aspiran obtener el título como abogados, permite que la judicatura se pueda cumplir haciendo un año continuo o discontinuo de práctica o de servicio profesional como Abogado o Asesor Jurídico de entidad sometida a inspección, vigilancia y control de cualquiera de las Superintendencias establecidas en el país.

Ahora bien, con el fin de aclarar las dudas que suscitaron los términos de inspección y vigilancia para el reconocimiento de la práctica laboral que permite obtener el título como profesional del derecho, la Superintendencia de Sociedades emitió el concepto 220-62661 de fecha 26 de septiembre de 2000, en el cual precisó que

[...] la sola inspección no puede tomarse en sentido laxo para efectos de la judicatura; pensar lo contrario, es tanto como decir que el solo hecho de constituir una sociedad que no sea sujeto de vigilancia por otra superintendencia, automáticamente la ubicaría en los términos del Decreto 2150 de 1995. Situación diferente se predica de la vigilancia y control en

sentido lato en cuyos eventos la Superintendencia de Sociedades sí ejerce una efectiva vigilancia según se desprende de los términos de la Ley 222 de 1995.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-281 de 2004, declaró inexecutable dicho artículo, toda vez que el Gobierno había excedido en su expedición, el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 190 de 1995; por ende, el literal h del numeral 1 del artículo 23 del Decreto 3200 de 1979, retomó vigencia.

Ello fue así hasta el 2006, pues la Ley 1086, “por medio de la cual se permite la realización de la judicatura al servicio de las ligas y asociaciones de consumidores”, estableció en su artículo 3 lo siguiente:

ARTÍCULO 3. Judicatura al servicio de las entidades sometidas a inspección, vigilancia y control de cualquiera de las superintendencias establecidas en el país. Modifíquese el literal h) del numeral 1, artículo 23 del Decreto 3200 de 1979, el cual quedará así:
h) Abogado o asesor jurídico de entidad sometida a inspección, vigilancia y control de cualquiera de las Superintendencias establecidas en el país.

Según se extrae de la exposición de motivos de la citada ley, la intención del legislador fue ampliar el ámbito de alternativas para quienes aspiran obtener el título de abogados luego de su formación académica, en aras de garantizar el derecho de igualdad.

Por ello, se ajustó el régimen reglamentario existente, permitiendo que el requisito de judicatura para quienes opten por el título de profesionales del derecho se pueda cumplir con la prestación de servicios jurídicos a entidades sometidas a inspección, vigilancia y control del Estado a través de las Superintendencias.

En efecto:

[...] se estima este un momento oportuno para ampliar con criterio general las posibilidades de la práctica jurídica de la judicatura, no sólo ante las Ligas y Asociaciones de Consumidores sino también por la prestación de servicios de asesoría jurídica en entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control del Estado (GACETA, 2004, página 4).²

Toda vez que la misma razón jurídica que aplicaba para valer el ejercicio de judicatura en entidades vigiladas por las Superintendencias Financiera o de Sociedades, resultaba viable para entender que esta procedería en entidades sometidas a inspección, vigilancia y control estatal a través de las restantes Superintendencias.

² Primer debate de la Cámara de Representantes al Proyecto ley N.º 74 de 2004, “por medio de la cual se autoriza la realización de la judicatura al servicio de los consumidores”.

De la evolución legislativa que regula la práctica jurídica como requisito alternativo para obtener el título de abogado, se puede concluir que ha sido la intención del legislador ampliar la clase de entidades en las que esta puede tener lugar.

En efecto, actualmente la ley permite que el requisito alternativo de la judicatura se pueda cumplir haciendo un año continuo o discontinuo de práctica o de servicio profesional como abogado o asesor jurídico de entidad sometida a inspección, vigilancia y control de cualquiera de las Superintendencias establecidas en el país, cuando antes sólo era posible ante entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Financiera o de Sociedades.

El Estatuto del ejercicio de la abogacía es el Decreto Ley 196 de 1971, con 90 artículos. Pero, si bien, el artículo 112 de la Ley 1123 de 2007, deroga lo pertinente, deja vigente entre otros, del Decreto-Ley 196, cuarenta artículos, entre ellos, los temas de inscripción y registro de abogados, con base en lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-692 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza).

3 EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN JURÍDICA

Al Estado le corresponde ejercer el control que el ejercicio de las profesiones y oficios amerite, buscando siempre el debido equilibrio entre la salvaguarda de los postulados superiores y los derechos particulares, de manera tal que el Estado Social de Derecho se haga realidad en armonía con el cabal respeto y acatamiento que merecen los derechos de las personas en su perspectiva individual o colectiva. Estas, a su turno, deben tener presente que el ejercicio de cualquier profesión u oficio implica responsabilidades frente a la comunidad y el Estado, razón por la cual a este le corresponde expedir y aplicar estatutos de control bajo los parámetros que considere más apropiados, como lo ha resaltado la Corte Constitucional en la Sentencia C-098 de 2003 (M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería).

Al Derecho le son aplicables algunos principios que también pueden predicarse de las profesiones liberales o libres, como son los siete siguientes propuestos por la doctrinante Ángela Aparisi Miralles (2008, p. 206):

- a) el principio que exige obrar según ciencia y conciencia;
- b) el principio de integridad profesional (búsqueda del bien ajeno y servicio al bien común). Frente a ellos, existirían otros que, aun teniendo un contenido suficientemente amplio (y por lo tanto siendo susceptibles de ser aplicados en diversos ámbitos), serían más propios de una determinada profesión, dependiendo estrechamente de la función social de la actividad tomada en consideración;
- c) el principio del secreto profesional;
- d) el principio de independencia y libertad profesional;
- e) principio de diligencia;
- f) principio de desinterés: la función social de las profesiones jurídicas;
- g) el principio de lealtad profesional.

A continuación, ya encontramos disposiciones vigentes el Código Deontológico de la Abogacía Colombiana. “Para justificar la obligatoriedad de los códigos deontológicos se suele mantener que la codificación de la ética profesional es el resultado de un pacto social.” (APARISI MIRALLES, 2008, p. 175); sin embargo, en el caso colombiano, la regulación de la actividad profesional del abogado le ha correspondido al Ejecutivo y posteriormente al Legislativo.

La deontología profesional (APARISI MIRALLES, 2008, p. 159) se ha presentado, con cierta frecuencia, “como el sistema de normas jurídicas que regulan internamente el ejercicio de una determinada profesión”; mientras que, el Código Deontológico, es “una guía de normas precisas para el profesional, que persigue facilitar y orientar el buen cumplimiento de los principios morales que impone una determinada profesión.” (APARISI MIRALLES, 2008, p. 165-166).

4 LA ABOGACÍA Y SU FUNCIÓN SOCIAL, ART. 1

Artículo 1.º La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia.

5 ¿CUÁL ES LA MISIÓN DEL ABOGADO?, ART. 2

Artículo 2.º La principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares. También es misión suya asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas.

Por eso se dice que la principal finalidad del jurista es conocer el derecho para discernir y señalar qué es lo justo en cada circunstancia: *aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes* (Digesto 1,1,1).

Por ejemplo, en Europa, el Código Deontológico del Consejo de los Colegios de Abogados de la Unión Europea, bajo el epígrafe de “La misión del abogado”, sostiene lo siguiente:

En una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el Abogado tiene un papel fundamental.

Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco de la Ley. En un Estado de Derecho el Abogado es indispensable para la Justicia y para los justiciables, pues tiene la obligación de defender los derechos y las libertades; es tanto el asesor como el defensor de su cliente (APARISI MIRALLES, 2008, p. 152-153).

6 ¿QUIÉN ES ABOGADO? ART. 3

Artículo 3.º El abogado es quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas y legales.

7 INSERCIÓN COMO ABOGADO

Artículo 4.º Para ejercer la profesión se requiere estar inserto como abogado, sin perjuicio de las excepciones establecidas en este Decreto.

8 EL TÍTULO

Artículo 5.º Es requisito para la inscripción haber obtenido el título correspondiente, reconocido legalmente por el Estado.

Artículo 21. La inscripción, mientras esté vigente, habilita al abogado para el ejercicio de la profesión en todo el territorio de la República con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley.

Artículo 22. Quien actúe como abogado deberá exhibir su tarjeta profesional al iniciar la gestión de lo cual se dejará testimonio escrito en el respectivo expediente. Además, el abogado que obre como tal, deberá indicar en todo memorial el número de su tarjeta. Sin el cumplimiento de estas formalidades no se dará curso a la solicitud.

9 EXCEPCIONES A LA INSCRIPCIÓN

Artículo 6. No podrá ser inscrito como abogado, y si ya lo estuviere, deberá ser excluido:

- a) quien se halle en interdicción judicial, y
 - b) el responsable de delito que tengan señalada pena de presidio, de prisión, o de relegación a colonia, cometido con posterioridad a la vigencia de este Decreto, si por las modalidades y circunstancias del hecho, los motivos determinantes y la personalidad del agente, el Tribunal competente lo considera indigno de ejercer la abogacía.
- Se exceptúa el caso de la condena condicional o del perdón judicial.

10 LA PRUEBA DE ESTADO PARA SOLICITAR LA TARJETA PROFESIONAL DE ABOGADO

Hoy en día y a partir de 2024, para los abogados graduados, al tenor de la Ley 1905 del 28 de junio de 2018, se creó el examen habilitante como requisito de idoneidad para el ejercicio de la profesión, aplicable a quienes inicien la carrera de derecho después de su promulgación (es decir, el período semestral universitario de 2018-2).

La prueba de Estado pretende validar la idoneidad del graduado de Derecho, y así permitirle acceder a la tarjeta profesional a los nuevos abogados, quienes deben acreditar certificación de aprobación del examen de Estado que para el efecto realice el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), directamente o a través de una Institución de Educación Superior acreditada en alta calidad que se contrate para tal fin, junto con los demás requisitos exigidos en las normas legales vigentes, y, si el egresado o graduado no aprueba el examen, se podrá presentar en las siguientes convocatorias que señale el CSJ hasta tanto obtenga el porcentaje mínimo exigido.

El examen de Estado se entiende aprobado cuando el resultado supere la media del puntaje nacional de la respectiva prueba, que por primera vez se realizará en mayo y, en segundo lugar, en octubre de 2024. En el resultado individual de cada examen, el CSJ señalará la representación porcentual del puntaje obtenido sobre la media nacional y, de acuerdo con el artículo 2° de la citada ley,

La certificación de la aprobación del Examen de Estado será exigida por el Consejo Superior de la Judicatura o por el órgano que haga sus veces para la expedición de la Tarjeta Profesional de Abogado. Para ser representante de una persona natural o jurídica para cualquier trámite que requiera un abogado, será necesario contar con la tarjeta profesional de abogado, que solo se otorgará a quienes hayan aprobado el examen. Para las demás actividades no se requerirá tarjeta profesional.

Previamente, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-128 de 2024, (M.P. Natalia Ángel Cabo), concedió el amparo invocado e inaplicó por inconstitucional el artículo 11 transitorio del Acuerdo PCSJA24-12162 de 9 de abril del 2024 del Consejo Superior de la Judicatura, que prevé la categoría de tarjeta profesional provisional para los destinatarios de la Ley 1905 del 2018. Por lo tanto, ordenó a la accionada expedirle a los accionantes la tarjeta profesional de abogado con carácter definitivo y sin la exigencia de aprobación del examen en cuestión, protegió el derecho a la libre escogencia y ejercicio de la profesión de abogado de tres personas (expedientes acumulados) a quienes el Consejo Superior de la Judicatura expidió tarjetas profesionales de carácter provisional antes de que dicha entidad cumpliera con su deber de implementar el examen de Estado previsto en la Ley 1905 del 2018 como requisito adicional para la obtención de la tarjeta profesional.

Según los demandantes, la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad y al libre ejercicio de la profesión, pues para obtener una tarjeta profesional definitiva no se puede exigir un requisito que materialmente no pueden cumplir, como es la presentación de un examen que dicha institución no ha implementado ni menos aplicado, además de las afectaciones en su ejercicio profesional por tener una tarjeta provisional.

El alto tribunal señaló que el Consejo Superior de la Judicatura no actuó con la debida diligencia respecto de su deber de crear e implementar el examen de Estado regulado por la Ley 1905 del 2018. En efecto, agregó, “han transcurrido casi seis años desde la promulgación de la ley sin que se haya dado efectivo cumplimiento a la obligación dispuesta de realizar el mencionado examen”.

La Corte hizo una ponderación de los intereses que estaban en juego en este caso, y concluyó que

(i) el requisito de aprobación del Examen de Estado busca proteger el interés general de garantizar la probidad y calidad en el ejercicio de la profesión de la abogacía; (ii) este requisito, sin embargo, es inexigible para aquellas personas que al momento de solicitar su tarjeta profesional no pudieron satisfacerlo ante la inexistencia del examen; (iii) la expedición de una tarjeta profesional provisional no sólo limita de hecho el ejercicio de la profesión de sus destinatarios, sino que impacta de manera grave el interés general, en tanto afecta el acceso a la administración de justicia de los ciudadanos que contrataron los servicios profesionales de abogados con tarjeta provisional, en el caso en que estos llegaran a perder el examen y les fuera removida la tarjeta. Para la Sala, la pérdida de vigencia de la tarjeta provisional, con la consecuente pérdida de personería jurídica para actuar en los procesos en curso, afecta también la confianza legítima del ciudadano en el Estado que acreditó la idoneidad profesional de un abogado, para luego revertir esa acreditación y dejar incluso en duda la validez de las actuaciones realizadas por este durante el proceso (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-126/24).

Así las cosas, el hecho de que a estas personas se les habilitara el ejercicio de la profesión de manera provisional y no definitiva por no haber presentado un examen que aún no había sido implementado implicó, por una parte, una extralimitación de las competencias de la accionada, y por otra, una restricción injustificada de la libertad de ejercer la profesión, con las graves implicaciones para la seguridad jurídica, el principio de confianza legítima y el acceso de la ciudadanía a la administración de justicia.

11 CONCLUSIONES

La regulación del servicio social y la práctica jurídica en Colombia han experimentado una evolución significativa a lo largo de los años, a fin de garantizar tanto la formación integral de los futuros abogados como el acceso equitativo a la profesión. A partir de un análisis detallado de las disposiciones legales pertinentes, se pueden extraer varias conclusiones importantes:

- ampliación de oportunidades: la legislación ha buscado ampliar las oportunidades para los egresados de las facultades de derecho, permitiendo que la judicatura se realice en una variedad de entidades, no

solo en la rama judicial, sino también en instituciones gubernamentales y organizaciones sociales. Esto refleja un compromiso con la diversificación de experiencias y la formación práctica de los abogados en diferentes áreas del derecho;

- énfasis en la ética y la responsabilidad social: tanto en la normativa como en los códigos deontológicos, se destaca la importancia de la ética profesional y la responsabilidad social del abogado. Se subraya su papel en la defensa de los derechos individuales y colectivos, así como en la promoción de la justicia y el bien común;
- flexibilidad en los requisitos para cumplir con la judicatura: se ha reconocido la importancia de flexibilizar los requisitos para obtener el título de abogado, permitiendo que la judicatura pueda ser cumplida de manera discontinua, y en diversas modalidades como el servicio jurídico voluntario o la práctica profesional remunerada. Esto facilita el acceso a la profesión para aquellos que enfrentan limitaciones de tiempo o recursos;
- regulación del ejercicio profesional: se establecen criterios claros para el ejercicio de la profesión de abogado, incluyendo la inscripción obligatoria en el respectivo colegio de abogados y el cumplimiento de requisitos de idoneidad como la aprobación del examen habilitante. Esta regulación busca garantizar la calidad y la integridad en el ejercicio de la abogacía.

En resumen, la evolución normativa en materia de servicio social y práctica jurídica en Colombia refleja un compromiso con la formación integral, la ética profesional y el acceso equitativo a la profesión de abogado. Estas disposiciones buscan asegurar que los futuros abogados estén debidamente preparados para enfrentar los desafíos de la práctica legal en un contexto dinámico y diverso.

BIBLIOGRAFÍA

ABOGADOS con tarjeta provisional expedida antes de implementación del examen de Estado recibirán tarjeta definitiva. En: *Ámbito Jurídico*. Disponible en: <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/abogados-con-tarjeta-provisional-expedida-antes>>.

APARISI MIRALLES, Ángela. **Ética y deontología para juristas**. 2. ed. Pamplona: EUNSA, 2008.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 23 de 1991. Bogotá. **Diario Oficial** 39752, de marzo 21 de 1991.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 878 de 2004. Bogotá. **Diario Oficial**. Año CXXXIX. N. 45.422. 6 de enero de 2004. pág. 10.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1086 de 2006. Bogotá. **Diario Oficial** N.º 46.360, de 14 de agosto de 2006.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1123 de 2007. Bogotá. **Diario Oficial** N.º 46.519, de 22 de enero de 2007.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1224 de 2008. Bogotá. **Diario Oficial** 47.052, de julio 16 de 2008.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1322 de 2009. Bogotá. **Diario Oficial** N.º 47.409, de 13 de julio de 2009.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1395 de 2010. Bogotá. **Diario Oficial** N.º 47.768, de 12 de julio de 2010.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1434 de 2011. Bogotá. **Diario Oficial** 47.944, de enero 6 de 2010.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1905 de 2018. Bogotá. **Diario Oficial** 50.368, del 28 de junio de 2018.

COLOMBIA. Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA24-12162, de 9 de abril del 2024. Disponible en: <https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA24-12162.pdf>.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal –Sala de Decisión en Tutela, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero. Aprobado Acta N.º 270. Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013).

COLOMBIA. Corte Constitucional. Comunicado de Prensa # 16, del 17 de abril de 2024. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2016%20-%20Abril%2017%20y%2018%20de%202024.pdf>>.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2003. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-098-03.htm>>.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-126/24. 17 de abril de 2024. M.P. Vladimir Fernández Andrade. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2016%20-%20Abril%2017%20y%2018%20de%202024.pdf>>.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-692 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-692-08.htm>>.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-128 de 18 de abril de 2024. M. P. Natalia Ángel Cabo. Disponible en: <[https://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/CorteConstitucional/30051494?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](https://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/CorteConstitucional/30051494?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)>.

COLOMBIA. Dirección Nacional del Derecho de Autor. Resolución 033 del 21 de enero de 2010. Bogotá. **Diario Oficial** N.º 47.614, de 5 de febrero de 2010.

COLOMBIA. Fiscalía General de la Nación. Resolución # 0-1684 del 30 de julio de 2010. Bogotá. **Diario Oficial** N.º 47.791 de 4 de agosto de 2010.

COLOMBIA. Ministerio de Relaciones Exteriores. Resolución # 4254 del 30 de septiembre de 2010. Bogotá. **Diario Oficial** N.º 47.849 de 1 de octubre de 2010.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto # 1862 de 1989. Bogotá. **Diario Oficial**. Año CXXVI. N. 38945. 18, agosto, 1989. pág. 11.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto-Ley 196 de 1971. Bogotá. **Diario Oficial**. N. 33255. 10 de marzo de 1971.

COLOMBIA. Superintendencia de Sociedades. Resolución 510-005283 del 25 de marzo de 2010. Bogotá. **Diario Oficial**. Año CXLIV. N. 47663. 26, marzo, 2010. pág. 416.

GACETA del Congreso, Año XIII, N.º 700, del 10 de noviembre de 2004.

Submissão em: 28 de dezembro de 2024

Último Parecer favorável em: 19 de março de 2025

Como citar este artigo científico

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Judicatura, servicio social y examen convalidante para los abogados recién egresados en Colombia*. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 1, p. 126-139, jan.-abr. 2025.

**DIGITAL WALLET SERVICES IN THE CONTEXT OF TURKISH
REGULATION ON PAYMENT SERVICES AND ELECTRONIC MONEY
ISSUANCE, PAYMENT SERVICE PROVIDERS**

NESRİN AKIN¹

ABSTRACT

In the first quarter of the 21st century, innovative products, tools and applications developed with accelerated technological progress, along with the need for distance and contactlessness, which emerged as a mandatory result of the Covid 19 Pandemic, has expanded the variety and scope of services that enable contactless financial transaction. One of these services is digital wallet services that enable contactless payments. In this context, the subject of this article is the digital wallet services added to the Regulation on Payment Services and Electronic Money Issuance and Payment Service Providers in 2023.

Keywords: Digital Wallet, Digital Wallet Service, Payment Instrument, Payment Account, Payment Service

INTRODUCTION

In the first quarter of the 21st century, innovative products, tools and applications developed with the accelerated technological progress (KURZWEİL, 2014), especially with the need for distance and contactlessness requirement that emerged as a mandatory result of the Covid 19 Pandemic (ETİ, 2022, p. 142-143; KARKOWSKA; KORZEB; MATYSEK-JEDRYCH; NIEDZIOLKA, 2023, p. 87), have expanded the variety and scope of financial services that enable

¹ Professor Doctor of Turkish Commercial Law. Professor of Doğuş University, Medipol University, İstanbul Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi and atih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi. E-mail: akinlegal@outlook.com. ORCID ID orcid.org/0000-0001-5445-0355.

contactless transactions (GÓRKA, 2016, p. 7; MIKLASZEWSKA; WACHTEL, 2023, p. 146). One of these services is digital wallet services. The use of digital wallet services is rapidly increasing in Türkiye and around the world, led by large technology companies such as Alphabet (Google), Amazon, Apple, Meta (Facebook), Microsoft, and by organizations whose main field of activity is not financial services, offering products, tools, applications and services that enable their customers to make contactless transactions and payments through technological electronic devices, online services or applications.² The entry of technology companies into financial services markets is important in terms of increasing efficiency in the markets and the diversity and scope of financial services offered. However, with their economic power and advanced technical infrastructure, it is possible for technology companies to quickly become dominant in financial markets, and it is possible for them to use their dominance in a way that may lead to anti-competitive practices and damage the security of personal data belonging to their large customer base (DOERR; FROST; GAMBACORTA; SHREETI, 2023, p. 1, 3). For these reasons, regulatory studies determining the conditions for technology companies to provide services in financial markets, including digital wallet services, are being carried out in Turkey and around the world.

The main legal regulations regulating the payment services area in Turkey are the Law on Payment and Securities Settlement Systems, Payment Services and Electronic Money Institutions (Law N.º 6493) and the Regulation on Payment Services and Electronic Money Issuance and Payment Service Providers (Regulation).³

The Turkish Central Bank is the regulatory authority for payment services. With the amendment made to the Regulation in 2023, digital wallets and digital wallet services were regulated for the first time (TÜRKIYE, 2023). In this context, the subject of this article is the digital wallet services regulated by the Regulation on Payment Services and Electronic Money Issuance and Payment Service Providers and the Law n.º 6493. The wallet application, which is defined as software, hardware, systems or applications that enable the transfer of crypto assets and the online or offline storage of these assets or the private and public keys related to these assets, which is regulated under the Turkish Capital Markets Law, is excluded from the scope of the article.

² Apple Pay was launched in 2015 and enables card payments using Apple devices in a variety of retail environments, including in-store, web browsers and mobile apps. Apple Pay is a payment application that enables contactless payments with a near field communication (NFC) chip in-store using an iPhone smartphone or Apple smartwatch. For the Apple Pay payment flow, see Bruce, (2016); Apple (2024); Salazar (2016, p. 29-30). Google Pay was first launched in 2016 as Android Pay. Google Pay is a digital wallet that can be used with a wide range of Android-compatible devices and desktop/laptop computers, enabling card payments in retail environments such as in-store, through web browsers and mobile applications (CP24/9, 2024, p. 1, 11).

³ Regulation on Payment Services and Electronic Money Issuance and Payment Service Providers, OG 01.12.2021/31676. Other relevant secondary regulations are the Regulation on the Activities of Payment and Securities Settlement Systems; Regulation on the Supervision of Payment and Securities Settlement Systems; Communiqué on Information Systems Used in Payment and Securities Settlement Systems and Communiqué on Information Systems of Payment and Electronic Money Institutions and Data Sharing Services of Payment Service Providers in the Field of Payment Services.

1 THE CONCEPT OF DIGITAL WALLET

Article 3 of the Regulation defines a digital wallet as an electronic device, online service or application that stores the information related to the payment account or payment instrument defined by the payment service user and electronic money user customer, and enables the customer to make a payment transaction using the information related to the payment account or payment instrument.⁴ Among the basic elements that enable the definition of the concept of digital wallet, payment account is the account opened in the name of the customer and used to carry out the payment transaction; payment transaction is the activity of depositing, transferring or withdrawing funds⁵ upon the instruction of the sender or recipient; payment instrument is the card, mobile phone, password and similar personalized tool determined between the payment service provider and its customer and used by the customer to give the payment order, and the digital wallet is regulated as a payment instrument within this scope.

2 ORGANIZATIONS PROVIDING DIGITAL WALLET SERVICES

Digital wallet services may be offered by payment service providers. Payment service providers are banks within the scope of the Turkish Banking Law n.º 5411, electronic money institutions, payment institutions and Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi (PTT).⁶ Pursuant to Article 13 of Law N.º 6493, persons and entities other than the Turkish Central Bank and payment providers cannot provide payment services. The institution providing digital wallet services must at least be authorized to operate limited to the issuance of the payment instrument under subparagraph (c) of Article 4/1 of the Regulation regulating payment services and must be established in Turkey.

⁴ A digital wallet is a card-based payment instrument. A card-based payment instrument is a technological device such as a card, mobile phone, computer, etc. that contains the payment applications necessary for the sender to initiate the card-based payment transaction and is used as a payment instrument. In order for the payment transaction to be realized through a card, information, electronic communication device or software, the services provided in accordance with the infrastructures and business rules of the card system organizations defined in the Law on Bank Cards and Credit Cards n.º 5464. Services that are offered in accordance with the infrastructures and business rules of the card system organizations defined in the Law on Bank Cards and Credit Cards and as a result of which a debit card, credit card or prepaid instrument transaction occurs are also card-based payment transactions.

⁵ Funds are banknotes (paper money), coins, dematerialized money and electronic money. Electronic money, on the other hand, is a monetary value issued against funds accepted by electronic money issuers, stored electronically, used to perform payment transactions as defined in Law n.º 6493. It is a monetary value used to perform payment transactions defined in the Law N.º 6493 and accepted as a means of payment by real and legal persons other than the electronic money issuer.

⁶ As of December 7, 2024, the number of electronic money institutions and payment institutions authorized to operate in Turkey is 61 and 26, respectively. <<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Temel+Faaliyetler/Odeme+Hizmetleri/Odeme+Kuruluslari>>. Accessed: December 7, 2024.

Payment institution to provide digital wallet services:

- a) established as a joint stock company;
- b) those who hold ten percent or more of the capital of the company and those who control the company have the qualifications required for bank founders under the Turkish Banking Law;
- c) the shares of the company shall be issued against cash and all of them shall be issued in registered form;
- d) the paid-in capital in cash and free from any kind of collusion shall be at least one million Turkish Lira for payment institutions providing services for intermediation of invoice payments as defined in Article 12/1(e) of Law n.º 6493. The paid-in capital in cash and free of any collusion shall be at least one million Turkish Liras for payment institutions providing services for intermediation of invoice payments under Article 12/1(e) of the Law, and at least two million Turkish Liras for other payment institutions;
- e) to have the management, adequate personnel and technical equipment to carry out the operations within the scope of Law n.º 6493. It has the management, adequate personnel and technical equipment to carry out the procedures within the scope of the Law and has established units for complaints and objections;
- f) to take the necessary measures to ensure the continuity of the activities to be carried out within the scope of the Law n.º 6493. To take the necessary measures to ensure the continuity of the activities to be carried out within the scope of the Law and the security and confidentiality of the funds and information related to the payment service users;
- g) should have a transparent and open shareholding structure and organizational chart that will not hinder the supervision of the Turkish Central Bank.

A payment institution may maintain a payment account while providing payment services, provided that it is used only for payment transactions. This account is not considered as a deposit or participation fund account under the Banking Law n.º 5411. Funds received by payment and electronic money institutions in relation to payment services shall not be considered as deposits or participation funds or electronic money within the scope of Law n.º 6493. A payment institution that cannot open a deposit or participation fund account cannot also engage in lending activities.

Electronic money institution to provide digital wallet services:

- a) established as a joint stock company;
- b) those who hold ten percent or more of the company's capital and those

- who control the company⁷ shall have the qualifications required for bank founders under the Banking Law;
- c) the Company's share certificates shall be issued against cash and all of them shall be issued in registered form;
 - d) its paid-in capital in cash and free from any kind of collusion to be at least five million Turkish Liras;
 - e) to have the management, adequate personnel and technical equipment to carry out the operations within the scope of Law n.º 6493. It has the management, sufficient personnel and technical equipment to carry out the procedures within the scope of the Law, and has established units for complaints and objections;
 - f) to take the necessary measures to ensure the continuity of the activities to be carried out within the scope of the Law n.º 6493. To take the necessary measures to ensure the continuity of the activities to be carried out within the scope of the Law and the security and confidentiality of the funds and information regarding the electronic money users,
 - g) it should have a transparent and open shareholding structure and organizational chart that will not hinder the supervision of the Turkish Central Bank.

Electronic money institutions conduct their activities through banks (KAHRAMAN, 2019, p. 149, 160).

Payment and electronic money institutions may cooperate with legal entities residing abroad that have obtained permission from the Turkish Central Bank pursuant to Article 19/7 of the Regulation in line with their purposes and activities. Cooperation is defined as the cooperation between the payment and electronic money institution and the legal entities residing abroad. The cooperation is in the form of offering the payment services falling within the scope of Law n.º 6493 to its resident customers together with a legal entity residing abroad and may only be limited to payment services where at least one of the sender or receiver is located abroad. This service cannot be provided in terms of payment services where both the sender and the recipient are located in Turkey.

The non-resident legal entity with which cooperation is made within the scope of the Regulation cannot be the face of the service alone to the customer. In order to provide services in cooperation with legal entities resident abroad, the legal entity to be cooperated with must be authorized by the competent

⁷ Control is the direct or indirect ownership of the majority of the share capital of a legal entity, without the requirement of holding at least 51 percent of the share capital of the company, or the power to appoint the majority of the members of the board of directors or to dismiss the members of the board of directors by holding privileged shares even if this majority is not held, or by disposing of the majority of voting rights through agreements with other shareholders, or in any other way.

authorities of the country where its head office is located to provide payment services or issue electronic money. In order to establish a cooperation, the legal entity residing abroad must obtain permission from the Turkish Central Bank.

The non-resident legal entity shall include in its application for approval the fields of activity specified in its articles of association, its organizational structure, its organizational structure in the country of establishment and abroad, the activities planned to be carried out in Turkey within the scope of the cooperation, the business models to be created for these activities, the services to be offered through these methods, the contribution to the payments ecosystem within the framework of these services and the benefits to be provided to customers, the activity program and business plan including detailed information on the qualifications of the office to be established in Turkey and the personnel to be employed in order to carry out these activities, the relevant units to be included in the organizational structure, the structures to be established to enable customers residing in Turkey to communicate their problems and to resolve these problems, and the marketing strategy to be followed for Turkey. With respect to the collaborations to be made by the banks within the scope of the Banking Law within the scope of Article 19 of the Regulation, except for paragraphs 10 and 11 of the Article, other provisions shall apply.

Pursuant to Article 15/2(d) and Article 15/3(e) of the Regulation, payment and electronic money institutions will also be able to offer the services to be offered as an interface provider⁸ under the Regulation on the Operating Principles of Digital Banks and Service Model Banking (TÜRKİYE, 2021). Digital banks are payment service providers under Banking Law and the Regulation on the Operating Principles of Digital Banks and Service Model Banking. A digital bank is a credit institution that offers banking services through electronic banking services distribution channels instead of physical branches, and its customers are financial consumers and SME's.

The general conditions for the establishment and operation permits of digital banks are the conditions set forth in the Regulation on Banks' Transactions Subject to Permission and Indirect Shareholding within the scope of Article 8 of the Regulation on Operating Principles of Digital Banks and Service Model Banking. In the event that the controlling shareholders of the applicant are legal entities providing technology, electronic commerce or telecommunication services, the Turkish Banking Regulation and Supervision Agency (BRSA) may stipulate that such controlling shareholder legal entities or the real persons and legal entities controlling such legal entities must be residents of Turkey and have signed an information exchange agreement with the Risk Center⁹ for sharing the

⁸ In Article 3 of the Regulation on Operating Principles of Digital Banks and Service Model Banking, an interface provider is defined as an entity established as a capital company that enables its customers to perform banking transactions by accessing the banking services offered by the service bank through the bank's open banking services through its mobile application or internet browser-based interface.

⁹ Pursuant to Additional Article 1 of the Banking Law N.º 5411, a Risk Center was established at the Banks Association of Turkey to collect the risk information of the customers of credit institutions and financial institutions deemed appropriate by the Board and to ensure that such

risk data they hold regarding the indebtedness status and financial strength of Turkish residents. The minimum paid-in capital required for digital banks to obtain an operating license is one billion Turkish Liras, paid in cash and free of any kind of collusion. The BRSA is authorized to increase this amount.

Open banking services, which are defined as the electronic distribution channel through which digital banks and traditional banks that offer electronic banking services and have physical branches can perform or instruct the bank to perform banking transactions by providing remote access to the financial services offered by the bank through methods such as API¹⁰, web service, file transfer protocol, etc., have the potential to change the way customers use digital wallets by linking digital wallets directly to bank deposit and participation fund accounts. The merging of digital wallets and accounts in this way means that users can access various financial services in a single wallet application without changing platforms. However, sharing financial information between different banks and third-party providers carries the risk of security vulnerabilities and personal data breaches. In this context, the integration of digital wallets with open banking will have implications, especially for financial consumers.

3 DIGITAL WALLET SERVICES

Digital wallet services are classified according to the services provided to the customer. There are digital wallets that enable the customer to pay for retail purchases, as well as digital wallet services that enable the sender to pay directly to the recipient (peer to peer)¹¹ and digital wallet services that offer both services together. Retail payments include in-store, contactless mobile payments and online mobile payments using a mobile web browser or mobile app, and online payments using desktop/laptop devices. Some digital wallets that facilitate in-store payments use the mobile device's NFC chip to connect with point-of-sale terminals in the same way as contactless cards.

Other wallets may use QR code or barcode technology. Some digital wallets connect to the customer's debit or credit cards, while others can connect directly to a bank account and facilitate account-to-account transfers using

information is shared with these institutions and real persons or legal entities themselves or with real persons and private law legal entities upon their consent.

¹⁰ API (Application Programming Interface) is an interface created within the framework of certain conditions and rules so that different software can use the services defined on each other and exchange data between them. Communiqué on Payment and Electronic Money Institutions' Information Systems and Payment Service Providers' Data Sharing Services in the Field of Payment Services, OG 01.12.2021/31676 (KAYIHAN, 2023, p. 209-210).

¹¹ End-to-end payment platforms enable customers to open an account with them, link the account with their debit or credit card details and then send and receive money instantly over the internet. These payments are processed using APIs that allow the platform to first confirm that the payer has the necessary funds and then send payment instructions to their bank for processing and eventual payment. Because these platforms have the paying customer's payment information, the only information payers typically need to initiate a transfer is the email address, phone number, or some other type of unique identifier of the person to whom they are sending the payment (AWREY, 2024, p. 138).

digital banking payment methods. Some digital wallets work with a wide range of card issuers and networks, while others can only connect to specific cards. Acceptance levels also differ between digital wallets. Some are retailer-specific, while others are accepted across a wide range of retailers. The digital wallets that specific retailers accept may differ for in-store and online purchases (Payment Systems Regulator Call, 7).

Digital wallets are also divided into pass-through wallets and staged according to whether they hold funds or not. A pass-through digital wallet enables direct payment from a single payment system such as a credit or debit card. To make a payment, the customer chooses one of the payment methods stored in the digital wallet and completes the payment process. Google Pay, Apple Pay and Samsung Pay are examples of pass-through wallets (JONES, 2024, p. 260; SÜNBUĞ, 2023, p. 150 et seq.). Pass-through wallets allow the customer to pay by linking to their debit or credit card, but do not hold the funds to enable the payment to take place. They are based on the conversion of payment card information into a digital asset (token) (Payment Systems Regulator Call, 8-9).

In a progressive digital wallet service, there are two independent stages. In the first stage, funds are withdrawn from the customer's credit or debit card or the credit line provided to the customer by the progressive wallet provider, and a payment account or digital wallet is topped up to enable a payment to be made. In the second stage, when a purchase is made, the wallet app sends the funds from the payment account from the wallet to the merchant to complete the purchase. The app manages both the withdrawal of funds loaded into the payment account and the transfer of payment for the purchase, allowing digital wallet customers to track their payments. Progressive digital wallets offer a payment path that follows a two-step process where e-money is first added to the digital wallet and then transferred from the buyer's digital wallet account to the seller's digital wallet account at the point of purchase (Payment Systems Regulator Call, 8-9).

Therefore, by using a digital wallet, it is possible to upload funds to the wallet, as well as to offer services such as money transfer, invoice payment, initiating a payment order.¹² According to the services offered to the customer

¹² Payment order initiation is a payment order initiation service provided at the request of a payment service user in relation to a payment account with another payment service provider. In order for a payment transaction to be considered as a payment order initiation service, the party initiating the payment transaction must use a payment service provider other than the payment service provider with which the payment transaction is to be executed to issue the payment order. In the case of payment transactions initiated by the sender through the recipient, if the sender does not use a payment service provider other than the payment service provider with whose payment account the funds transfer related to the payment transaction will take place to issue the payment order, these transactions are not considered as payment order initiation services. Payment transactions that take place only through a payment account with the payment service provider providing the service and the custody of a payment instrument issued by another payment service provider for the purpose of final loading into the payment instrument issued by that payment service provider are not considered as payment initiation services. Guidelines on Associating Business Models Offered in the Payments Area with Payment Service Types <<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/5b814310-a57b-4e64-82fe-76e520d0e0b1/%C3%96demeler+Alan%C4%B1nda+Sunulan+%C4%B0%C5%9F+Models+%C4%B0li%C5%9Fkin+Rehber.pdf?MOD=AJPERES>> Accessed 9 December, 2024.

using a digital wallet within the scope of the Regulation, payment institutions and electronic money institutions must be authorized to operate within the scope of Article 4/1 relevant subparagraphs in addition to Article 4/A paragraph 2.

These services include:

- a) all transactions necessary for the operation of the payment account, including services enabling deposits into and withdrawals from the payment account;
- b) a direct debit transaction, including a one-off one, involving the transfer of funds from the payment account of the payment service user with the payment service provider, a payment by payment card or similar instrument, and a money transfer, including a standing order;
- c) issuance or acceptance of the payment instrument;
- d) money transfer;
- e) a payment transaction in which the sender gives consent to the payment transaction through an IT or electronic communication device and the payment is made to an IT or electronic communication operator acting only as an intermediary between the payment service user and the provider of goods or services;
- f) invoice payment intermediation services;
- g) payment order initiation service offered at the request of a payment service user in relation to a payment account at another payment service provider;
- h) the service of making available on online platforms consolidated information on one or more payment accounts of the payment service user with payment service providers, provided that the consent of the payment service user has been obtained;
- i) other transactions and services in the field of payments that reach a level to be determined by the Central Bank in terms of total size or sphere of influence.

Payment and electronic money institutions may not charge interest on the payment account they hold, and may not provide any benefit to the payment account holder depending on the duration or amount, as per Article 14/3 of Law n.º 6493. Pursuant to Article 14/3 of the Law, a payment institution may not charge interest on the payment account it maintains and may not provide any benefit to the payment account holder based on time or amount. A payment institution may not issue payment instruments linked to a payment account to be used as a payment method for the purchase of goods or services at the workplace. Payment and electronic money institutions, without prejudice to the terms and conditions of the framework agreement, may not provide services

that fall within the scope of Law n.º 6493 without the customer's request and consent.

Without prejudice to the terms and conditions of the framework agreement, payment and electronic money institutions cannot offer the service falling within the scope of Law n.º 6493 for customer use. In the event that the customer ceases to use any service, the institution shall immediately fulfill the customer's request and cease the provision of the service, and the same service shall not be made available to the customer again without a new request or consent of the customer.

If the Turkish Central Bank decides that it is necessary for the development of the payments area, the requirement of obtaining the customer's request and approval for the provision of additional payment services determined by the Central Bank shall not apply, provided that the customer has a framework agreement with the institution from which the customer receives payment services in relation to another payment service. Before the additional payment service is started to be provided within this scope, the customer shall be informed in accordance with Article 44/1 and 2 of the Regulation and if the customer indicates that the additional payment service is not desired, the additional payment service shall not be provided.

In the event that the digital wallet is used as a means of payment in workplaces¹³ and the funds related to the payment transaction are transferred through the institution providing digital wallet service in such transactions, the institution must be authorized to issue electronic money pursuant to Article 18/2 of Law n.º 6493. Pursuant to Article 18/2 of the Law N.º 6493, the institution must be authorized to issue electronic money.

The transfer of the funds related to the payment transaction through the institution providing digital wallet service will not be considered within the scope of this regulation and the institution will not be required to be authorized to issue electronic money, since the institution providing digital wallet service provides the payment services necessary for the direct use of the payment account or payment instrument defined in the digital wallet in the payment transaction to be carried out at the workplace. In the event that the digital wallet is valid in such a way that the payment account with another payment service provider defined in the digital wallet or the payment instrument issued by another payment service provider is directly used in the payment transaction to be carried out at the place of business, the institution must be authorized to provide payment order initiation services offered in relation to the payment account with another payment service provider upon the request of the payment service user within the scope of Article 4/1(f) of the Regulation.

¹³ A workplace is a natural or legal person who, within the framework of a contract with a payment service provider, agrees to sell goods and services through a payment method that falls within the scope of the payment service.

4 SERVICES NOT RECOGNIZED AS DIGITAL WALLET SERVICES AND RESERVED PROVISIONS

Pursuant to Article 4/A of the Regulation, electronic devices, online services or applications where only the payment account with the payment service provider offering the service and the payment instrument issued by this payment service provider can be identified and stored are not considered as digital wallet services. In order for the service offered by the payment service provider to be considered a digital wallet service, the customer must also be given the opportunity to perform payment transactions using the information related to the payment account or payment instrument identified by the customer.

Services that store sensitive customer data¹⁴ on behalf of the merchant or payment service provider within the framework permitted by legal regulations, that are not a party to a direct legal transaction with the customer, that do not create the impression that the payment transaction is carried out through the custodian legal entity, that the custodian legal entity does not own the fund subject to the payment transaction at any time of the payment transaction, and that the rights and obligations regarding the activity carried out are clearly determined in the contract between the parties are not considered as digital wallet services under the Regulation. Within the scope of this regulation, the persons who store sensitive customer data on behalf of the merchant or payment service provider within the framework permitted by legal regulations cannot be the visible face of this service to the customer alone.

Article 6493. Pursuant to Article 12/2 of the Law, the following transactions and services will not be considered as payment services under the Law, and therefore will not be considered as payment services under Article 4 of the Regulation and digital wallet services under Article 4/A. These services are:

- a) payment is made in cash directly to the buyer without the use of an intermediary;
- b) the payment transaction is made through a commercial representative authorized to negotiate or buy and sell goods or services on behalf of the sender or the recipient;
- c) payment transactions made by collecting and delivering money in cash within the framework of non-profit or charitable activities;
- d) services where cash is transferred from the recipient to the sender as part of the transaction at the explicit request of the payment service user immediately prior to the execution of the payment transaction resulting from the purchase of goods or services;

¹⁴ Sensitive customer data is personal data and customer security information used in the issuance of a payment order or verification of the customer's identity, which, if intercepted or altered by third parties, could lead to fraud or fraudulent transactions on behalf of the customer.

- e) foreign currency purchase and sale transactions realized in cash without being linked to a payment account;
- f) payment transactions realized with any of the negotiable instruments, foreign bank checks, traveler's checks and paper postal money orders within the scope of the Turkish Commercial Code N.º 6102;
- g) in payment systems¹⁵ and securities settlement systems¹⁶, payment transactions carried out by banks, settlement institutions¹⁷, central counterparties¹⁸, clearing houses, payment service providers and other participants of the system on their own behalf and accounts;
- h) payment transactions of legal entities and capital market institutions specified under subparagraph (f) in relation to capital market activities within the scope of the Turkish Capital Markets Law;
- i) services provided by technical service providers that support the provisioning of payment services, including processing, storing, securing, protecting the confidentiality of, and verifying data, as well as the provision and maintenance of information technology, communication networks and tools used for payment services, where the technical service providers do not own the funds transferred at any point in the transaction;
- j) transactions relating to instruments that can only be used for the purchase of goods or services at the place of business of the issuer of the payment instrument, from a limited service provider or within the framework of a commercial agreement with the issuer of the payment instrument for a limited range of goods or services;
- k) payment transactions through an IT or electronic communication device, where the IT or electronic communication operator does not act solely as an intermediary between the payment service user and the provider of goods or services, where the goods or services purchased are transferred to and used through the IT or electronic communication device;
- l) payment transactions between payment service providers and their representatives or branches on their own behalf and accounts;
- m) payment services performed by the parent company (controlling company) and its subsidiaries or subsidiaries among themselves and not intermediated by any payment service provider other than the company belonging to the same group of companies;

¹⁵ A payment system is a structure with common rules that provides the necessary infrastructure for clearing and settlement transactions to ensure the realization of fund transfers arising from transfer orders between three or more participants.

¹⁶ A securities settlement system is a structure with common rules that provides the necessary infrastructure for clearing and settlement transactions to ensure the execution of securities transfers arising from transfer orders between three or more participants.

¹⁷ A settlement institution is an institution that maintains a settlement account and can provide credit to the participant for settlement purposes when necessary.

¹⁸ A central counterparty is an institution that undertakes to complete the transactions between the parties of financial contracts traded in one or more markets by acting as a seller against the buyer and as a buyer against the seller.

- n) cash withdrawal services through ATMs operating on behalf of one or more card issuers and operated by a service provider that does not offer any of the payment services and is not a party to a framework contract with the customer withdrawing funds from the payment account;
- o) other transactions and services to be determined by the Central Bank.

In the application of Article 4/A of the Regulation, the provisions of Articles 12/2, 18/5 of Law n.º 6493 and Article 5/7 of the Regulation are reserved. The provisions of Articles 12/2, 18/5 of the Law and Article 5/7 of the Regulation are reserved. According to Article 18/5 of the Law regulating electronic money institutions, prepaid instruments that can be used only in the issuer's own store network, only for the purchase of a certain group of goods or services, or only in a certain service network as a result of an agreement¹⁹ are outside the scope of the Law.

The Central Bank has the authority to decide that transactions made with the payment instruments mentioned in this regulation will be considered within the scope of the Law if they reach a level to be determined in terms of total size and impact area. Article 5 of the Regulation also regulates the issuance of electronic money. Pursuant to paragraph 7 of this Article, prepaid instruments that can only be used in a certain service network must only be used for purchases to be made in a certain store or store network in order to be considered outside the scope of the Law pursuant to Article 18/5 of the Law.

Within the scope of the contract concluded with the organization issuing the prepaid instrument, the prepaid instrument must be designed to be valid in all workplaces that are added to the places where the prepaid instrument can be used or designed to be valid in all workplaces defined in Law n.º 5464. Prepaid instruments issued in a way to be compatible with the card system organizations defined in Law n.º 5464 shall be covered by the Law pursuant to Article 18/5 of Law n.º 6463. Pursuant to Article 18/5 of Law N.º 6463, they will not be considered outside the scope of the Law.

5 PROBLEMATIC PAYMENTS

The provisions of Articles 69, 70 and 71 of the Regulation regulating problematic payments shall also apply to payments made using digital wallets. Article 69 of the Regulation regulates the liability and actions to be taken in case the identifier is faulty. An identifier is a combination of numbers, letters or symbols that are assigned to the customer by the payment service provider

¹⁹ A prepaid instrument is a physical or non-physical payment instrument in which the customer pays the funds that can be used in payments to the payment service provider issuing the payment instrument before spending and allows the funds equivalent to the amount paid to be used in payment services.

in order to identify and distinguish the customer from other users. Within the scope of the relevant provision, payment transactions made in accordance with the identifier specified by the sender shall be deemed to be correctly executed.

Even if additional information is provided by the customer to the identifier, the payment service provider is responsible for ensuring that the payment transaction is carried out only with the identifier. If the identifier provided by the client is incorrect, the payment service provider shall not be held responsible for the non-execution or incorrect execution of the payment transaction, but shall be obliged to take the necessary actions to recover the funds subject to the incorrect payment transaction.

The payment service provider of the recipient is also obliged to make the necessary efforts in cooperation with the payment service provider of the sender. The payment service provider of the recipient shall make the necessary efforts in cooperation with the payment service provider of the sender to recover the funds subject to the erroneous payment transaction. In the event that the funds subject to the erroneous payment transaction cannot be recovered, upon the written request of the customer, the sender's payment service provider is obliged to provide the sender with all relevant information and documents in its possession that the sender may use when taking legal action to recover the relevant funds.

Pursuant to Article 70 of the Regulation regulating the liability of payment service providers in case of non-performance or incorrect performance of the transaction, in payment transactions where the payment order is issued by the sender, the sender's payment service provider is liable to the sender for the correct performance of the payment transaction. If the sender's payment service provider proves that the recipient's payment service provider has received the payment amount in accordance with Article 67/1 of the Regulation, the recipient's payment service provider shall be liable for the correct execution of the payment transaction.

Where the sender's payment service provider is responsible, it is obliged to return the unrealized or incorrectly realized part of the payment transaction to the sender without delay and to reinstate the payment account if the amount has been deducted from the payment account. Where the recipient's payment service provider is liable, the recipient's payment service provider must immediately transfer the amount of the payment transaction to the recipient's account and make it available for use.

In payment transactions where the payment order is issued by or through the payee, the payer's payment service provider shall be responsible for the correct execution of the payment transaction if the payee's payment service provider proves that it correctly sent the payment order to the sender's payment service provider. The sender's payment service provider must return the unexecuted or incorrectly executed part of the payment transaction to the sender without delay and reinstate the payment account.

In the case of a non-executed or incorrectly executed payment transaction for which the payment order was issued by or through the recipient, the recipient's payment service provider, regardless of whether it is liable under Article 70 of the Regulation, must, upon request, conduct the necessary investigation to determine the reasons for the non-executed or incorrectly executed payment transaction and notify the recipient of its conclusions. The payment service provider shall be liable to its own customer for the compensation of the interest and fees paid by the customer as a result of the non-execution or incorrect execution of the payment transaction due to any fault of the payment service provider or a fault in the infrastructure and services under its responsibility.

Finally, pursuant to Article 71 of the Regulation, which regulates the liability in the event of non-execution, incorrect or late execution of the payment in payment order initiation services, in the event that the sender initiates the payment transaction through the payment order initiation service provider, the institution where the payment account is located is obliged to return the unexecuted or incorrectly executed part of the payment transaction to the sender without delay and to reinstate the payment account if the amount has been deducted from the payment account, without prejudice to Article 54 and the second paragraphs of Article 69/1 and 2 of the Regulation. In such transactions, the payment order initiation service provider shall have the burden of proving, to the extent of its sphere of control, that the payment order was received by the institution where the payment account is located in accordance with Article 58 of the Regulation, that the transaction was confirmed by the customer, that it was correctly recorded, that it was processed into the accounts and that it was not affected by a technical failure or problem in the services under its responsibility. The payment order initiation service provider shall be obliged to pay to the institution where the payment account is located the sum of the costs incurred by it for the reimbursement to the sender, including the loss incurred as a result of these transactions, if the non-executed or incorrectly executed payment transactions were caused by any fault or a failure in the infrastructure and services under its responsibility. For non-consumer customers, the parties may agree not to apply this Article or to apply it differently.

6 TRANSITIONAL PROVISION OF THE REGULATION ON DIGITAL WALLET SERVICES

Pursuant to the provisional Article 1/19 of the Regulation, persons who have been providing digital wallet services before the effective date of Article 4/A of the Regulation and who can be included in the category of payment institution or electronic money institution established under Law n.º 6493, but do not have an operating license, must apply to the Central Bank until April 7, 2025 and obtain the necessary permits. Persons who can be included in the category of payment institution or electronic money institution established under the Law

n.º 6493, but do not have an operating license, must apply to the Central Bank and obtain the necessary permits until April 7, 2025. Payment and electronic money institutions that offer digital wallet services must comply with Article 4/A of this Regulation until April 7, 2025.

Within the scope of the relevant regulation, persons who offer digital wallet services but do not obtain an operating license as an electronic money institution or payment institution are obliged to obtain an operating license as a payment institution or electronic money institution in compliance with Article 4/A of the Regulation until April 7, 2025. Institutions operating as payment institutions or electronic money institutions and providing digital wallet services must also comply with Article 4/A of the Regulation by the same date.

7 CONCLUSION

In the first quarter of the 21st century, innovative products, tools and applications developed with accelerating technological progress have expanded the range and scope of financial services that enable contactless transactions, especially with the need for distance and contactlessness that emerged as a mandatory consequence of the Covid 19 Pandemic. One of these services is digital wallet services that enable contactless payments

The main legal arrangements regulating the payment services area in Turkey are the Law on Payment and Securities Settlement Systems, Payment Services and Electronic Money Institutions and the Regulation on Payment Services and Electronic Money Issuance and Payment Service Providers. With the amendment made to the Regulation in 2023, digital wallets and digital wallet services were regulated for the first time. A digital wallet is a payment instrument that is offered as an electronic device, online service or application where the information related to the payment account or payment instrument defined by the payment service user and the electronic money user customer is stored, and which enables the customer to perform payment transactions using the information related to the payment account or payment instrument defined by the customer. Digital wallet services may be offered by payment service providers. Payment service providers are banks within the scope of the Banking Law N.º 5411, electronic money institutions, payment institutions and PTT.

The institution providing digital wallet services must be authorized to operate limited to the issuance of the payment instrument under subparagraph (c) of Article 4/1 of the Regulation regulating payment services and must be established in Turkey within the scope of Article 4/2 of the Regulation. Payment and electronic money institutions may cooperate with legal entities residing abroad that have obtained permission from the Central Bank pursuant to Article 19/7 of the Regulation in line with their purposes and activities. Cooperation shall be deemed as a cooperation between the payment and electronic money

institution and the payment and electronic money institution in accordance with Article 6493 of the Regulation. The cooperation is in the form of offering the payment services falling within the scope of Law n.º 6493 to its resident customers together with a legal entity residing abroad and may only be limited to payment services where at least one of the sender or receiver is located abroad.

Pursuant to Article 15/2(d) and Article 15/3(e) of the Regulation, payment and electronic money institutions will also be able to offer services to be provided as interface providers under the Regulation on the Operating Principles of Digital Banks and Service Model Banking. Within the scope of the provisions of the Banking Law and the Regulation on the Operating Principles of Digital Banks and Service Model Banking, digital banks are payment service providers.

A digital bank is a credit institution that offers banking services through electronic banking services distribution channels instead of physical branches, and its customers are financial consumers and SMEs. Open banking services, which are defined as an electronic distribution channel through which digital banks and traditional banks that offer electronic banking services and have physical branches can perform or instruct the bank to perform banking transactions by providing remote access to the financial services offered by the bank through methods such as API, web service, file transfer protocol, etc., have the potential to change the way customers use digital wallets by linking digital wallets directly to bank deposit and participation fund accounts.

The merging of digital wallets and accounts in this way means that users can access various financial services in a single wallet application without changing platforms. However, sharing financial information between different banks and third-party providers carries the risk of security vulnerabilities and personal data breaches. In this context, the integration of digital wallets with open banking will have implications, especially for financial consumers.

Digital wallet services are classified according to the services provided to the customer. There are digital wallets that enable the customer to pay for retail purchases, digital wallet services that enable the sender to pay peer to peer, and digital wallet services that offer both services together. Retail payments include in-store, contactless mobile payments and online mobile payments using a mobile web browser or mobile app, and online payments using desktop/laptop devices. Some digital wallets that facilitate in-store payments use the mobile device's NFC chip to connect with point-of-sale terminals in the same way as contactless cards. Other wallets may use QR code or barcode technology. Some digital wallets connect to the customer's debit or credit cards, while others can connect directly to a bank account and facilitate account-to-account transfers using digital banking payment methods. Some digital wallets work with a wide range of card issuers and networks, while others can only connect to specific cards.

Acceptance levels also differ between digital wallets. Some are retailer-specific, while others are accepted across a wide range of retailers. The digital wallets that specific retailers accept may differ for in-store and online purchases.

Digital wallets are also divided into pass-through wallets and staged wallets according to whether they hold funds or not. A pass-through digital wallet enables direct payment from a single payment system such as a credit or debit card. To make a payment, the customer chooses one of the payment methods stored in the digital wallet and completes the payment process. Google Pay, Apple Pay and Samsung Pay are examples of pass-through wallets.

Pass-through wallets allow the customer to pay by linking to their debit or credit card, but do not hold the funds to enable the payment to take place. They are based on the conversion of payment card information into a digital asset (token). In a progressive digital wallet service, there are two independent stages. In the first stage, funds are withdrawn from the customer's credit or debit card or the credit line provided to the customer by the progressive wallet provider and loaded into a payment account, the digital wallet, to make a payment. In the second stage, when a purchase is made, the wallet app sends the funds from the payment account from the wallet to the merchant to complete the purchase.

The app manages both the withdrawal of funds loaded into the payment account and the transfer of payment for the purchase, allowing digital wallet customers to track their payments. Progressive digital wallets offer a payment path that follows a two-step process where e-money is first added to the digital wallet and then transferred from the buyer's digital wallet account to the seller's digital wallet account at the point of purchase. Using a digital wallet, it is possible to top up the wallet with funds, as well as provide services such as money transfer, bill payment, and initiating payment orders.

According to the services provided to the customer using digital wallets within the scope of the Regulation, payment institutions and electronic money institutions must be authorized to operate within the scope of Article 4/1 relevant subparagraphs in addition to Article 4/A paragraph 2. In the event that the digital wallet is used as a means of payment at workplaces and the funds related to the payment transaction are transferred through the institution providing digital wallet service in such transactions, the institution must be authorized to operate in accordance with Article 18/2 of Law n.º 6493.

Pursuant to Article 18/2 of the Law N.º 6493, the institution must be authorized to issue electronic money. The transfer of the funds related to the payment transaction through the institution providing digital wallet service will not be considered within the scope of this regulation and the institution will not be required to be authorized to issue electronic money, since the institution providing digital wallet service provides the payment services necessary for the direct use of the payment account or payment instrument defined in the digital wallet in the payment transaction to be carried out at the workplace.

In the event that the digital wallet is valid in such a way that the payment account with another payment service provider defined in the digital wallet or the payment instrument issued by another payment service provider is directly used in the payment transaction to be carried out at the place of business, the institution must be authorized to provide payment order initiation services offered in relation to the payment account with another payment service provider upon the request of the payment service user within the scope of Article 4/1(f) of the Regulation.

Pursuant to Article 4/A of the Regulation, electronic devices, online services or applications where only the payment account with the payment service provider offering the service and the payment instrument issued by this payment service provider can be identified and stored are not considered as digital wallet services. In order for the service offered by the payment service provider to be considered a digital wallet service, the customer must also be given the opportunity to make a payment transaction using the information related to the payment account or payment instrument identified by the customer. The provisions of Articles 69, 70 and 71 of the Regulation regulating problematic payments shall also apply to payments made using digital wallets.

Pursuant to the provisional Article 1/19 of the Regulation, persons who have been providing digital wallet services before the effective date of Article 4/A of the Regulation and who can be included in the category of payment institution or electronic money institution established under Law n.º 6493, but do not have an operating license, must apply to the Central Bank until April 7, 2025 and obtain the necessary permits. Persons who can be included in the category of payment institution or electronic money institution established under the Law n.º 6493, but do not have an operating license, must apply to the Central Bank and obtain the necessary permits until April 7, 2025. Payment and electronic money institutions that offer digital wallet services must comply with Article 4/A of this Regulation until April 7, 2025.

REFERENCES

APPLE celebrates 10 years of Apple Pay. October 17, 2024. In: <<https://www.apple.com/newsroom/2024/10/apple-celebrates-10-years-of-apple-pay/>>. Accessed: December 7, 2024.

AWREY, Dan. **Beyond banks**: technology, regulation, and the future of money. New Jersey (United States): Princeton University Press, 2024.

BRUCE, Ernest. **Apple pay essentials**. Birmingham (UK): Packt, 2016.

CP24/9 Big tech and digital wallets call for information: payment systems regulator. 15-07-2024. Available at: <<https://www.psr.org.uk/publications/>>

consultations/cp249-big-tech-and-digital-wallets-call-for-information/>. Accessed December 7, 2024.

DOERR, Sebastian; FROST, Jon; GAMBACORTA, Leonardo; SHREETİ, Vatsala. Big techs in finance. In: **BIS Working Papers**, Basel (Switzerland), Ed. Bank for International Settlements, N.º WP1129, p. 1-35, 2023.

ETİ, Hasan Selçuk. Effect of the Covid-19 Pandemic on electronic payment systems in Turkey. In: **Sosyal Bilimler Metinleri1**, Tekirdağ, Tekirdağ Namik Kemal Üniversitesi, Issue 2, p. 142-165, 2022.

GÓRKA Jakup. **Transforming payment systems in Europe**. London: Palgrave Macmillan, 2016.

JONES, Neira. **Understanding payments**. London: Routledge, 2024.

KAHRAMAN, Abdüssamed. Elektronik paraya ilişkin Avrupa Birliği ve Türk düzenlemeleri. In: **Bilişim Hukuku Dergisi**, Ankara, Ed. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Issue 2, p. 149-184, 2019.

KARKOWSKA, Renata; KORZEB, Zbigniew; MATYSEK-JEDRYCH, Anna; NIEDZIOŁKA, Paweł. **Banking, risk and crises in Europe from the global financial crisis to Covid-19**. London: Routledge, 2023.

KAYIHAN, Şaban. **Bankacılık hukuku**. Ankara: Seçkin, 2023.

KURZWEİL, Ray. The law of accelerating returns. In: TEUSCHER, Christof (Ed.). **Alan Turing: life and legacy of a great thinker**. Cham (Switzerland): Springer, 2014. p. 381-416.

MIKLASZEWSKA, Ewa; WACHTEL, Paul. **Covid-19 and European Banking performance, resilience, recovery, sustainability**. London: Routledge, 2023.

SALAZAR, Ricardo Heredia. Apple Pay & digital wallets in Mexico and the United States: illusion or financial revolution? In: **Mexican Law Review**, v. IX, Issue 2; p. 29-70, 2016.

SÜNBUİL, Nurdoğan. **Finansal teknoloji ortaklıkları ve ödeme hizmetleri rejimi**. Istanbul: Oniki Levha, 2023.

TÜRKİYE. Law N.º 6493. Law on Payment and Securities Settlement Systems, Payment Services and Electronic Money Institutions. Adoption Date: 20.06.2013, OG 27.06.2013/28690.

TÜRKİYE. Regulation on the Operating Principles of Digital Banks and Service Model Banking. OG 29.12.2021/31704. Available at: <<https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=39158&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>>. Accessed: December 8, 2024.

TÜRKİYE. Turkish Central Bank. Regulation. OG 07.10.2023/32332. Available at: <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/10/20231007-3.htm>>. Accessed: December 7, 2024.

Submissão em: 1.º de março de 2025
Último Parecer favorável em: 5 de abril de 2025

Como citar este artigo científico

AKIN, Nesrin. Digital wallet services in the context of Turkish regulation on payment services and electronic money issuance, payment service providers. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 1, p. 140-160, jan.-abr. 2025.

ÂNGELO POLIZIANO E OS JURISTAS DO SÉCULO XVI¹ E ²

ANGELO POLIZIANO Y LOS JURISTAS DEL SIGLO XVI

ANGELO POLIZIANO AND THE JURISTS OF THE SIXTEENTH CENTURY

RAFAEL RAMIS BARCELÓ³

RESUMO

Este artigo tenta explicar a recepção da obra de Poliziano entre os juristas do século XVI. Assim como a sua contribuição para a compilação do Digesto foi muito estudada, o mesmo não aconteceu nas demais áreas do conhecimento jurídico. Deixando de lado a edição dos textos de Justiniano, oferece-se aqui uma explicação global da recepção de Poliziano entre os juristas, levando em conta não apenas a recepção nos diversos gêneros da literatura jurídica, mas também a influência de obras históricas, filosóficas e literárias no campo jurídico. O artigo tenta responder a quatro questões: 1) quais juristas citaram Poliziano?; 2) qual foi sua orientação?; 3) quais obras de Poliziano foram mais citadas pelos juristas?; e 4) em que tipo de obras os juristas mencionaram Poliziano? Após examinar mais de quatrocentas obras jurídicas impressas entre 1500 e 1600, propõe-se uma classificação cronológica e temática, a fim de mostrar a recepção de Poliziano entre os juristas.

Palavras-chave: Poliziano, Juristas, Renascimento, Humanismo jurídico, século XVI.

¹ Este trabalho é parte do PID2020-117702GA-I00/MICIN/AEI/10.13039/501100011033, financiado pelo Ministério da Ciência e Inovação e Agencia Estatal de Pesquisa (Governo da Espanha).

² Tradução de Waldir de Pinho Veloso. Mestre em Linguística. Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito. Professor Universitário. Escritor.

³ Professor Doutor. Universitat de les Illes Balears (Palma de Maiorca, Espanha); Universidad Bernardo O'Higgins (Santiago, Chile). Instituto de Estudios Hispánicos en la Modernidad (Unidade Asociada à CSIC, Universitat de les Illes Balears, Palma de Maiorca, Espanha). <https://orcid.org/0000-0003-1756-6695>. *E-mail:* r.ramis@uib.es

RESUMEN

Este artículo intenta explicar la recepción de la obra de Poliziano entre los juristas del siglo XVI. Así como su contribución a la recopilación del Digesto ha sido muy estudiada, no ha sucedido lo mismo en las otras áreas del conocimiento jurídico. Dejando de lado la edición de los textos de Justiniano, aquí se ofrece una explicación global de la recepción de Poliziano entre los juristas, atendiendo no solo a la recepción en los diversos géneros de la literatura jurídica, sino también a la influencia de las obras históricas filosóficas y literarias en el ámbito jurídico. El artículo intenta responder a cuatro preguntas: 1) ¿qué juristas citaron a Poliziano?; 2) ¿cuál era su orientación?; 3) ¿qué obras de Poliziano fueron las más citadas por los juristas?; y 4) ¿en qué tipo de obras los juristas mencionaron a Poliziano? Tras el examen de más de cuatrocientas obras jurídicas impresas entre 1500 y 1600, se propone una clasificación cronológica y temática, con el fin de mostrar la recepción de Poliziano entre los juristas.

Palabras clave: Poliziano, Juristas, Renacimiento, Humanismo jurídico, Siglo XVI.

ABSTRACT

This article tries to explain the reception of Poliziano's works among the jurists of the Sixteenth Century. Just as his contribution to the collation of the Digest has been much studied, the same has not happened in the other areas of legal knowledge. Leaving aside the edition of Justinian's texts, a global explanation of the reception of Poliziano among jurists is offered here, attending not only to the reception in the various genres of legal literature, but also to the influence of the philosophical historical and literary works in legal writings. The article attempts to answer four questions: 1) What jurists quoted Poliziano?; 2) What orientation did these Jurists have?; 3) What works of Poliziano were most cited by Jurists?, and 4) In what kind of works did the Jurists mention Poliziano? After the examination of more than a four hundred printed legal works from 1500 to 1600, a chronological and thematic classification is proposed, in order to show the reception of Poliziano among Jurists.

Keywords: Poliziano, Jurists, Renaissance, Legal Humanism, Sixteenth Century.

1 INTRODUÇÃO

A obra histórico-filológica de Ângelo Poliziano (Montepulciano, 1454 – Florença, 1494) na colação do texto das *Pandectas*⁴ tem sido objeto de numerosos

⁴ Nota do Tradutor: “Pandectas” (*Pandectae*) é outra denominação para “Digesto” (*Disgestia*). Trata-se da reunião, em única codificação – o “Corpus Juris Civilis”, que o Imperador Justiniano, de Roma, mandou compilar, no século VI depois de Cristo – de legislações até então esparsas.

estudos, desde Henrik Brenkman (BRENCMANNUS, 1722; BRENKMAN, 2016) até os dias atuais (limitamo-nos a citar SPAGNESI, 1983; ACCADEMIA, 1986; COMA FORT, 2008; BALDI, 2010; y ROSSI, 2014, com adicional e ampla bibliografia). A sua importância na história da edição crítica do Digesto foi tal que obscureceu a sua influência sobre os demais segmentos do Direito (sobre Poliziano, veja-se BUONAMICI, 1863; CASTELLINI, 1935; MAFFEI, 1956, p. 84-91; e ASCHERI, 1998).

O objetivo deste estudo é analisar a reconhecimentos da importância de Poliziano em todo o campo do saber jurídico do século XVI, para se ter uma ideia mais precisa de sua influência entre os juristas do referido século.

Deve-se especificar que excluimos diretamente as obras históricas de crítica textual das *Pandectas* (o itinerário por Bolognini, Haloander, Agustín, Torelli, dentre outros autores), uma vez que este tema já foi estudado (BRENCMANNUS, 1722; BRENKMAN, 2016; e também DIONISOTTI, 1971). Fizemos essa delimitação do tema para nos concentrar nas outras áreas e para saber se, para além da sua compilação do *Codex Florentinus*, as alterações e propostas de Poliziano tiveram algum eco entre os juristas do século XVI. Da mesma forma, por meio da análise das obras jurídicas do século, pretendemos verificar se os escritos filológicos, filosóficos ou literários do nosso autor também alcançaram alguma influência entre os jurisconsultos.

Devemos especificar que, na obra impressa do humanista montepulciano, são poucas as passagens em que há um tratamento direto das questões jurídicas. Ao revisar a edição mais importante e completa de suas obras, publicada pela Episcopium em 1553, são poucas as páginas dedicadas exclusivamente ao Direito. Contudo, em seu rico acervo escrito, em *Miscellaneorum liber* e em outras obras curtas, há muitas notas que podem ter interesse jurídico.

O exemplo mais palpável do lugar do Direito no conjunto das Ciências pode ser visto em *Panepistemon*⁵, na parte inaugural dedicada à *Ética a Nicômaco*, escrita por Poliziano no *Estudo Florentino* de 1490, que consistia numa classificação quase moderna do conhecimento, que incluía não apenas as ciências, mas também as artes liberais, mecânicas e até as mais triviais. Sobre o Direito, ele escreveu:

Ius igitur civile Romanorum tametsi voluminibus quoque aliis continetur, tamen Pandectis ipsis in suas partes distributis, utpote omnia genera complectentibus, plena digestio resultabit. Septem igitur in his articuli sunt, quorum primus ea continet, quae graece τα πρώτα vocantur, secundus iudicia, tertius res, quartus hypothecas, quintus testamenta, quaeque testamentis accedunt. In sexto tituli continentur bonorum possessionis varii, neque non operis novi nuntiationes, damnique infecti, et pro aedificiis dirutis, et

“Pandectas” é junção do prefixo “pan” (com significado de “tudo”, “o todo”, “a totalidade” e “corpo por inteiro”) com “decomai” (que se traduzia por “compreendo”). Por isso, significa “que compreende tudo”, “que contém tudo”, “teor abrangente”.

⁵ Nota do Tradutor: trata-se de “Praelectio cui titulus Panepistemon”, obra de Poliziano, publicada originariamente em 1491, disponível na Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze, e republicada em 2011 em Florença (Antônio Miscomini, Editor).

eorum insidiis, et de aqua pluvia arcenda, de publicanis, donationibus, manumissionibus, liberalique causa: tum de dominii, et possessionis acquisitione, de que iis, et qui iudicati, vel in iure confessi sunt. De bonorum detentionibus, et ne quid in fraudem creditoris fiat: Interdicta, exceptiones, temporum prolixitates, et actiones. Vltimus stipulationes, fideiussiones, acceptilationes, et titulos illos ad municipales, de decurionibus, et munieribus, de publicis operibus, nundinis, pollicitationibus, cognitionibus, censibus, verborum significatione, iurisque regulis.

Pontificium ius quasi succentium civilis est, et ad eius exemplum, quatenus ratio patitur dividendum (POLITIANUS, 1550, p. 44-45).

Percebe-se que, para Poliziano, o Direito Civil foi reduzido às *Pandectas*. E que o Direito Canônico foi considerado em analogia com o Código Justiniano. Não deixa de ser curioso, pois ele próprio obteve, em 1485, o doutoramento em Direito Canônico (BUONAMICI, 1863, p. 25-28). A sensibilidade de Poliziano para com o Direito Romano é explicado tanto por ser filho de um jurista proeminente como pela oportunidade de compilar o *Codex Florentinus* (que atraiu a sua atenção até a sua morte) e a partir do qual escreveu a sua obra denominada *Miscellanea*.

No livro *Miscellaneorum Centuria Prima* (capítulos 41, 77, 78, 82, 84, 93 e 95), o autor não apenas descreveu alguns aspectos paleográficos do referido *Codex Florentinus*, mas também propôs interpretações e correções. Alguns destes capítulos (como, por exemplo, o capítulo 82, sobre interpretação de *album*⁶; o capítulo 84, sobre libertos e traidores; ou o capítulo 93, sobre *lytos*⁷, escritos mais apropriados para alunos do quarto ano do Curso de Direito), foram sujeitos – como veremos – de muitos comentários de juristas posteriores. Também outras passagens sobre temas não diretamente jurídicos (como, por exemplo, o capítulo 30, sobre a noção de *cucuma*), causaram interesses aos juristas.

Deve-se acrescentar que a obra *Miscellaneorum Centuria Secunda* permaneceu incompleta e inédita e só foi publicada em 1972 (POLIZIANO, 1972). Continha também alguns esclarecimentos importantes (capítulos 8, 12, 20, 28, 44, 56, 58) para a interpretação do Direito justiniano (BRANCA, 1971, p. 89-101). Em alguns casos, chegaram mesmo a modificar a exegese realizada na *Centuria Prima*, como foi o caso de *lytae* e *prolytae* (já que o capítulo 56 alterou o que se dizia no capítulo 93 da *Centuria Prima*, sobre a antiguidade dos alunos

⁶ Nota do Autor e do Tradutor. “Album” era um livro no qual os Juizes criminais determinavam que se inscrevessem os nomes dos condenados. No Brasil, o equivalente foi o “rol dos culpados”, que era o lançamento do nome do condenado, em processo penal, como consequência da Sentença condenatória, mesmo na fase em que cabia recurso. Estava descrito no art. 393 do Código de Processo Penal. A Lei 12.403, de 4-5-2011, revogou o referido art. 393 do Código de Processo Penal, acabando com a figura do “livro do rol dos culpados”.

⁷ Nota do Tradutor. *Lyto* (no plural, *lytae*), no Direito Romano do século XVI, era a denominação que tinha o aluno de até o quarto ano do Curso de Direito. Até esse período letivo, o aluno era mais “dependente” do Professor. No último ano do Curso, o aluno estudava com maior independência, como se fosse uma especialização – no estilo da “Residência Médica”, que é externa às salas de aulas, mas se inclui no Curso – e passava a ser denominados *prolyto* (plural: *Prolytae*).

que completaram quatro anos de estudos jurídicos, em analogia à terminologia militar) (BRANCA, 1971, p. 99).

Nas comunicações escritas deixadas por Poliziano, destaca-se uma carta dirigida a Jacopo Modesti da Prato, um dos seus discípulos mais queridos, com quem Poliziano chegou a partilhar casa, e que mais tarde foi Professor de *Instituta* no Estúdio de Pisa (BRANCA, 1971, p. 92). Esta célebre epístola a Iacobum Modestum Pratensem (POLITIANUS, 1553b, p. 69-72) é a carta de maior conteúdo jurídico das que Poliziano escreveu, pois nela fez uma primeira estratificação histórica dos juristas que apareceram nas *Pandectas*, começando por Mucius Scévola, continuando com Labeón e Cícero, continuando com os juristas do Principado, e concluindo com Hermogeniano. Esta “historicização” dos autores que apareceram no *Digesto* e foi muito comentada por vários juristas do século XVI.

Diante do exposto, cabe indicar que nossa intenção, neste trabalho, é verificar quais foram as passagens da obra de Poliziano que despertaram maior interesse entre os juristas dos anos Quinhentistas. Para isso, procuramos responder a quatro questões: 1) quais juristas do século citaram Poliziano?; 2) qual foi sua orientação?; 3) quais foram as obras mais citadas pelos juristas?; e 4) em que tipo de obras mencionaram Poliziano?

Para atingir o objetivo, limitamos a pesquisa, num quádruplo sentido: 1) levamos em consideração apenas fontes impressas; 2) estudamos apenas os tratados em língua latina, os mais frequentes no campo do *ius commune* e do humanismo; 3) deixamos de lado, como indicamos anteriormente, uma análise detalhada da influência de Poliziano na história da edição crítica do *Digesto*, que citaremos apenas para enquadrar o resto das contribuições, e 4) não analisamos todas as obras do século XVI, tarefa que ultrapassa em muito a nossa proposta, mas o fizemos tendo em conta uma seleção, preparada substancialmente a partir do já mencionado repertório sobre o humanismo jurídico de Hans E. Troje, bem como por meio da obra de Gaetano Colli, que inclui os índices do *Tractatus Universidade Iuris* (TROJE, 1977, p. 615-795; COLLI, 1994). Com isso, analisamos, por um lado, o contexto humanista, enquanto, por outro, tratamos das obras mais destacadas publicadas na Itália, área tão relevante que expressa a captação dos ensinamentos de Poliziano.

Ao selecionar, com os critérios indicados, um total de quatrocentas obras estudadas para a criação do presente texto, e ao compilar as citações, procuramos realizar uma explicação diacrônica da recepção de Poliziano entre os juristas. Em vez de publicar um mero repertório de alusões, acreditamos que é muito mais atraente apresentar aqui um estudo cronológico, no qual tentamos oferecer, em um quadro geral e pela primeira vez, um texto preparado a partir dos dados mais relevantes. Com isto, conclusões mais amplas podem ser tiradas, ao mesmo tempo que fornecem pistas para trabalhos futuros.

Antes de entrar no assunto, convém notar que, do ponto de vista historiográfico, é útil estabelecer uma comparação entre Valla e Poliziano,

uma vez que a sua contribuição para o humanismo pode ser considerada complementar: se Valla pretendia pontificar sobre os vários saberes e “territórios anexos” (RICO, 1993, p. 87-89) de outras disciplinas, ofendendo os “bárbaros” medievais em cada um de seus escritos, o Professor de Montepulciano queria para si o título de gramático (sobre o contexto e a postura global do autor, ver BIGI, 1954, p. 633-653). Com isso, não deixou de valorizar a autonomia dos demais saberes e, a partir de uma posição supostamente isenta, limitando-se a aplicar um tratamento filológico aos mais diversos saberes.

A posição de Poliziano pode ser desconcertante. Ele certamente não era um estudioso do Direito, embora sua formação como canonista lhe desse uma perspectiva jurídica, que faltava a Valla. Embora Poliziano se considerasse um filólogo, para Kisch (1969, p. 38-40) foi o primeiro humanista a defender o trabalho dos juristas universitários medievais, a quem chamou de *virii doctissimi*.

No que diz respeito ao Direito, Poliziano, ao contrário de Valla, partiu da ecdótica⁸ das *Pandectas*, de modo que a maior parte das suas observações partiu do próprio texto jurídico e não de análises rigorosas em sentido histórico-filológico de obras de orientação muito diversa das quais o humanista romano queria extrair as consequências jurídicas. Da mesma forma, como aponta Ascheri (1998, p. 328), outra diferença fundamental com Valla deve ser destacada: enquanto o romano tinha uma percepção muito negativa da figura e da obra de Justiniano, Poliziano valorizava muito sua obra. Acrescente-se que, na sua atividade, o mestre do Estudo Florentino teve em conta a tarefa exegética dos juristas medievais, de modo que valorizou muito o esforço que os glossadores e comentadores tinham feito, sem que isso significasse, de forma alguma, uma suposição acrítica de suas leituras. Em sua *Miscellanea*, procurou fornecer observações pertinentes para a compreensão do texto, sempre consciente de que se tratava de uma obra não apenas de grande valor simbólico, mas de que era objeto de interpretação para uso forense.

É verdade que Poliziano apontou algumas de suas importantes discrepâncias com Accursio e outros, que mais tarde lhe renderam, em alguns casos, críticas dos juristas do século XVI. Assim como Valla causou profunda divisão entre os juristas, que formavam dois lados (detratores e admiradores), Poliziano foi objeto de inveja, mais ou menos oculta. Muitos, a começar por Budé ou Alciato, gostariam de ter sido os primeiros a trabalhar com calma no *Codex Florentinus*. Mas Poliziano estava na hora certa e no lugar certo.

Aqueles que conseguiram superar esses sentimentos valorizaram com mais precisão suas contribuições metodológicas e filológicas. De qualquer forma, registramos nas páginas seguintes a atitude ambivalente por parte dos juristas: muitos tinham inveja da fortuna de Poliziano na corte dos Médicis⁹, podendo

⁸ Nota do Tradutor. Ecdótica é a disciplina, dentro da Filologia, que cuida especificamente da edição de um texto, incluindo a escolha do modelo e do tamanho da fonte, o estilo da diagramação, o espaçamento das entrelinhas, a formação dos parágrafos, o quanto da folha será utilizada para a impressão (mancha e sangria), etc.

⁹ Nota do Tradutor. Médici é tradicional família italiana. Iniciando a influência política no Século XVI, governou Florença por vários tempos do Renascimento. Tradicionalmente, era família de

comparar a *Littera Florentina*¹⁰ com a *Littera bononiensis*¹¹. Outros souberam avaliar suas descobertas e até demonstraram amplo conhecimento de sua obra, reconhecendo seu papel como filósofo ou poeta.

No entanto, apesar de o trabalho filológico de Poliziano implicar um progresso indubitável para os ecdóticos do *Digesto*, suas observações tiveram um interesse muito desigual para os juristas, que, no entanto, deram fé ao conhecimento completo de sua obra como um todo, e tomaram-na – mais ou menos – em conta no seu trabalho.

2 A PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XVI

Quase todos os comentários em *Miscellaneorum Centuria Prima*, bem como os da inédita *Centuria Secunda*, vieram das observações de Poliziano sobre o trabalho de Justiniano. A análise do léxico, com especial atenção à formação filológica e à evolução histórica, serviu especialmente para ajudar na compreensão dos vocábulos, frases e expressões mais complexas.

Um dos gêneros da literatura jurídica que mais influenciaram a obra de Poliziano foi a lexicografia e os comentários ao título XVI do livro 50 do *Digesto* (*De Verborum Significatione*). Na verdade, a investigação da origem das palavras era uma preocupação tipicamente humanista, que já encontramos no livro *Iuris Ciuilis Lexicon*, de Antônio de Nebrija, publicado em Salamanca em 1506. O gramático castelhano escreveu um léxico alfabético no qual comentava alguns aspectos históricos recheados de particularidades. Em poucas palavras, como *album, cotidie, cucuma, lytos, non...*, citou Poliziano. A grande maioria das alusões veio de *Miscellaneorum Centuria Prima*, embora, como foi o caso de *lytos*, Nebrija tenha afirmado que todas as investigações vieram na verdade da anotação das *Pandectas* de Poliziano¹². A obra de Nebrija foi republicada e ampliada ao longo

proprietários de bancos. Giovanni di Bicci de Médici foi quem fundou o Banco Médici. Além de políticos, vários dos seus membros foram famosos artistas, especialmente pintores. Com a fortuna, a família ajudou a reconstruir Florença após a “peste negra”, epidemia – a maior de todos os tempos – que durou de 1347 a 1353, causada pela bactéria “*Yersinia pestis*”.

¹⁰ Nota do Tradutor: *Littera Florentina*, também chamada “Florentina” ou Codex Florentinus Digestorum, é uma parte manuscrita do Digesto, até hoje conservada (desde 1406) na Biblioteca Medicea Laurenziana, em Florença. Trata-se de manuscrito tido como o mais importante do *Digesto*.

¹¹ Nota do Tradutor: *Littera Bononiensis* foi um “manual” ou texto preparado pelo jurista Irnério, da Universidade de Bologna, Espanha, que era entregue aos alunos do Curso de Direito. Como atividade escolar, os alunos deveriam copiar todo o texto, para acompanhamento das aulas posteriores. Foi espécie de livro utilizado em várias partes da Europa, pois os alunos de Irnério passaram a lecionar em outras Universidades e levavam o texto como material de apoio.

¹² “*Lytos* (s. f.) interpretatur solutus a lyo quod est soluo. Iustinianus in premio digestorum quia solitum erat quarti anni studiosos graeco et consueto quodam vocabulo lytas appellari, hoc est solutos pro quo mendose legitur hircos, ex pandectis florentinis adnotante politiano, nam pro eo quod in recentioribus libris habetur hircos et coloritas legi oportet lytas et prolytas, quid autem sint lege prolytae” (NEBRISSENSIS, 1506).

“*Lytos* (substantivo feminino) é interpretada como derivação de *lyo*, que é solto. Justiniano usa o termo no prefácio dos resumos, porque era habitual os alunos do quarto ano serem chamados em grego e por um certo termo *lytas*, isto é, solto, para o qual se lê erroneamente cabras, nas *Pandectas* florentinas, observando Poliziano. Pelo que é dito em livros mais recentes, cabras e

do século XVI e foi a matriz a partir da qual foram criados numerosos léxicos e dicionários jurídicos.

Se o humanista castelão foi o ponto de partida para a elaboração dos léxicos jurídicos, Guillaume Budé foi o mais importante dos autores que apreciaram a transferência ecdótica de Poliziano. Em seu livro “*Annotationes ad Quatuor et Viginti Pandectaru Libros*” (BUDAEUS, 1508, p. 41, 71v, 78v-79r, 89v, 105, 128), o francês sopesou as soluções e mostrou, em geral, sua aquiescência para com elas.

Sanchi (2014, p. 233-246) mostrou até que ponto Budé foi dador da obra de Poliziano, cujas notas pôde analisar muito rapidamente graças à generosidade de Pietro Crinito. Depois, muitas das notas que ele fez, passaram quase literalmente da obra “*Annotationes*”. Em relação a “*De Asse et Partibus Eius: libri quinque*”, Sanchi chamou o autor de “Ângelo Poliziano, um homem da nossa memória, ambas as línguas muito bem aprendidas” (BUDAEUS, 1514, p. 108. Ver também p. 7v, 9r, 108r-109r), se bem que também apresenta algumas discrepâncias importantes com ele. E não se abstém de apontar o que, em seu julgamento, foram erros. Em todo caso, assim como nunca foi duro com Valla ou Alciato, muito menos ainda ou fez com Poliziano (McNEIL, 1975, p. 33-34), de quem tanto se desviou. Também pôde conversar com Catelliano Cotta, que seguia os ensinamentos do “*Politianus vir docissimus in suis Miscellaneis Prima Centuria*”, quando analisada pela *Littera Pisana* (COTTA, 1511, p. 105v). Como sabemos, as palavras que Cotta utilizou coincidiam apenas parcialmente com as de Nebrija: *cesaris, cucuma, dypondium, epitome, legate...* (COTTA, 1975, p. 24v, 39, 45, 58v, 105v).

A obra de Poliziano influenciou indiretamente até mesmo os bartolistas mais excepcionalmente elevados de seu tempo, como Giasone del Maino (MAYNUS, 1514, p. 34 e 50), que se concentrou especialmente em alguns aspectos de suas epístolas. Embora Giasone não estivesse na órbita – na corrente de pensamento – de Poliziano (nem na de Valla), ele informou e levou em consideração suas alterações (*enmendationes*). Por outro lado, nos ambientes mais humanistas, Poliziano foi um autor de referência. Aymar du Rivail, por exemplo, em sua *Historiae Iuris Civilis*, publicada em 1515, levou em consideração suas descobertas, particularmente as encontradas na epístola *ad Iacobum Modestum Pratensem* (RIVALLUS, 1515, p. 120v-121r, 126), contribuição considerada fundamental para o conhecimento da classificação cronológica dos jurisprudentes romanos.

Em 1518, Alciato iniciou um confronto com Valla (sobre la recepción de Valla entre los juristas del siglo XVI, ver RAMIS BARCELÓ, 2023, p. 518-546) e, em menor medida, com Poliziano. No fundo, embora estes dois últimos fossem “gramáticos”, Alciato partilhava com Poliziano uma maior sensibilidade para a compreensão jurídica. Pode-se dizer que, em última análise, concordaram nos

coloração, deveriam ser lidos como *lytas* e *prolytas*, termos que são os *prolytes* de acordo com a lei” (tradução livre).

fundamentos: o trabalho do filólogo no campo do Direito consistia em ajudar a esclarecer o texto legal, embora não como um fim em si mesmo e no contexto da lexicografia latina clássica (como Valla parecia defender), mas pelo seu entendimento jurídico.

O Digest não poderia ser interpretado a partir de Quintiliano, Virgílio ou Cícero, mas a partir da própria história do Direito Romano (dos tempos arcaicos às leis bizantinas). Assim, Alciato, que sabia grego, valorizou especialmente a contribuição de Poliziano não só para banhar as *Pandectas* nas águas da história, mas também para esclarecer algumas passagens difíceis, embora em alguns casos não concordasse, e não hesitasse em destacá-lo. Daí as alusões respeitadas em *Praetermissorum* (ALCIATUS, 1518, p. 132-138), uma vez que Poliziano não apenas deu sua orientação na interpretação de alguma noção como *promercalis*, mas foi o primeiro a restaurar certas passagens em grego, essenciais para a compreensão completa do Direito Romano e justiniano.

Também em 1518, Zasio publicou suas *Lucubrationes*, que mostraram outros pontos de interesse na obra de Poliziano. Por um lado, a dialética jurídica, que vivia um momento de especial relevância. Em seu *In Laudem Legum Oratio*, ele escreveu:

Scio ex literatis plerosque, et in primis Politianum, qui dialecticem supra caeteras sese disciplinas explicuisse asserant: quae (teste Plotino) praestet, ut de quocunque ratione dici queat, et per quam facultas sit probandi nostra, convellendi obiecta, argumentorumque acumine in utraque disserendi partem, et omnino veri et falsi cognitione praebita, quod scientiae sit, discernendi ab eo quod sit erroris: nec facile fieri posse, si Stoicis credamus, ut acutus ingeniosusve, aut sapiens in dicendo vir, quispiam evadat, in quo dialectice desyderetur (ZASIUS, 1518b, p. 112)¹³

Por que Zasio elogiou especialmente a dialética poliziana para a formação do jurista? Devemos pensar, com Vasoli (1968, p. 116-131), que a proposta de Poliziano tratava a lógica aristotélica de forma simplificada e, sobretudo, orientada para a arte do discurso. Isto era muito conveniente para o jurista, cujo conhecimento era – segundo Zasio – superior ao da Astronomia, da Geometria, da Física, da Medicina e da *Litterae Humanitatis*.

Por outro lado, o Professor de Friburgo não sabia grego e, por isso, concentrou-se, nos seus escólios, nas origens do Direito Civil e em temas da história greco-latina, particularmente na consideração de figuras como Quintus Ennio, Aquilius Gallus ou Sálvio Juliano (ZASIUS, 1518a, p. 51, 55, 76). Zasio

¹³ Tradução livre: “Conheço a maioria dos literatos, e em primeiro lugar Poliziano, que afirmaram ter desenvolvido a dialética acima de todas as outras disciplinas: a qual (testemunha Plotino) fornece, para que possamos falar sobre qualquer razão, e pela qual temos a capacidade de provar os nossos, de destruir objetos e de discutir argumentos com agudeza em ambas as partes. E, completamente munido do conhecimento da verdade e da falsidade, que é o conhecimento, para distinguir daquilo que é erro: nem poderia ser feito facilmente, se acreditarmos nos estoicos, tão agudo. Um homem que é um gênio, ou um homem sábio no falar, escapa de qualquer pessoa de quem ele ficaria descontente na dialética”.

se interessava, sobretudo, pelo raciocínio jurídico e pela história do Direito Romano, razão pela qual valorizou particularmente a epístola a Jacopo Modesti da Prato (ZASIUS, 1518a, p. 55).

Esta carta, aliás, foi muito apreciada por diversos juristas. Claude Chansonette, na sua *Topica Legalia*, referiu-se a ela como relevante fonte de conhecimento sobre os “fundadores do Direito”: “sed de septem et triginta illis iuris conditoribus, quorum nomina et singula cuiusque opera videre licet, in l. ii. ff. de orig. iur. et apud Angelum Politianum in epistola ad Iacobum Modestum Pratensem.” (CANTIUNCULA, 1520, p. 11)¹⁴. Na verdade, Chansonette valorizou tanto esta carta que – pela sua importância nos estudos do Direito Romano – a colocou praticamente no mesmo nível da coleção do Digesto: “Primum omnium non arbitror me interrogari de veteribus illis Iureconsultis, qui Pandectis coaugmentandis sua symbola contulere: quorum nomina, et lucubrationes in quadam epistolarum suarum refert vir aetate sua doctissimus Angelus Politianus” (CANTIUNCULA, 1522)¹⁵.

Embora alguns autores de Tratados do primeiro quarto do século XVI – como Jean Pyrrhus d’Angleberme (1517, p. 3) – tenham se interessado também pela contribuição de Poliziano às artes liberais, a certeza é que a maioria deles deu ênfase na colagem das *Pandectas*. Isto é o que Friedrich Nausea (1523, p. 8) admitiu e enfatizou claramente a Mario Salamoni: “Politianus ex archetypo Pisano, restitutis verbis graecis, legendum scribit, et quod distat, dictum a sententia.” (SALOMONIUS, 1525, p. 14).¹⁶

O jurista que mostrou um grande conhecimento da obra completa de Poliziano foi Giovanni Nevizzano (†1540), Professor da Universidade de Turim, autor de *Sylvae Nuptialis: libri sex* (MARCHETTO, 2003, p. 33-70), que recebeu o calor do público ao longo do século XVI. Esta obra, publicada pela primeira vez em 1526 (NEVIZZANIS, 1526), continha alusões a Poliziano, e ainda tinha uma segunda edição, que continha novas menções. Pode-se dizer que Nevizzano estava interessado em todas as manifestações literárias, tanto em Italiano como em Latim vulgar, e que não tinha apenas Dante, Petrarca ou Boccaccio, mas também autores como Valla ou Ariosto.

Todas as alusões que tinham a ver, mesmo que remotamente, com o casamento foram insertas nesta obra, que deve ser considerada como uma série de referências acadêmicas eruditas. As menções a Poliziano foram relativamente abundantes, ultrapassando uma dezena, e podem ser divididas em dois grupos: algumas provinham de *Miscellaneorum Centuria Prima* (manuseamos a obra: NEVIZZANUS, 1545, p. 2, 261, 307, 356, 365, 367, 537, 595, 599, 600 e outras)

¹⁴ Tradução livre: “mas daqueles trinta e sete fundadores do Direito, cujos nomes e as obras particulares de cada um podem ser vistos, no item l, incisos ii e seguintes do original, ou e com Ângelo Poliziano em uma carta a Iacobum Modestum Pratensem.”

¹⁵ Tradução livre: “Em primeiro lugar, não creio que deva ser questionado sobre aqueles antigos juristas, que contribuíram com os seus símbolos para as *Pandectas* para aumentá-las. Juristas cujos nomes e elucubrações são relatados numa das suas cartas, escrita pelo homem mais culto da sua época, Ângelo Poliziano.”

¹⁶ Tradução livre: “Poliziano escreve a partir do arquétipo pisano, restaurado às palavras gregas, para ser lido, e o que resta é o dito da frase.”.

embora nem todas tivessem conteúdo estritamente jurídico, mas muitas vezes conteúdo histórico ou literário; enquanto os outros foram tirados de *Lamia* (manuseamos a obra: NEVIZZANUS, 1545, p. 372, 514, 516, 518, 599 e outras) a *praelectio* que Poliziano fez em suas palestras sobre os primeiros *Analíticos* de Aristóteles. Nas suas alusões a *Lamia*, Nevizzano discutiu o papel do conhecimento e o lugar que o Direito desempenhava. Sobre este tema também citou seu *Panepistemon* (manuseamos a obra: NEVIZZANUS, 1545, p. 510) exibindo assim um conhecimento bastante amplo da obra filosófica de Poliziano.

Nas mesmas datas, Girolamo Cagnolo aludiu tanto às correspondências (CAGNOLUS, 1528, p. 4, 7, 19, 21) como ao *Miscellaneorum Centuria Prima*, e referiu-se especialmente a questões linguísticas como as palavras *hyrcos* ou *coloritas* (CAGNOLUS, 1528, p. 13v), nos anos em que certos editores do *Digesto*¹⁷ se expressaram com palavras duras às considerações de Poliziano. Outros, como Gregor Haloander¹⁸, que morreu muito cedo, foram mais corteses. Na verdade, o próprio Haloander o colocou em primeiro lugar naquela já grande cadeia de intérpretes humanistas do Direito justiniano:

Idem saepe numero indicat Accursius, aliquoties facit Bartholus, qui etiam cum aliquando de unico verbo incidisset controversia, non dubitavit pro veritate lectionis Pisas usque mittere, et Pandectas, quae per id tempus ibi locorum, hodie Florentiae adservantur, super hoc consulere. Ita plerosque locos hac aetate et patrum memoria non infeliciter restituerunt Politianus, Beroaldus, Sabellicus, Bartholinus, Nebrissensis, Pius, Egnatius, Budaeus, Alciatus, Zasius (et quis omnes enumeret?) partim vetustis codicibus adiuncti, partim sola ratione subnixi (HALOANDRUS, 1530, Prefacio, s.f.)¹⁹

Na realidade, quer os autores o confessassem abertamente ou não, ao longo do século XVI foi realizado um concurso para conhecer quem conseguia a desejada edição crítica do *Corpus Iuris Civilis* com maior rapidez e precisão. Não é difícil sentir o ciúme que corroeu alguns pela vantagem que Poliziano teve de poder examinar de perto a *Littera Pisana*. Se a morte não tivesse interrompido seus estudos num momento crucial, ele poderia ter conseguido uma edição crítica completa. Porém, a morte de Poliziano deixou o trabalho pela metade. Daí

¹⁷ “Angelus Politianus epistolarum libro quinto, epistola xi. titulum hunc pene integrum graece fuisse editum dicit, et ab indocto aliquo in latinum versum, quod sane lector agnosceret facillime, modo noscit plumbo stupidior, proinde nemo putet restitui posse, nisi ex archetypis.” (DIGESTORUM, 1527, p. 65).

¹⁸ “[...] notas Pandectarum Florentinarum, quae olim Pisanae fuerunt (antiquissimum exemplar, et quod ob synceritatem ac scripturae fidem ante quadringentos annos in summa veneratione semper habitum est) quarum inspiciendarum describendarumque potestatem magnus ille Politianus beneficio Laurentii Medicis excellentissimi viri habuit, in commune profero” (DIGESTORUM, 1529, Prefacio, s.f.).

¹⁹ Tradução livre: “Accursius muitas vezes indica o mesmo número, e Bartholus o faz várias vezes, que, mesmo quando às vezes surgia polêmica sobre uma única palavra, não hesitava em deslocar até Pisa para saber a veracidade da leitura e consultar as Pandectas, que naquela época foram preservadas ali, hoje em Florença. Assim, a maioria das passagens nesta época e na **memória dos pais** não foram infelizmente restauradas por Poliziano, Beroaldus, Sabellicus, Bartholinus, Nebrissensis, Pio, Egnatius, Budaeus, Alciatus, Zasius (e quem poderia enumerá-los todos?) em parte com a adição de códigos antigos, parcialmente apoiados apenas pela razão.”

as críticas, quase sempre suspeitas, que tendiam a sublinhar que o estudioso de Montepulciano gozava de meios únicos e que não fazia jus ao privilégio que recebia.

Outros, tentando explorar fontes complementares, trataram Poliziano como um precursor, o primeiro que começou a dar valor aos textos gregos. Foi o que aconteceu com a edição preparada por Wigle de Aytta da tradução grega das *Institutas* de Teófilo, o Ancestral: “[...] sed tamen usque ad Politianum nemo de Graecis cogitavit: ille vero mirum in modum studiosorum omnium desyderia indicio suo excitavit.” (INSTITUTOYTA, 1534, Praefatio).

No entanto, a contribuição do Frísio quis ir mais longe. Na incomparável Biblioteca Marciana – como narrou Wigle de Aytta – estava o tesouro das *Institutas* em grego. Além das contribuições de Egnatius (Giovanni Battista Cipelli) e Pietro Bembo, pretendia com isso, e ao contrário de Poliziano, dar uma contribuição abrangente não apenas às disciplinas jurídicas, mas a todo o campo do conhecimento cívico:

Hoc ego hic asserere non verebor, non modo ipsum expectationi, quam de eo iam olim Politianus fecit, abunde responsurum: sed tale omnino esse, quo nullus non solum Iuris, aliusve disciplinae studiosus, verum quicumque in Repub. versari velit, qui ve scire cupiat, quo Iure et cum liberis suis propinquisque, et civibus caeterisque hominibus sibi vivendum sit, carere debeat (INSTITUTOYTA, 1534, Praefatio)²⁰

Deixando de lado essas pretensões, deve-se notar que os editores dos textos justinianos censuraram Poliziano por alguns erros e discutiram algumas soluções, embora na maioria das vezes – ao contrário do que aconteceu com Valla – não criticassem sua postura intelectual: pelo contrário, não o fizeram. Bastava admitir o progresso indubitável que representava a obra inacabada de Poliziano.

Como vimos, Alciato, pouco dado reconhecer valores alheios, demonstrou na juventude um certo apreço pelo Professor do Estúdio Florentino. Seu requinte filológico e amplitude de visão eram dignos de elogios. No entanto, o desconhecimento do Direito Civil era um sério impedimento: por isso, em *De Verborum Significatione: libri quatuor* (ALCIATUS, 1530, p. 178), propôs um acerto de contas com Valla e, em certa medida, com Poliziano, uma vez que ecoou uma observação amplamente divulgada sobre a noção de *suus haeres*. Aparentemente, quando Poliziano – que se orgulhava de ter conseguido superar Accursio – foi questionado por Mariano Socini sobre o que significava *suus haeres*, ele não soube responder e permaneceu em silêncio.

²⁰ Tradução livre: “Não terei medo de afirmar isso aqui, não apenas para responder à expectativa que Poliziano certa vez fez dele, mas para ser completamente tal que ninguém, nem apenas um estudante de Direito, ou de qualquer outra disciplina, mas quem quer que seja na República, ele quer se concentrar, ou quem quer saber, em que lei e com seus filhos e parentes, e cidadãos e outras pessoas ele deve viver, ele deve ser livre.”

Esta história, cuja autenticidade não abordamos, serviu a partir de então para criticar o autor da *Miscellanea*: “suus haeres, de cuius vocis significatione interrogatus a Socyno Angelus Politianus obmutuit, cum tamen gloriatus esset in glossematis iuris civilis se vel Accursium superare posse” (ALCIATUS, 1530, p. 98-99). Com isso, Alciato mostrou que, afinal, os gramáticos, apesar de pretenderem superar os glossadores, tinham grandes problemas para explicar as questões jurídicas mais complexas ou próprias do segmento.

A partir daí, as opiniões ficaram mais divididas. O habitual, porém, foi o uso contínuo da *Miscellanea*, como fez, por exemplo, Bernardino Rutilio, para a elaboração do seu *Juris Consultarum Vitae* (RUTILIUS, 1538, p. 194, 233, 237-240, 243, 251). Escrevendo, entre outros, sobre Domício Labeon, Sálvio Juliano e depois Papiniano, Rutilio destacou os erros que Poliziano. Em seguida, Cotta começou a seguir o ritmo de Rutilio. Diante dessas críticas, outros autores, inclusive Alciato em *Parergon Iuris: libri tres* (ALCIATUS, 1538, p. 9, 30-31), foram muito mais respeitosos. Enquanto isso, certos escritores como Jean Feu concentraram-se na epístola a Jacopo Modesti da Prato (IGNEUS, 1539, Praefatio). As referências a Poliziano em obras de dialética jurídica foram mais raras. Seguindo a abordagem de Zasius, Christoph Hegendorff, discutindo a categoria do hábito, citou seu *Panepistemon*.²¹

Note-se que um dos léxicos mais importantes do século XVI foi publicado por Jacob Spiegel, em 1538. Nele encontramos um tratamento de algumas das vozes que já apareciam na obra de Nebrija, juntamente com novos acréscimos: *dediticii, diem diffusum, falso, hircis et coloritis, latini, in l. I ff. de edendo...* (SPIEGEL, 1538, s.f.). A maior parte dessas noções, o autor extraiu de sua *Centuria Prima*, enquanto outras vieram de outras fontes, como foi o caso de *mechanicus*, em que observou que “Mechanica ipsa ars est, cuius parts Policianus in Panepist enumerar.” (SPIEGEL, 1538, s.f.)²². Spiegel atestou assim conhecer o seu *Panepistemon*, embora – ao contrário de Alciato – nos vários verbetes quisesse evitar polêmicas, e se limitasse a expor as opiniões dos vários escritores de tratados.

No entanto, a opinião que talvez resumisse de forma mais apropriada o que pensava uma geração de juristas é a de Antônio Agustín. Incluía elogios à contribuição pioneira de Poliziano, misturados com um certo ciúme por ter desfrutado de tão longa liberalidade por parte dos Médicis. Porém, a obra do humanista montepulciano, muito notável em tantos pontos, não foi perfeita. Portanto, Bolognini, Alciato, Haloander e outros corrigiram alguns de seus julgamentos:

²¹ “Huc refer omnes virtutum artiumque species, quas in prioribus nostris dialecticis ordine referimus et illas veluti uno fasce complexas reperies, in oratione Politiani, quam Panepistemon inscripsit” (HEGENDORPHINUS, 1534, p. 34). Tradução livre: “Relacione aqui todos os tipos de virtudes e artes, que mencionamos em ordem em nossa dialética anterior, e você as encontrará, como se estivessem em um pacote, complexo, no discurso de Poliziano, contido em *Panepistemon*.”

²² Tradução livre: “A mecânica é a própria arte, cujas partes Poliziano enumera em *Panepistemon*.”

Quis Angelus Politianus fuerit, quo ingenio, qua eruditione, ignorat, ut opinor, nemo: quantum vero ei iuris civilis amatores debeamus, non multis compertum est. Quotus enim quisque existimat nos praeter unum, atque alterum locum, quos in epistulis, et Miscellaneis emendavit, ei accepto fere oportere? Sed mihi multo facilius esse videtur ea loca enumerare, quae Politianus, aut qui a Politiano acceperunt, non restituerunt, quam quae eius causa emendata sunt. Nam ut illa omittam, animos omnium ab eo excitatos ad iuris civilis restaurationem, institutionumque Theophili eum primum fuisse preconem: quidquid Bologninus, et eum meliori ingenio secuti Alciatus, et Haloander restituerunt, ex Politiani libris acceptum est. Non scrutor quantum Crinitus, Baisius, Budaeus, atque alii, si qui sunt, ex Politiani obscuris, ut ipsi aiunt, notis profecerint. Ego me non pauca intellexisse profiteor, dum Medicea liberalitate Florentinas Pandectas perlegi. Neque eo tantum libro usus sum, sed et Angeli Politiani, et Laelii Taurelli Iurisconsulti libris: quibus cum alicubi haerebam, ducibus usus sum: cum errabam, admonitoribus. In his Politiani libris in margine quaedam scripta reperi, quae ei legenti, ut sit, in mentem veniebant (AUGUSTINUS, 1543, p. 226-227)²³

O exposto pensamento de Agostinho refletiu o de muitos. Contudo, tal interesse não se refletiu no trabalho dos juristas. Em vários Tratados da década de 1540, as citações eram esparsas e pouco relevantes, quase sempre se referindo a *Miscellanea*. Isto pode ser visto nos escritos de Jean de Drosay (DROSSAEUS, 1545, p. 58-62) ou Jean de Coras (CORASIUS, 1546, p. 23, 76). O próprio Coras foi o encarregado de popularizar a passagem de Alciato. Não deixou de ressaltar que Poliziano era um homem muito culto em latim e grego, embora bastante prepotente quanto aos seus conhecimentos jurídicos:

Angelus Politianus, vir Graece Latineque impense doctus, et inter autores Latinos non postremi nominis: cum in glossematis iuris civilis Senis iactitaret se, vel Accur. superare posse, rogatus a Mariano Socyno iurisconsulto, aetatis suae doctissimo, quisnam in iure civili suus haeres diceretur, parum feliciter obmutuit (CORASIUS, 1549, p. 269).²⁴

²³ Tradução livre: “Quem foi Ângelo Poliziano, com que inteligência, que erudição, ninguém sabe, penso eu, mas quanto lhe devemos como amantes do Direito Civil, poucos descobriram. Pois quantos de nós pensamos que, exceto um ou dois lugares, que ele corrigiu em suas cartas e miscelâneas, quase deveríamos ter sido recebidos por ele? Mas parece-me muito mais fácil enumerar aqueles lugares que Poliziano, ou aqueles que receberam de Poliziano, não restauraram, do que aqueles que foram alterados por causa dele. Pois, para omiti-los, declaro que ele foi o primeiro a elevar a mente de todos para a restauração do Direito Civil e para a instituição de Teófilo: tudo o que os bolonhenses, e Alciato e Haloander, que o seguiram com melhor gênio, restauraram, foi tirado dos livros de Poliziano. Não examino até que ponto Crinito, Baisius, Budaeus e outros, se houver, dos políticos, como dizem, fizeram amizades obscuras. Confesso que não entendi poucas coisas quando li as *Pandectas Florentinas* com a liberalidade dos Médicis. Não usei apenas aquele livro, mas também os livros de Ângelo Poliziano e Laelius Taurelli Iurisconsulti: quando estava preso em algum lugar, usei-os como guias: quando errei, como advertências. Nestes livros de Poliziano, encontre certos escritos nas margens, que, por assim dizer, vieram à mente do leitor”

²⁴ Tradução livre: “Ângelo Poliziano, um homem muito instruído em grego e latim, e não o último nome entre os autores latinos. Quando se exibiu nos comentários ao Direito Civil de Senis, ou Accur, consegui superar. Ao ser questionado por Mariano Socyno, jurista, o mais culto de sua época, quem deveria ser chamado de seu herdeiro no Direito Civil, silenciou-se.”

A situação foi repetida em diversas obras. E serviu de argumento para demonstrar que os gramáticos não conseguiam resolver questões intrínseca da seara jurídica. Isso também suscitou certa cautela em relação às ideias jurídicas de Poliziano. E sua obra foi tratada, a partir de então, com certo distanciamento por alguns juristas.

No entanto, as referências à *Miscellanea* continuaram, embora fossem cada vez mais circunstanciais. Isso pode ser visto nos escritos de Étienne Forcadel, ao tratar de diversas questões literárias em *Penus Iuris Civilis* (FORCATULUS, 1550, p. 18, 54), enquanto em seu misterioso diálogo *Necyomantia Jurisperiti* também houve algumas alusões com ramificações jurídicas, como a noção de *cucuma* (FORCATULUS, 1549, p. 23, 118, 143).

A exceção, talvez, poderia ser a edição ampliada que Tiraquellus fez em 1546 de seu *De Legibus Connubialibus et Jure Maritali*, obra na qual citou não apenas o julgamento de Poliziano sobre a Epístola de Cícero a Trebácio (TIRAQUELLUS, 1549, p. 96), mas também *Nutritia* (TIRAQUELLUS, 1549, p. 101) uma das obras do autor, mesmo que apenas para documentar seu uso da mitologia.

Por outro lado, Costanzo Landi, como bom discípulo de Alciato, mergulhou profundamente nas questões jurídicas e exibiu um bom manejo das fontes e da terminologia grega em seus comentários tanto ao título *De Iustitia et Iure* (LANDIUS, 1549, p. 7-23) quanto ao *Proem* do *Digesto* (LANDIUS, 1549, p. 3-17). Os sentimentos de Landi ficaram evidentes em um comentário em que julgou a carreira de Poliziano e até desceu à sua *Lamia*:

Tempestate patrum nostrorum conviciis, et maledictis Angelum Politianum virum doctissimum turba indoctorum insectata est, nihil ob aliud, quam quod creditus fuisset philosophus. De qua re et ipse quodam libello, qui lamia inscribitur, conqueritur. Sed iam ad finem huius capituli, ne verbosus commentarios facere videamur, descendamus (LANDIUS, 1549, p. 10).²⁵

Na realidade, apesar desta observação, o que interessava a Landi era mostrar a relevância das “restituições” de Poliziano na sua obra *Miscellanea*, a maioria corretas, outras não, embora todas orientadas, no último caso, para a inteligência jurídica do texto das *Pandectas*. Por isso, encontramos por toda parte alusões a Poliziano, referindo-se a todos os assuntos em que mais insistiu (*cucuma*, *lytis*, *dedititiis...*), embora também, em alguns casos, como mera referência histórica ou literária.

²⁵ Tradução livre: “Uma multidão de pessoas sem instrução foi atacada pela tempestade de convicções de nossos pais e pelas maldições de Ângelo Poliziano, um homem muito culto, por nenhuma outra razão senão a de que se acreditava no filósofo. Sobre esse assunto, ele mesmo reclama em certa carta, que está escrita “Lamia”. Mas agora, no fim deste capítulo, para que não pareçamos estar fazendo comentários prolixos, vamos encerrar.”.

Encontramos um julgamento muito semelhante nas obras de vários autores que escreveram em meados do século. Por exemplo, Jacobus Curtius, jurista e helenista, na sua obra *Εικάσιων*, destacou – em primeiro lugar – as conclusões de Poliziano na *Miscellanea*, bem como na epístola a Jacopo Modesti da Prato (CURTIUS, 1550, p. 1, 20, 58, 103, 115). O restante das cartas também foi muito elogiado por Girolamo Cagnoli (†1551) (CAGNOLUS, 1554, p. 19, 22, 25, 31, 34, 40, 42, 63, 138), autor que gozou de grande fortuna editorial, especialmente após sua morte. Cagnoli misturou conteúdo jurídico com conteúdo histórico e, assim, preanunciou grande parte da interpretação das obras – livros e cartas – de Poliziano, que apareceria décadas seguintes.

3 A SEGUNDA METADE DO SÉCULO XVI

Embora Poliziano tenha gozado de notável fortuna editorial ao longo da primeira metade do século, a referida edição de 1553 deu-lhe um novo impulso, que se traduziu em novas citações nas obras de juristas. Sem ir mais longe, na quinta edição do *De Legibus Connubialibus et Jure Maritali*, de 1554, Tiraquellus ampliou substancialmente as menções a Poliziano. Se antes havia feito eco a *Nutritia*, nesta edição fez uma demonstração de erudição ao citar, em ordem alfabética, os vários personagens que nela apareciam. Assim, nas glosas, redigiu verbetes para *Amalthea*, *Deiphobe*, *Demo*, *Marsepia*, *Myro*, *Nossis*, *Phygo*, *Targelia*... (TIRAQUELLUS, 1554, p. 183-190), bem como *Alexandra* (TIRAQUELLUS, 1554, p. 183), que apareceu em muitos epigramas.

Isto não significa que os comentários ao *Digesto* deixaram de mencionar a contribuição de Poliziano. Pelo contrário, em todos eles foi enfatizado o pioneirismo desenvolvido em sua *Miscellanea*. Assim pode ser visto, por exemplo, nas obras dos juristas Juan Orozco (OROSCIUS, 1558, Proem, p. 418, 439, 690), Antonius Guibertus Costanus (sobre servos, libertos e deditícios²⁶) (GUIBERTUS COSTANUS, 1558, p. 7, 11), Joachim Mynsinger à Frundeck

²⁶ Nota do Tradutor. Na Roma dos anos 1500, todo cidadão não-romano era estrangeiro. A época era das Cidades-Estados. Assim, Roma era correspondente a um país atual, enquanto as cidades vizinhas também eram tidas como outras nações. Logo, quem não fosse romano (exclusivamente da cidade de Roma), era estrangeiro. Os estrangeiros eram também chamados de “peregrinos”. Havia duas espécies de estrangeiros ou peregrinos: os ordinários e os deditícios. Peregrinos ordinários eram os procedentes de outras Cidades-Estados ou de regiões distantes, que chegavam a Roma em clima de paz. Os peregrinos deditícios eram os pertencentes a outras nações (não, de Roma) que haviam sido vencidas, em guerras, por Roma. Vencer uma guerra correspondia a apoderar-se dos bens da área vencida e, muitas vezes, até tomar os povos do lugar vencido como escravos (a exemplo de quando Nabucodonosor invadiu Jerusalém e levou o povo judeu como escravo para a Babilônia, usando da mão de obra escrava, por quase setenta anos, para construir a Torre de Babel e os Jardins Suspensos, dentre outras obras). Os peregrinos deditícios ou eram escravos do Império Romano ou eram subjugados a ponto de não terem cidadania, mas com autorização para exercício de alguma atividade produtiva, normalmente o comércio. Os peregrinos ordinários tinham direitos tanto de Roma quanto da origem. Já alguns dos peregrinos deditícios tinham apenas os direitos originários (direitos das gentes); outros, dependendo das condições e da época, eram escravizados e nem mesmo direitos tinham.

(MYNSINGERUS À FRUNDECK, 1555, p. 28, 188, 210, 215, 560 e outras) ou Ferdinando D'Adda (ADDUENSIS, 1561, p. 35, 182, 198, 236). Valentin Forster, por outro lado, regateou um pouco os méritos de Poliziano, uma vez que, no seu *De Historia Juris Civilis Romani: libri III*, colocou mais ênfase nos seus erros (por exemplo, ao tratar Domício Labeon) (FORSTERUS, 1565, p. 185, 223) do que nos seus acertos. Outros, como Diego de Covarrubias a Leyva (COUARRUVVIAS A LEYUA, 1568, p. 417, 483), dedicaram suas poucas alusões à *Miscellanea* para discutir temas históricos.

Quanto às edições dos textos justinianos, deve-se ressaltar que quase todas citaram Poliziano em alguma ocasião, embora não encontremos grandes comentários ou discussões sobre sua obra. Uma das mais louváveis foi a edição parisiense de 1559 do *Digestum vetus* com comentários, na qual, nas primeiras páginas, foi reproduzida a epístola a Jacopo Modesti da Prato, e Poliziano foi citado em diversas passagens (DIGESTUM, 1559, p. 38, 40, 137). Deve-se destacar também o papel que Antoine Le Conte lhe atribui em sua edição do *Codex*, ao avaliar uma cadeia de humanistas que vai de Poliziano a Antônio Agustín:

[...] quantas enim tenebras iuris studiosis neglecta huius rei cura offuderit, docuerunt superioribus annis Politianus, Budaeus, Alciatus, Erasmus, Haloander, Eguinarius Baro, et iustis quoque voluminibus Antonius Agustinus, quorum partim exemplo, partim Augustini auctoritate perductus, cum primis studiorum meorum annis huic curae pro virili incumbere coepissem, contigit ut eodem tempore prodierit Florentinum exemplar (CONTIUS, 1562, ad lectorem).²⁷

Embora Poliziano tenha sido citado em algumas passagens específicas, sua personalidade não foi destacada pela maioria dos editores de textos jurídicos ou redatores de Tratados. Ao contrário do que aconteceu com Spiegel, dificilmente atraiu a atenção de Oldendorp (OLDENDORPIUS, 1553, p. 111), Pardoux Du Prat (PRATEUS, 1574, p. 256) ou Verrutius (1574, p. 1.036), nos seus respectivos léxicos. Nem nas obras de Ippolito Bonacossa (1582, p. 107v, 122) ou Jacques Cujas (CUIACIUS, 1575, p. 385), para citar dois exemplos muito díspares, quase não há referências.

Por outro lado, outros juristas foram muito sensíveis à obra poética de Poliziano, e inseriram alguns versos em seus escritos jurídicos. Entre eles, vale destacar, em primeiro lugar, Federico Scotti, que não só mostrou atenção à obra estritamente jurídica do humanista de Montepulciano, muito bem enquadrada no contexto florentino da época, mas também à obra filosófica (SCOTUS, 1572, p. 25, 444, 521, 583-584, 593) e poética, destacando ainda dois versos do Epigrama XVII, dedicado a Lorenzo de Médici:

²⁷ Tradução livre: “[...] pois quantas trevas a negligência deste assunto lançou sobre os estudantes do Direito, foram ensinadas em anos anteriores por Poliziano, Budeus, Alciato, Erasmo, Haloandro, Aeguinário, o Barão, e também pelas obras de Antônio Agustín, guiados em parte por seu exemplo, em parte pela autoridade de Agustín, quando nos primeiros anos de meus estudos comecei a me dedicar a essa preocupação como homem, aconteceu que o modelo florentino apareceu ao mesmo tempo.”

Caeca fuit quondam tua dicta Fluentia, sed nunc
Cuncta, oculis illi te tribuente videt (SCOTUS, 1572, p. 583).²⁸

Ainda no campo da poesia, o jurisconsulto René Choppin, em seu *De Privilegiis Rusticorum: libri III*, obra posteriormente incluída no *Tractatus Universi Iuris*, ampliou uma descrição da frugalidade da vida dos agricultores, modificando ligeiramente *pro domo* sua, os versos 31-37 de *Rusticus*:

Non mentem pavet ipse suam, nec conscius omnes
Exhorret strepitus, nec edaci pectora culpa
Carpitur occulte, aut celsa conspectus in arce
Degeneri patet invidiae: sic ipse vicissim
Non ullo livore macet, foetusque veneno
Aestuat, atque aliena oculis bona limat acutis (CHOPPINUS, 1575, p. 135).²⁹

Ele não se limitou a isso, mas acrescentou que os agricultores conheciam as previsões celestes, e acrescentou os versículos 557-560 de *Rusticus*, que na versão de Choppin diziam assim:

Namque in consilium maria advocat, aethera, terras
Naturamque omnem, vivitque auctoribus astris
Cura deum Agricola, atque animo praescita recenset,
Et rerum eventus sensu praesagit acuto (CHOPPINUS, 1575, p. 135).³⁰

Não há dúvida de que o poeta Poliziano também era conhecido por alguns juristas. Contudo, durante as décadas de 1560 e 1570, com muito poucas exceções, dificilmente encontramos alusões dispersas ao nosso autor. Podem ser citadas obras emblemáticas, como os fragmentos dos jurisconsultos romanos anotados por Pierre Pithou (PITHOEUS, 1573, p. 102), ou o comentário de Pierre Rebuffi sobre *De Verborum et Rerum Significatione* (REBUFFUS, 1576, p. 1.075). Foram menções menores e muito esporádicas.

A década seguinte concentrou, porém, algumas das referências mais relevantes da segunda metade do século. E os juristas gostaram de confrontar Poliziano com Valla. Várias alusões à *Miscellanea* no *Syntagma Iuris Universi*, de Pierre de Grégoire, atestam a atenção com que leu o Professor do *Estudio*

²⁸ Tradução livre: “Sua chamada fluência já foi cega, mas agora / afinal, ele vê você com aqueles olhos”.

²⁹ Tradução livre: “Ele não alimenta sua própria mente, nem está consciente de todos / O barulho foi assustador, e não houve culpa em comer os seios. / É tirada secretamente ou de uma vista elevada da cidadela / É claro que o degenerado tem ciúme: ele também, por outro lado / Não com nenhum hematoma, e o feto com veneno / Está quente e os olhos de outra pessoa estão afiados”.

³⁰ Tradução livre: “Pois ele defende os mares, o ar e a terra / E toda a natureza, e vivida pelas estrelas / O cuidado do deus Agrícola. / E ele prediz os acontecimentos das coisas com um sentido aguçado”.

Florentino, a quem contrastou com Valla³¹. Para Tholosanus, embora Poliziano não soubesse quem era *suus heres*³², apesar de tudo, ele era um *viro doctissimo*.³³

Alberico Gentili tinha uma opinião bem diferente. Uma comparação séria entre juristas medievais e humanistas mostrou claramente que a contribuição destes últimos era completamente irrelevante. No *De Juris Interpretibus Dialogi VI*, ele colocou as seguintes frases na boca de seu *alter ego*:

Apollinis fidem implorat aliquando omni arte divinandi destitutus, quam nunquam Accursius professus est, an expers Graeci sermonis? Sed expers erit etiam Politianus, de quo non absimilia istis Accursianis prodidit Augustinus, et hic quoque expers, postquam et ipse de se quid tale commiscitur; expertes erunt cum Accursio alii multi, multi Latinissimi Latinarum literarum ex eadem ratione, si ea valet adversus Accursium ratio (GENTILIUS, 1582, p. 30).³⁴

A comparação entre Alciato, Poliziano e Antônio Agustín, por um lado, e Accursio, Bulgaro e Placentino (GENTILIUS, 1582, p. 33), por outro, ocupou várias páginas e quis mostrar a inutilidade da contribuição dos humanistas. Poliziano foi, apesar de tudo, um “gramático” e sua contribuição, afinal, teve que ser enquadrada na mesma linha de Valla, Gregor Haloander e Budé:

Quid nobis cum suis studiis humanioribus? meministin Politianum, Vallam, Haloandrum, Budaicum? Cur non essent nobis illi iurisconsulti necessarii? Siccine gratiam refers? dicit, quia neque Ulpiani, aut Pauli munus ab eo diversum videretur, quod Bartulus et Baldus obiverunt, et a Cicerone Ulpianus audiret ac Paulus, quod vitio dabatur prioribus consultis de cognitione una in infinitam dispartita (GENTILIUS, 1582, p. 76)³⁵

³¹ “Suidas verbum quidem novum et inauditum Laurentio Vallae, sed et novum et incognitum erat Politiano viro doctissimo nomen sui haeredis: ut enim prisca nomina exoluerunt, ita alia cum aetate adinuenta et mutata, ut ait Varro, 4 de lingua latina” (GREGORIUS, 1582, p. 1.024).

Tradução livre: “Suidas’ era, de fato, uma palavra nova e inédita para Laurentius Valla, mas também era nova e desconhecida para Poliziano, o homem mais culto, pois assim como algumas palavras antigas foram excomungadas – perderam o uso –, outras, com o passar do tempo, tiveram o uso diminuído ou tiveram o significado alterado, como diz Varro 4, De Lingua Latina”. Nota do Tradutor. “Varro 4, De Lingua Latina” é uma referência ao livro “De Lingua Latina” (“Sobre a Língua Latina”), de autoria de Marcus Terentius Varro, obra composta de 25 tomos. Obviamente, refere-se ao volume 4, porque identificado, cujo tema é a etimologia. Marcus Terentius Varro nasceu no ano 116 antes de Cristo e faleceu no ano 27 antes de Cristo. Escreveu mais de cem livros. Só o “tratado” “Sobre a Língua Latina”, como dito, é composto de 25 volumes (um livro introdutório; seis volumes acerca da etimologia; seis outros sobre morfologia; e doze livros sobre sintaxe). O autor é tido como o primeiro (e até hoje, o mais imponente) a escrever tantas obras (um tratado, portanto) sobre o Latim. Alguns dos 25 livros são editados até hoje.

³² Nota do Tradutor. Poliziano não sabia quem seira o “seu herdeiro” no campo da Gramática e da Filologia. “Suus heres” tem o sentido original de “seus herdeiros”.

³³ Nota do Tradutor: “Uma pessoa muito culta”.

³⁴ Tradução livre: “Ele implorou a fé de Apolo, às vezes desprovido de toda a arte da adivinhação, que Accursius nunca professou, ou era um especialista na língua grega? Mas Poliziano também será um estranho, sobre quem Agustín traiu não muito diferente desses accursianos, e aqui também um estranho, já que ele próprio também menciona algo assim sobre si mesmo. Muitos outros, muitos dos mais latinos das letras latinas, terão experimentado com Accursius pelo mesmo motivo, se esse motivo for válido contra Accursius.”

³⁵ Tradução livre: “O que temos a ver com seus estudos humanos? Você se lembra de Poliziano, Valla, Haloandrum, Budaicus? Por que não precisaríamos desses advogados? Você retribui o favor? Ele diz, porque nem o ofício de Ulpiano nem o de Paulo eram vistos como diferentes dele,

Gentili, em suma, rejeitou os *studia humanitatis* no campo do Direito, por não terem dado nenhuma contribuição útil. Simon Schard não pensava de igual forma. A publicação da obra póstuma de de Simon Schard, *Lexicon Iuridicum* – tal como o livro de Gentili, publicada em 1582 – recolocou Poliziano na órbita dos léxicos jurídicos. Se Du Prat e Verrutius mal levaram em conta o humanista de Montepulciano, Schard dedicou-lhe – assim como Valla, embora em menor medida – diversas menções, nas *ad agnatus et gentiles, cotidie, cucullus, dulciarius, epitome, falso, hircis, in l. I ff. de edendo, latini, legatus, libertini, mechanicus, merere, non, suus...* (SCHARDUS, 1582, p. 101, 627, 759, 811, 818, 879, 1.009, 1.125, 1.239, 1.267, 1.296, 1.387, 1.397, 2.190, e outras). Boa parte desses vocábulos já vinha dos léxicos de Nebrija ou Spiegel, e isso significou uma certa recuperação da obra do Professor do *Estúdio Florentino*.

Vale lembrar que, em 1583, foi publicada a edição do *Corpus Iuris Civilis*, de Denis Godefroy (GOTHOFREDUS, 1583, p. 637, 762, 1.805 e outras), que passou a ser, a partir de então, o texto canônico. A colação de Poliziano foi a partir daquele momento tomada como mero precedente ou antecedente na história da edição dos textos justinianos. Com isso, a importância do estudioso do autor de Montepulciano tendeu progressivamente a diminuir.

Entretanto, não desapareceu do trabalho dos juristas. Por exemplo, Pedro Afonso de Vasconcelos, canonista português sensível ao humanismo, autor de *De Harmonia Rubricarum Iuris Canonici* (VASCONCELOS, 1590, p. 9, 64, 105), demonstrou grande interesse pela obra polizianiana, que citou em diversas ocasiões, não só pelos seus contributos jurídicos, mas também por outras considerações de natureza filosófica e filológica. Seguindo-os, aludiu ao *Panepistemon* (VASCONCELOS, 1590, p. 245), o que mostra mais uma vez a difusão desta prolusão.

A esta lista devemos acrescentar François Hotman, com o seu tom particularmente inflamado, escrevendo contra o jurisconsulto frísio Johannes Badius e a sua obra *Paradoxorum Disputationem Juris Civilis*, comparou a sua contribuição com a de Poliziano, e indirectamente com a de Mariano Socini (tanto o velho como o jovem), com base em um texto já citado por Coras (que, por sua vez, veio, como vimos antes, de Alciato). Com isso podemos apreciar melhor quais foram as limitações encontradas na obra de Poliziano, equiparado nesta passagem ao jurista frísio Johannes Badius, e tratado como Advogado:

O Mariane Socine, qui Angeli Politiani iactationes compescuisse diceris, cum ille abs te interrogatus, quid esset SUUS HERES, repente obmutuit quid ageres si iam ex Basio nostro didicisses, inepte et ridicule nomen Sui heredis a Iurisconsultis et Doctoribus confictum, dicendumque MEUS ET ALIENUS heres? Angelus Politianus (inquit post Alciatum Corrasius) vir Graece Latineque doctissimus, cum in glossematis iuris Civilis iactaret se vel Accursium superare posse, rogatus a Mariano Socino (Iurisc. aetatis suae doctissimo) quisnam in Iure civili suus heres diceretur, parum feliciter

porque Bartulus e Baldus morreram, e Ulpiano ouviu de Cícero, assim como de Paulo, que foi por vício que os antigos conselhos sobre o conhecimento foram divididos no infinito.”.

obmutuit. At si hoc Basiano seculo natus Angelus Politianus fuisset, praeceptoremque Basium natus esset, quid diceret? An non Socinum ipsum sive seniore sive iuniore obmutescere coegisset! O Lovanienses vacantiae vindemiales, quantum utilitatis et commodi studiosae iuris iuventuti attulistis, quae nobis insignia haec Basii paradoxa protulistis! (HOTOMANUS, 1589, p. 331)³⁶ (grifo original).

O tom crítico, como vimos, fez sucesso entre os juristas, pois alguns, como Ângelo Matteacci (MATTHEACIUS, 1591, p. 95), também a repetiram, sempre com o objetivo de restringir a autoridade de Poliziano. Outros, como Pere Agustí Morlà, recordaram a importância do nosso autor na restituição do arquétipo *Littera* (MORLÀ, 1599, Proêmio), e até referiram-se à carta que dirigiu a Cassandra Fedele (MORLÀ, 1599, p. 2v), uma das mulheres mais notáveis da época. Comparados com aqueles que, com Alciato, defenderam Accursio, outros, como Hermann Vultejus, quiseram conceder a Poliziano o mérito que lhe pertencia, tratando – neste caso – a rubrica *ad l. Eu sff. de edendus*:

Ita constanter legunt Pandectae Florentinae et Haloandrinae, utcunque nonnulla exemplaria, teste Angelo Politiano in miscellaneis suis, pro *album* habeant, *alium*, nempe, ut inepte Accursius interpretatur, advocatum vel fidejussorem, et *dicturus*, pro *dictaturus*, quam lectionem Politianus refutat recte (VVULTEIUS, 1589, p. 73v).³⁷

Alguns juristas, como Vultejus, concordaram com ele nas suas alterações. A fama de Poliziano, como se vê, foi contestada, embora todos reconhecessem a sua primazia por meio da colação da *Littera*, bem como na genealogia dos juristas romanos. De fato, na monumental *Universi Iuris Civilis in Quatuor Tomos Distributi Corpus*, última grande edição renascentista com comentários, a epístola a Jacopo Modesti da Prato (UNIVERSI, 1593, s.f.) foi reproduzida no início, juntamente com outros textos de Alciato e Duaren.

Na última década do século merecem destaque, para concluir, duas obras lexicográficas. Alexander Scot, um filólogo escocês, preparou um *Vocabularium*

³⁶ Tradução livre: “Ó Mariane Socine, que dizem ter verificado os delírios de Ângelo Poliziano, quando lhe perguntaram qual era o seu herdeiro, de repente ficou sem palavras. Ângelo Poliziano (diz Corrasius, depois de Alciato), homem mais instruído em grego e latim, quando se gabava de poder superar até Accursius nas glosas do Direito Civil, quando questionado por Mariano Socinus (o jurista mais culto de sua época), que se dizia ser seu herdeiro no Direito Civil, ele não conseguiu falar o que pensava. Mas se Ângelo Poliziano tivesse nascido nesta época de Basius, e tivesse nascido Professor de Basius, o que ele diria? Se ele não tivesse forçado o próprio Socinus, seja o mais velho ou o mais jovem, a ficar em silêncio! Ó Louvainers, *Vacantiae vindemiales ioh: Basii Frisii, sive de Fatuitate Basiana*, quão úteis e convenientes Vocês trouxeram para os jovens que estudam Direito, ao nos mostrar esses notáveis paradoxos de Basius!”

Nota do Tradutor: “*Vacantiae vindemiales ioh: Basii Frisii, sive de Fatuitate Basiana*” é título do livro de Franciscus Hotomanus (do ano de 1589). Ver dados nas **Referências** deste artigo.

³⁷ Tradução livre: “Assim, eles leem constantemente as *Pandectas Florentinas* e Haloandriano, embora algumas cópias, como testemunha Ângelo Poliziano em sua *Miscellanea*, tenham como *lista, outra*, a saber, como Accursius sabiamente interpreta, como um advogado ou fiador, e *diria*, em vez de *ditar*, que a leitura de Poliziano corretamente refuta.”

Utriusque Juris, na mesma linha do de Nebrija. Nele, não só demonstrou a sua estima por Valla, mas também incluiu algumas das noções que Poliziano havia estudado: *album, cotidie, cucuma, lytos, non...* (SCOTUS, 1591, p. 55-56, 188, 191, 379, 415). Vê-se, portanto, que no que diz respeito às alusões ao humanista de Montepulciano, a obra de Scot nada mais foi do que uma atualização de Nebrija, e que ele foi, como no caso do humanista castelhano, um gramático; e, não, um jurista. Daí o seu apreço pelas obras de Valla e Poliziano.

Também encontramos referências no *Lexicon Iuridicum*, de Johann Kahl, publicado em 1600. Kahl, Calvinus latinizado, não era filólogo, mas jurista, discípulo de Donellus. Esta obra, com duas dezenas de referências a Poliziano, foi construída a partir da comparação de léxicos anteriores, tendo especialmente em conta – no que diz respeito a Poliziano – as obras de Spiegel e Simon Schard. Encontramos verbetes com referências tanto à *Miscellanea*, como à epístola a Jacopo Modesti da Prato e até a *Panepistemon: Ad sabinum, cotidie, cucullus, cucuma, dedititii, dulciarius, epitome, hircis, in l. I ff. de edendo, latini, legatus, libertini, libertinorum, μηχανική, nomen, non, suus haeres* (CALVINUS, 1600, p. 80, 522, 529, 567, 656, 699, 861, 908, 1050, 1071, 1097, 1171, 1263, 1275, 1810 e outras).

Houve espaço também para a obra poética de Poliziano, já que, a propósito de *poculum*, citou os versos 487-488 de *Nutricia*:

Nec qui philtra bibit, nimioque insanus amore,
Mox ferro occubuit. Sic mentem amiserat omnem (CALVINUS, 1600, p. 1453).³⁸

Em suma, a obra de Kahl resumiu, em grande medida, os interesses que os juristas do século XVI tinham na sua obra: não só reconheceram a sua obra ecdótica, como aproveitaram os comentários histórico-filológicos para melhor avaliar o significado do vocabulário jurídico, estiveram atentos à sua obra filosófica e até provaram alguns dos seus versos.

4 CONCLUSÃO

Cabe agora voltar às quatro questões iniciais sobre quais juristas se referiram a Poliziano, qual a sua orientação, quais foram as obras mais citadas e em que contexto. Nossa intenção foi analisar se, além da conhecida atividade na compilação dos *Digesto*, Poliziano teve outras áreas de influência entre os juristas do século XVI.

³⁸ Tradução livre: “Mesmo aquele que bebe poções e está louco de amor, / logo foi morto pela espada. Assim, ele perdeu toda a razão”.

Pode-se dizer que a obra do Professor de Montepulciano foi especialmente citada pelos juristas humanistas. É verdade que, se deixarmos de lado os editores dos textos justinianos (Haloander, Wigle de Aytta, Le Conte e outros), e alguns representantes tardios do Bartolismo, como Giasone del Maino, os escritos de Poliziano foram referenciados não só pelos comentadores do *Digesto*, mas também pelos grandes humanistas como Budé, Alciato e Zasio, aos quais se devem agregar mentes como Cotta, Cantiuncula, Nevizzano ou Náusea. Os demais juristas com sensibilidade humanista levaram em conta as abordagens destes autores da primeira metade do século.

O traço predominante na atitude dos juristas para com Poliziano era uma certa inveja, mais ou menos profundamente dissimulada. Todos consideravam que ele tinha sido objeto da mais elevada liberalidade por parte de Lorenzo de Médici, e não poucos pensavam que o sucesso das suas propostas se devia mais à fortuna do que à habilidade. Esta ideia não era comumente partilhada, mas alguns, especialmente os mais contrários aos *studia humanitatis*, souberam avaliar as suas contribuições inegáveis. E não regatearam os seus méritos.

Talvez as origens da atitude ambivalente possam ser encontradas em Alciato, que, por um lado, aceitou algumas de suas propostas, embora, por outro, tenha narrado que Poliziano – que se vangloriava de poder superar Accursio – foi certa vez questionado por Mariano Socini sobre quem poderia vir a ser *suus haeres*, e ele não soube responder. Muitos dos críticos de Poliziano ecoaram esta resposta, amplificada por Coras e Hotman. Entre os maiores detratores de Poliziano estava Alberico Gentili, que o tomou, assim como Valla, por um “gramático” que quase nada contribuiu para o conhecimento jurídico.

No entanto, de Budé a Vultejus encontramos numerosos juristas que apreciaram a obra polizianiana, valorizando nela diferentes elementos. Além da compilação do *Digesto*, a maioria dos juristas citou a *Miscellanea* (Cagnolo, Rutilio, Curtius, Covarrubias, Grégoire e outros), embora a sua epístola a Jacopo Modesti da Prato gozasse de grande estima por parte dos jurisconsultos (Aymar du Rivail, Feu, dentre outros) pela estratificação cronológica dos jurisconsultos romanos.

É interessante notar que muitos citaram tanto a *Miscellanea* quanto a epístola, embora outros ecoassem a obra filosófica e poética. Entre as suas proluções³⁹, a mais célebre foi, sem dúvida, *Panipistemon* (Hegendorff, Spiegel, Vasconcelos e outros), seguido de *Lamia* (Landi). Autores como Nevizzano chegaram a citar as quatro obras. Zasio também se referiu à importância da *Dialectica* como elemento de formação de juristas. Algumas referências devem ser acrescentadas à obra poética, que teve mais alusões na segunda metade do

³⁹ Nota do Tradutor. O vocábulo “prolução”, de pouco uso na Língua Portuguesa do Brasil – também tida como “Português Americano” porque da América do Sul, em comparação com o “Português Europeu”, de Portugal – traz em si o significado de uma longa introdução de uma grande obra literária ou didática. Muito utilizada como um texto bem completo contendo um anúncio, em forma de um resumo, de uma obra que virá a ser impressa nos próximos dias. Especialmente válido como anúncio de Tratados e obras compostas de muitos e grossos volumes.

século: primeiro as análises críticas a duas obras, *Nutricia* (Tiraquellus, Kahl) e *Rusticus* (Choppin), e por último, sobre o *Epigrama XVII* (Scotti).

Isso atesta o amplo conhecimento que os juristas tinham da obra de Poliziano, à qual aludiam em escritos de natureza muito diversa. Em primeiro lugar, assim como Valla, ele foi muito considerado na lexicografia jurídica. Se Nebrija, Cotta e Spiegel usaram Poliziano com alguma extensão, ele raramente foi mencionado por Oldendorp, Du Prat ou Verrutius. O reerguimento veio por meio de Schard, Kahl e, em menor grau, de Scotus. Os assuntos mais discutidos foram problemas de terminologia jurídica da *Centuria prima*, como *album*, *cotidie*, *cucuma*, *hircis*, *in l. I ff. de edendo*, *latini*, *legatus*, *lytos*, *non...*

Juntamente com as obras lexicográficas, é necessário registrar uma extensa bibliografia de exegese do Direito justiniano ou de alguns aspectos monográficos (Budé, Zasio, Alciato, Salomoni, Coras, Forcadel, Orozco, D'Adda, como exemplos), bem como outros de naturezas historiográfica (Aymar du Rivail, Rutilio, Forster), dialética (Cantiuncula, Hegendorff, além de outros) ou de temas fronteiriços entre literatura e o Direito (Nevizzano, Tiraqueau, Forcadel, dentre outros). O impacto no Direito Canônico foi superficial e meramente crítico (Vasconcelos).

Quanto à aceitação do pensamento de Poliziano, foi mais intensa na primeira metade do século do que na segunda. A publicação da edição das obras de Poliziano em 1553 não representou uma mudança notável. Pelo contrário, se de 1518 a 1558 houve uma certa continuidade nas citações, deste último ano até 1582 as alusões diminuíram. Somente graças a Pierre de Grégoire, Schard e Gentili foi alcançada uma certa recuperação, que durou até 1600, com a grande síntese lexicográfica de Kahl.

Deve-se levar em conta que a influência de Poliziano até 1560 baseou-se, sobretudo, na edição de textos justinianos e, secundariamente, na lexicologia e na historiografia de Roma. Como a crítica textual já havia sido tão aperfeiçoada (a edição *Corpus Iuris*, de Denis Godefroy de 1583 já era considerada um texto canônico), o interesse diminuiu nas décadas de 1560 e 1570. E só foi ressuscitado por meio de léxicos e alguns comentários isolados.

Em suma, os editores dos textos de Justiniano, durante grande parte do século XVI, comprometidos com a edição crítica, censuraram o humanista de Montepulciano por vários erros e discutiram as suas ideias. Todos sublinharam que foi ele o primeiro a realizar a importantíssima tarefa de comentar os textos legais, motivo de alguns atos de ciúmes, sobretudo depois de Alciato. Poliziano foi valorizado sobretudo como editor, mas também pela sua contribuição à lexicografia e à reconstrução da história do Direito Romano.

Quando diminuiu a febre da edição crítica dos textos de Justiniano, o interesse por Poliziano também caiu. Foi recuperado nas duas últimas décadas do século, graças aos léxicos e às críticas contundentes de Gentili, que o colocou nas mesmas coordenadas de Valla, e reduziu sua influência apenas a aspectos

histórico-filológicos. Só depois de passadas muitas décadas, já no prelúdio do Iluminismo, é que se voltou a lembrar quão importante foram aqueles comentários elaborados por Poliziano. E até que ponto a sua obra – em toda a sua amplitude – foi decisiva para o amadurecimento do humanismo jurídico.

REFERÊNCIAS

- ACCADEMIA TOSCANA DI SCIENZA E LETTERE “LA COLOMBARIA” (Org.). **Le pandette di Giustiniano**: storia e fortuna di un codice illustre: due giornate di studio (Firenze, 23-24 giugno 1983). Florença: Olschki, 1986.
- ADDUENSIS, Ferandus. **Explicationum libri duo, quorum primus est in pandectas**: secundus in alias iuris ciuilibus partes. Lugduni: Seb. Gryphii, 1561.
- ALCIATUS, Andreas. **De verborum significatione**: libri quatuor. Lugduni: [S. n.], 1530.
- ALCIATUS, Andreas. **Paradoxorum ad Pratum**: libri VI. Mediolani: Minutianus, 1518.
- ALCIATUS, Andreas. **Parergon iuris**: libri três. Lugduni: Simonis Vincentij, 1538.
- ANGLEBERMEI, [Iohannes] Pyrrhi. **Commentarius in Aurelianas consuetudines non inelegans**. Aureliae: Iacobi Hoys, 1517.
- ASCHERI, Mario. Poliziano filologo del diritto tra rinnovamento della giurisprudenza e della politica. In: FERA, Vincenzo; MARTELLI, Mario (a cura di). **Agnolo Poliziano poeta scrittore filólogo**: atti del convegno internazionale di studi, Montepulciano, 3-6 novembre 1994. Florença: Le Lettere, 1998. p. 323-331.
- AUGUSTINUS, Antonius. **Emendationum et opinionum**: libri quattuor. Venetiis: Iuntas, 1543.
- BALDI, Davide. Il “Codex Florentinus” del Digesto e il “Fondo Pandette” della Biblioteca Laurenziana: con un’appendice di documenti inediti. In: **Segno e Texto: International Journal of Manuscripts and Text Transmission**, Folclara, Cassino, Ed. Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, v. 8, p. 99-186, 2010.
- BIGI, Emilio. La cultura del Poliziano. In: **Belfagor**, Florença, Ed. Olschki, v. 9, 1954.
- BONACOSSA, Hipolitus. **Quaestiones criminales**. Venetiis: Damianum Zenarum, 1582.

- BRANCA, Vittore. I nuovi studi del Poliziano sulle Pandette della “Centuria secunda” dei “Miscellanea”. In: La critica del testo. CONGRESSO INTERNAZIONALE DELLA SOCIETÀ ITALIANA DI STORIA DEL DIRITTO, II. **Atti...** v. 1 (cf. nota 4). Florença, Olschki, 1971, p. 89-101
- BUDAEUS, Guglielmus. **Annotationes ad quatuor et viginti pandectarum libros**. Parisius: Iodocus Badius Ascensius, 1508.
- BUDAEUS, Guglielmus. **De asse et partibus eius**: libri quinque. [Parisiis]: Ascensianis, 1514.
- BUONAMICI, Francesco. **Il Poliziano giureconsulto o della letteratura nel diritto**. Pisa: Nistri, 1863.
- BRENCMANNUS, Henricus. **Historia pandectarum**: trajecti ad Rhenum. [S. l.]: Guilielmum Van de Water, 1722.
- BRENKMAN, Henrik. **Historia de las pandectas**: estudio preliminar. Traducción y notas de Juan Lorenzo. Madrid: Dykinson, 2016.
- CAGNOLUS, Girolamus. **Septem perutiles atque elegantissime repetitiones**. Taurini: Ant. Ranotus, 1528.
- CAGNOLUS, Girolamus. **In constitutiones et leges primi, secundi, quinti et duodecimi pandectarum...** Tomus I. Venetiis: Hieronymum Scotum, 1554.
- CALVINUS, Johannes. **Lexicon iuridicum iuris romani simul, et canonici, feudalis item, civilis, criminalis, theoretici, ac practici, et in schola, et in foro usitatarum**. Francofurti: Andreae Wecheli, 1600.
- CANTIUNCULA, Claudius. De ratione studii legalis paraenesis ad amicum quendam. In: **Oratio apologetica in patrocinium iuris ciuilis**. Basileae: And. Cratandrum, 1522.
- CANTIUNCULA, Claudius. **Topica legalia**. Ex Inclyta Basilea, 1520.
- CASTELLINI, Alfredo. Il Poliziano giureconsulto. In: **Rivista letteraria**, v. VII, p. 13-17, 1935.
- CHOPPINUS, Renuus. **De privilegiis rusticorum**: libri III. Parisiis: Nicolaum Chesnau, 1575.
- COLLI, Gaetano. **Per una bibliografia dei trattati giuridici pubblicati nel XVI secolo**: indici del Tractatus Universi Iuris. Milano: Giuffrè, 1994.
- COMA FORT, José M. **Índice comentado de las colecciones de fuentes del corpus iuris civilis**. Cizur Menor: Aranzadi, 2008.
- CONTIUS, Antonius (Ed.). **Codicis Dn. Justiniani, sacratissimi principis PP. Augusti, repetitae praelectionis**: libri XII. Parisiis: Gulielmum Merlin, 1562.

- CORASIUS, Johannes. **Miscellaneorum iuris civilis**: libri sex. Lugduni: Gulilmum Rovillium, 1549.
- CORASIUS, Johannes. **Variae in varias iuris partes interpretationes**. Lugduni: Vincentium de Portonariis, de Tridino, 1546.
- COTTA, Catellianus. **Legum scholastici memoralia, ex jure divino et humano excerpta per ordinem litterarum**. Jacob de Burgo Franco: Ticini, 1511.
- COUARRUVVIAS A LEYUA, Didacus. **Variarum resolutionum**. T. II. Lugduni: Iacobi Iunctae, 1568.
- CUIACIUS, Iacobus. **Praeclarissimi commentarii ad varios Digestorum iuris civilis titulos**. Coloniae Agrippinae: Ioannem Gymnicum, sub Monocerote, 1575.
- CURTIUS, Iacobus. **Ἐικδστων (id est coniecturalium) iuris ciuilis, ad Curtium Fratrem**. Antuerpiae: Ioan. Strelsii, 1550.
- DIGESTORUM seu pandectarum: libri quinquaginta. Norembergae: Gregorium Haloandrum, 1529.
- DIGESTORUM sive pandectarum iuris caesarei. v. II. Parisiis: Claudii Chevallonii, 1527.
- DIGESTUM vetus seu pandectarum iuris ciuilis. Tomus primus. Parisiis: Gulielmum Merlin, 1559.
- DIONISOTTI, Carlo. Filologia umanistica e testi giuridici fra Quattro e Cinquecento. In: La critica del testo. CONGRESSO INTERNAZIONALE DELLA SOCIETÀ ITALIANA DI STORIA DEL DIRITTO, II. **Atti...** v. 1. Florença: Olschki, 1971. p. 189-204.
- DROSSAEUS, Iohannes. **Iuris universi iustiniana methodus**. Parisiis: Maturinum Dupuys, 1545.
- FORCATULUS, Stephanus. **Necyomantia jurisperiti**: sive de occulta jurisprudentia dialogi. Lugduni: Ioan. Tornaesium, 1549.
- FORCATULUS, Stephanus. **Penus iuris civilis**: sive de alimentis tractatus. Lugduni: Ioan. Tornaesium, 1550.
- FORSTERUS, Valentinus. **De historia juris civilis romani**: libri três. Basileae: Ioannem Oporinum, 1565.
- GENTILIUS, Albericus. **De juris interpretibus dialogi VI**. Londini: Johannem Wolfium, 1582.

GOTHOFREDUS, Dionysius (Ed.). **Corpus juris civilis**. v. I. Lugduni: Barthol Vicentii, 1583.

GREGORIUS, Petrus. **Syntagma iuris vniversi**: tertia ac postrema. Lugduni: Antonium Gryphium, 1582.

GUIBERTUS COSTANUS, Antonius. **Quaestionum iuris memorabilium**: liber primus. Lugduni: Ioan. Tornaesium et Gul. Gazeium, 1558.

HALOANDRUS, Georgius (Ed.). **Codicis Dn. Iustiniani Sacratiss**: principis ex repetita praelectione: libri XII. Norembergae: Io. Petreium, 1530.

HEGENDORPHINUS, Christophorus. **Dialecticae legalis libri quinque, ad summos iuris apices consultissimi**. Lugduni: Melchioris et Gasparis Trechsel Fratrum, 1534.

HOTOMANUS, Franciscus. Vacantiae vindemiales ioh: Basii Frisii, sive de Fatuitate Basiana. In: **Observationum in ius civile**: libri IX. [Geneva]: Eustathii Vignon, 1589.

IGNEUS, Iohannes. **Prima pars commentariorum** [...]. Lugduni: Vincentium de Portonariis, 1539.

ΙΝΣΤΙΤΟΥΤΑ Θεοφιλου αντικήνσορος. **Institutiones juris civilis in græcam linguam per Theophilum antecessorem olim traductae**. Basileae: Frobeniana, 1534.

KISCH, Guido. **Gestalten und probleme aus humanismus und jurisprudentz**: neue studien und texte. Berlin: De Gruyter, 1969.

LANDIUS, Constantius. **Ad titulum pandectarum, de justitia, et jure**: enarrationum liber. Placentiae: Joannem Mutium Cremon, et Bernardum Lochetam Papiensem, 1549.

MAFFEI, Domenico. **Gli inizi dell'umanesimo giuridico**. Milano: Giuffrè, 1956.

MARCHETTO, Giuliano. Il matrimonio tra politica e diritto: la 'Sylva nuptialis' di Giovanni Nevizzano d'Asti (1518). In: **Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento**, Trento, Ed. Fondazione Bruno Kessler, v. XXIX, p. 33-70, 2003.

MATTHEACIUS, Angelus. **De via, et ratione artificiosa iuris uniuersi**: libri duo. [S. n.]: Paulum Meletum, 1591.

MAYNUS, Iasonus. **Lectura insignis super**: secunda parte: ff. Noui. Venetiis per Philippum Pincium Mantuanum, 1514.

McNEIL, David O. **Guillaume Budé and humanism in the Reign of Francis I**. Genève: Droz, 1975.

MORLÀ, Petrus Augustinus. **Emporium utriusque iuris quaestionum in usu forensi admodum frequentium**. Valentiae: Alvarum Franco et Didacum de la Torre, 1599.

MYNSINGERUS À FRUNDECK, Ioachimus. **Apotelesma, sive corpus perfectum scholiorum ad quatuor libros institutionum juris civilis**. Basileae: Nicolaum Episcopus Juniorem, 1555.

NAUSEA, Foedericus. **In Iustiniani imperato**: institutiones paratitla. Venetiis: Gregorii de Gregoriis, 1523.

NEBRISSENSIS, Antonius. **Iuris ciuilis lexicón**. [S. l.: S. n.], 1506.

NEVIZZANIS, Iohannes de. **Sylvae nuptialis**: libri sex. Lugduni: Ant. Vincentium, 1545.

NEVIZZANIS, Iohannes de. **Sylvae nuptialis**: libri sex. Lugduni: Joannem Moulin, 1526.

OLDENDORPIUS, Iohannes. **Lexicon iuris**. Francoforti: Chr. Egenolphum, 1553.

OROSCIUS, Johannes. **Ad responsa prudentum comentarii**. Salmanticae: Andreae a Portonariis, 1558.

PITHOEUS, Petrus (Ed.). **Fragmenta quaedam Papiniani, Pauli, Ulpiani, Gaii, Modestini, aliorumque veterum iuris auctorum**. Lutetiae: Roberti Stephani, 1573.

POLITIANUS, Angelus. Iacobo Modesto Pratensi suo. In: POLITIANUS, Angelus. **Opera**: basileae. [S. l.]: Nicolaum Episcopium Juniorem, 1553b, p. 69-72.

POLITIANUS, Angelus. **Opera**: basileae. [S. l.]: Nicolaum Episcopium Juniorem, 1553a.

POLITIANUS, Angelus. **Operum**: alter tomus: Lugduni: Seb. Gryphium, 1550.

POLIZIANO, Ângelo. **Miscellaneorum centuria secunda**. BRANCA, Vittore; STOCCHI, Manlio Pastore (Ed.). Florença: Alinari, 1972.

PRATEUS, Pardulphus. **Lexicon iuris civilis et canonici**. Lugduni: Gulielmum Rouillium, 1574.

RAMIS BARCELÓ, Rafael. Las elegantiae de Lorenzo Valla y los juristas del siglo XVI. In: **Glossae: European Journal of Legal History**, Valência, Ed. Instituto de Estudios Sociales, Políticos y Jurídicos, Fundación Universitasv, v. 20, p. 518-546, 2023.

REBUFFUS, Petrus. **In tit. Dig. de verborum et rerum significatione commentaria amplissima**. Lugduni: Gulielmum Rivillium, 1576.

RICO, Francisco. **El sueño del humanismo**: de Petrarca a Erasmo. Madrid: Alianza, 1993.

RIVALLUS, Aymarus. **Libri de historia juris civilis et pontificii**. Valentiae: Bibliotheca Ludouici Oliuelli Bibliopoli, 1515.

ROSSI, Giovanni. Letture umanistiche del Digesto lungo il XV secolo: da Valla a Poliziano. In: MANTOVANI, Dario; PADOA SCHIOPPA, Antonio (a cura di). **Interpretare il Digesto**: storia e metodi. Pavia: IUSS, 2014. p. 311-369.

RUTILIUS, Bernardinus. **Juris consultorum vitae**. Lugduni: Germanum Rose, 1538.

SALOMONIUS, Marius. **Commentarioli in librum primum pandectarum**. Romae: Minitii Calvi, 1525.

SANCHI, Luigi Alberto. Per la ricezione di Poliziano in Francia: spunti dall'opera erudita di Guillaume Budé. In: **Archivum Mentis**, Florença, Ed. Olschki, v. 3, p. 233-246, 2014.

SCHARDUS, Simon. **Lexicon iuridicum iuris romani et pontificii**. Basileae: Eusebium Episcopium, 1582.

SCOTUS, Alexander. **Vocabularium utriusque juris**. Lugduni: Iuntarum, 1591.

SCOTUS, Federicus. **Responsorum ad elegantiam sermonis**: encyclopaediamque tralatorum libri sex. Venetiis: Vincentium Valgrisium, 1572.

SPAGNESI, Enrico (Ed.). **Le pandette di Giustiniano**: storia e fortuna della "Littera Florentina": mostra di codici e Documenti. 24 giugno - 31 agosto 1983. Florença: Olschki, 1983.

SPIEGEL, Iacobus. **Iuris civilis lexicon**. Argentorati: Schottus, 1538.

TIRAQUELLUS, Andreas. **De legibus connubialibus et jure marital**. Parissii: Iacobum Kerver, 1549.

TIRAQUELLUS, Andreas. **De legibus connubialibus et jure marital**. Lugduni: Gugliel. Rovillium, 1554.

TROJE, Hans E. Die literatur des gemeinen rechts unter dem einfluss des humanismus. In: COING, Helmut (Ed.). **Handbuch der quellen und literatur der neueren europaischen rechtsgeschichte**. II. 1. München: Beck, 1977.

UNIVERSI IURIS CIVILIS. v. 1. Lugduni: Gabriel Carterius⁴⁰, 1593.

⁴⁰ Nota do Tradutor: além do nome da Editora – normalmente, para a época, uma gráfica capaz de imprimir e encadernar um trabalho literário ou jurídico – consta que “sumptibus Ioannae Furnerianae viduae Gabrielis Balaxerdi”, referindo que a obra foi publicada “às custas de Joana Funeriana, viúva de Gabriel Balaxerdi”. A publicação se deu “in quatuor tomos distributi Corpus”, fazendo constar, do próprio título, que se tratava da edição composta de quatro volumes.

VASCONCELOS, Petrus Alfonsus de. **De harmonia rubricarum iuris canonici**. Madriti: Petrum Madrigal, 1590.

VASOLI, Cesare. **La dialettica e la retorica dell'Umanesimo**: invenzione e metodo nella cultura del XV e del XVI secolo. Milano: Feltrinelli, 1968.

VERRUTIUS, Heronymus. **Novum lexicon utriusque juris**: supra omnes omnium editiones ex authoribus: tum graecis tum latinis: innumeris fere dictionibus locupletatum. Lutetiae Parisiorum: Michaelem Sonnum, 1574.

VVULTEIUS, Hermannus. **Discepcionum iuris scholasticarum**: liber unus. Marpurgi: Paulum Egenolphum, 1589.

ZASIUS, Uldaricus. In iuris civilis originem scholia, quibus lex secunda ff. de ori: iur elucidator. In: **Lucubrationes aliquot sane quam elegantes nec minus eruditae**. Basileam: Frobenius, 1518a.

ZASIUS, Uldaricus. In laudem legum oratio. In: **Lucubrationes aliquot sane quam elegantes nec minus eruditae**. Basileam: Frobenius, 1518b.

Submissão em: 3 de fevereiro de 2025.

Último Parecer favorável em: 4 de abril de 2025

Como citar este artigo científico

RAMIS BARCELÓ, Rafael. Ângelo Poliziano e os juristas do século XVI. Tradução de Waldir de Pinho Veloso. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 1, p. 161-191, jan.-abr. 2025.

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

PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DOS TRABALHADORES A TEMPO PARCIAL: A PROPÓSITO DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO PROCESSO C-660/20: LUFTHANSA CITYLINE

ANDRÉ ALFAR RODRIGUES¹

O presente texto tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), pelo Bundesarbeitsgericht (Supremo Tribunal Federal do Trabalho, Alemanha), por Decisão de 11 de novembro de 2020, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 4 de dezembro de 2020.

1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO

1.1 Direito da União

Nos termos do Direito da União, estipula a cláusula 2, n.º 1, do acordo-quadro, sob a epígrafe “âmbito de aplicação”, que: “o presente acordo aplica-se aos trabalhadores a tempo parcial, com contrato ou relação de trabalho definidos pela legislação, pelas convenções coletivas ou pelas práticas vigentes em cada Estado-Membro”.

A cláusula 3 define que, por “trabalhador a tempo parcial” entende-se o assalariado cujo tempo normal de trabalho, calculado numa base semanal ou como média ao longo de um período de emprego até um ano, é inferior ao tempo normal de trabalho de um trabalhador comparável a tempo inteiro. Importa ainda salientar que para efeitos do presente Acordo em comentário, “trabalhador comparável a tempo inteiro” significa um trabalhador a tempo inteiro do mesmo

¹ Doutorando em Direito Privado pela Nova School of Law. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa. E-discovery Specialist in Airbus. Of Counsel in Dower Law Firm. Presidente da Comissão Executiva e Membro do Conselho Científico da revista jurídica *Ex Libris*. Autor de livros jurídicos. *E-mail*: andrealfar@gmail.com

estabelecimento, com o mesmo contrato ou relação de emprego e que exerça funções iguais ou semelhantes, tendo em devida conta outros fatores, como antiguidade, qualificações, conhecimentos, etc. Se no estabelecimento não houver qualquer trabalhador comparável a tempo inteiro, a comparação será efetuada em referência à convenção coletiva aplicável ou, na ausência desta, em conformidade com a legislação, as convenções coletivas ou as práticas vigentes a nível nacional.

A cláusula 4, que estipula o princípio da não discriminação, prevê expressamente que

no que respeita às condições de emprego, os trabalhadores a tempo parcial não devem ser tratados em condições menos favoráveis do que os trabalhadores comparáveis a tempo inteiro unicamente pelo facto de trabalharem a tempo parcial, a menos que, por razões objetivas, a diferença de tratamento se justifique.

Para tal, é aplicável o princípio *pro rata temporis*, sempre que se demonstre possível a sua aplicação.

1.2 Direito Alemão

A Diretiva 97/81 foi transposta para o Direito alemão pela Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz) (Lei relativa ao Trabalho a Tempo Parcial e aos Contratos de Trabalho a Termo), de 21 de dezembro de 2000. Em conformidade com o § 2, n.º 1, terceiro período, da Lei relativa ao Trabalho a Tempo Parcial e aos Contratos de Trabalho a Termo, na sua versão aplicável ao litígio no processo principal (a seguir “TzBfG”), constitui um “trabalhador comparável a tempo inteiro”, na aceção desta disposição, “um trabalhador a tempo inteiro do estabelecimento em causa com o mesmo tipo de relação de emprego e que exerça uma atividade igual ou semelhante” ao trabalhador a tempo parcial desse estabelecimento.

Nos termos do § 4, n.º 1, da TzBfG:

Um trabalhador a tempo parcial, pelo facto de trabalhar a tempo parcial, não deve ser tratado menos favoravelmente do que um trabalhador comparável a tempo inteiro, salvo se existirem razões objetivas que justifiquem um tratamento diferente. Um trabalhador a tempo parcial deve receber uma remuneração ou outra prestação em dinheiro divisível que corresponda, pelo menos, à proporção da duração do seu trabalho relativamente à duração do trabalho dos trabalhadores comparáveis a tempo inteiro.

O § 22, n.º 1, da TzBfG dispõe que não se podem derrogar, em detrimento do trabalhador em causa, nomeadamente as disposições suprarreferidas desta lei.

Para além do TzBfG, existem diversas convenções coletivas aplicáveis.

O Acordo Coletivo Geral n.º 4, relativo aos colaboradores que fazem parte do pessoal de *cockpit* da CLH², prevê, nos seus §§ 6 a 8:

§ 6 Tempo de trabalho:

(1) Entende-se por “tempo de trabalho” o tempo durante o qual os colaboradores prestam um serviço sob as instruções da CLH. O tempo de trabalho inclui:

- a) o tempo de serviço de voo (§ 8);
- b) as tarefas administrativas;
- c) o tempo consagrado à integração de novos colegas, as formações e as reciclagens;
- d) a faturação das vendas a bordo;
- e) os exames médicos e vacinações relacionados com a medicina aeronáutica;
- f) as permanências (= standby), desde que não façam parte do tempo de serviço de voo,
- g) o acompanhamento de passageiros (nomeadamente crianças ou pessoas doentes);
- h) as missões e deslocações profissionais, desde que não façam parte do tempo de serviço de voo;
- i) as operações efetuadas a partir do fim do embarque e os períodos no solo durante as escalas;
- j) as atividades necessárias, na aceção do § 37 da Betriebsverfassungsgesetz (Lei da Organização das Empresas), de 15 de janeiro de 1972 (BGBl. 1972 I, p. 13) (desde que este § se aplique ao pessoal de cockpit da CLH) na medida exigida;

(2) a) o tempo de trabalho diário (pausas não incluídas) que pode ser exigido a um colaborador não pode ultrapassar 14 horas nos voos de curta duração, salvo em caso de acordo do colaborador em causa. Os serviços de permanência são computados a este respeito pela metade, desde que não devam ser cumpridos num aeroporto; os tempos de transporte efetuados após o fim do serviço de voo para chegar ao domicílio oficial não devem ser tidos em conta;

b) quando um colaborador estiver afetado durante mais de dois dias consecutivos ao serviço em terra, o tempo de trabalho de base é fixado nas 38,5 horas de trabalho semanal. O eventual trabalho suplementar é compensado com tempo livre suplementar até ao fim do mês seguinte;

(3) os colaboradores são afetados com base em quadros de serviço. Regra geral, referem-se a períodos de quatro semanas e devem ser publicados com antecedência suficiente;

(4) quando da elaboração do planeamento e da afetação dos colaboradores, há que respeitar as disposições das convenções coletivas aplicáveis e assegurar, no limite das possibilidades razoáveis ao nível da empresa, um volume de trabalho uniforme para todos os colaboradores no lugar de afetação respetivo, tanto entre os colaboradores em relação à sua categoria de emprego respetiva (pessoal de voo e pessoal de terra) como atendendo ao programa da CLH e às circunstâncias próprias de cada caso particular, durante um período de doze meses.

§ 7 Tempo de voo:

² Nota do Editor. As iniciais “CLH” representam o “código IATA” da Companhia de Aviação alemã “Lufthansa CityLine GmbH”, que é uma subsidiária da “Deutsche Lufthansa AG”. Por seu lado “código IATA” é uma identificação alfanumérica para aeroportos, companhias aéreas e agências de viagens. IATA é sigla para “International Air Transport Association”, algo como uma “Associação Internacional de Transportes Aéreos”, que controla o segmento da aviação.

(1) o tempo de voo, na aceção do presente acordo coletivo geral, visa todo o período decorrido entre o momento em que o avião começa a deslocar-se pelos seus próprios meios ou por meios externos com vista a descolar e o momento em que se imobiliza no fim do voo (tempo de voo total);

(2) a soma dos tempos de voo (= tempo de voo total) de cada colaborador não deve ultrapassar as 1.000 horas por ano civil.

§ 8 Tempo de serviço de voo:

(1) o tempo de serviço de voo que dá lugar a remuneração inclui:

a) os períodos de tarefas preparatórias a partir da entrada exigida em serviço de voo até ao início do tempo de voo total, como definido no manual operacional (MO) ou, a título provisório, sob instrução individual;

b) o tempo de voo total;

c) os períodos de tarefas de fecho após o termo do tempo de voo total, como definido no MO ou, a título provisório, sob instrução individual, com uma duração, todavia, de pelo menos 15 minutos, nos voos de longo curso de pelo menos 30 minutos;

d) o tempo passado em instrução no simulador de voo, incluindo os períodos visados nos pontos a) e c), e;

e) todos os outros períodos entre as tarefas preparatórias referidas no ponto a) e as tarefas de fecho visadas no ponto c);

f) os períodos de operações numa cadeia de intervenção são tidos em conta a 50 %. São excluídos os períodos compreendidos entre o fim da operação em causa e o início do serviço ou entre o fim do serviço e o início dessa operação. A este respeito, um único dia de folga não constitui uma interrupção da cadeia de intervenção;

(3) a) o tempo ininterrupto de serviço de voo cumprido pelos colaboradores entre dois períodos de repouso é de dez horas. Num período de sete dias consecutivos, pode proceder-se a quatro prolongamentos sucessivos do tempo de serviço de voo referido no primeiro período de uma duração respetiva de duas horas no máximo ou a dois prolongamentos sucessivos de uma duração respetiva de quatro horas no máximo. Em caso algum a soma dos prolongamentos durante um período de sete dias consecutivos deve ultrapassar oito horas.

b) os períodos de sete dias começam respetivamente às 00 h 00 UTC no primeiro dia e terminam às 24 h 00 UTC no último dia.

[...];

(5) os tempos de serviço de voo não devem ultrapassar 210 horas, durante um período de 30 dias consecutivos, e 1.800 horas, durante um ano civil.

Por sua vez, é também aplicável o Acordo Coletivo n.º 6, em matéria de remunerações relativas aos colaboradores que fazem parte do pessoal de *cockpit* da CLH. Prevê-se, no seu § 4: “Remuneração por horas extraordinárias de serviço de voo”:

(1) A partir da 106.^a hora mensal de serviço de voo [em conformidade com o § 8, n.º 1, do Acordo Coletivo Geral relativo ao pessoal de cockpit n.º 1 (a seguir “MTV cockpit n.º 1”)], é paga uma remuneração por horas extraordinárias de serviço de voo no valor de 1/100 do salário mensal total individual (em conformidade com o § 3) por hora de serviço de voo;

(2) a partir da 121.^a hora mensal de serviço em voo (em conformidade com o § 8, n.º 1, do MTV cockpit n.º 1), é paga uma remuneração por horas

extraordinárias de serviço de voo no valor de 1/85 do salário mensal total individual (em conformidade com o § 3) por hora de serviço de voo;

(3) a partir da 136.a hora mensal de serviço em voo (em conformidade com o § 8, n.º 1, do MTV cockpit n.º 1), é paga uma remuneração por horas extraordinárias de serviço de voo no valor de 1/73 do salário mensal total individual (em conformidade com o § 3) por hora de serviço de voo;

[...];

(5) o cálculo do direito à remuneração das horas extraordinárias de serviço de voo, referido nos n.ºs 1 a 3, tem em conta, em benefício do colaborador, por cada mês, a título de cada dia de calendário completo em que não se trabalha devido a férias ou à formação exigida pela CLH, 3,5 horas extraordinárias de serviço de voo, sem ultrapassar, todavia, 98 horas de serviço de voo por mês.

Importa referir ainda que existe um documento de orientação a ter em conta. Um outro acordo coletivo, celebrado entre os parceiros sociais em 29 de novembro de 2014 e intitulado “Documento de orientação ‘Jump’.” (“Eckpunkt Papier ‘Jump’”), dispõe, no seu parágrafo III, ponto 6: “Remuneração por horas extraordinárias de serviço de voo”:

Para a remuneração das horas extraordinárias de serviço de voo no domínio dos voos intercontinentais em aparelhos de tipo Airbus A 340 no âmbito do projeto “Jump”, os limiares de ativação são fixados da seguinte forma:

- primeiro nível: 93 horas;
- segundo nível: 106 horas;
- terceiro nível: 120 horas.

O subsídio referido no § 4, n.º 5, do Acordo Coletivo n.º 6 ascende, para cada dia de calendário completo, a 3,1 horas de serviço de voo, sem ultrapassar, todavia, 87 horas de serviço em voo por mês.

2 LITÍGIO NO PROCESSO PRINCIPAL E QUESTÕES PREJUDICIAIS

O recorrente no processo principal é, desde 2001, trabalhador da CLH na qualidade de piloto e de primeiro-oficial. Trabalha desde 2010 a tempo parcial, com horário de trabalho reduzido para 90% do horário de trabalho de um piloto a tempo inteiro com base num acordo de empresa celebrado entre a CLH e o comité de empresa desta. O seu vencimento de base, incluindo os subsídios relativos ao posto de trabalho, é reduzido em 10% e são-lhe concedidos 37 dias de férias suplementares por ano. Contudo, não há redução das suas horas de serviço de voo durante os dias de trabalho.

Em conformidade com as Convenções Coletivas aplicáveis, o tempo de serviço de voo é uma componente do tempo de trabalho que é remunerado pelo vencimento de base. Um trabalhador beneficia de uma remuneração por horas extraordinárias de serviço de voo, complementar ao vencimento de base (a seguir “remuneração complementar”) quando tiver cumprido um determinado número de horas de serviço de voo em um mês e tiver ultrapassado os limiares

previstos para a “ativação” da remuneração complementar. Para este efeito, as convenções coletivas preveem “três taxas horárias acrescidas sucessivas”, que são superiores à taxa horária calculada a partir do vencimento de base.

Mais especificamente, estas três taxas horárias são aplicáveis para o cálculo da remuneração quando o trabalhador tiver cumprido, em voos de curta duração, respetivamente, 106, 121 e 136 horas de serviço de voo mensais (a seguir “limiões de ativação”). Quanto aos voos de longa duração, são aplicáveis limiões de ativação reduzidos de, respetivamente, 93, 106 e 120 horas de serviço de voo por mês.

As Convenções Coletivas aplicáveis não preveem, todavia, em relação aos trabalhadores a tempo parcial, uma redução desses limiões de ativação em proporção do seu fator de redução do período de trabalho a tempo parcial, sendo, portanto, os referidos limiões idênticos para os pilotos que trabalham a tempo inteiro e para os que trabalham a tempo parcial.

Quanto ao recorrente no processo principal, para poder determinar a remuneração complementar, a CLH calcula um limiar de ativação individual que tem em conta o trabalho a tempo parcial do interessado. Pelas horas de serviço de voo que presta além desse limiar individual de ativação, o recorrente no processo principal auferirá uma remuneração horária calculada a partir do vencimento de base. Só quando o tempo de serviço em voo cumprido pelo recorrente no processo principal ultrapassa os limiões de ativação aplicáveis aos trabalhadores a tempo inteiro é que este recebe a remuneração complementar.

O recorrente no processo principal considera que tem direito à remuneração complementar uma vez que ultrapassaria os limiões de ativação se estes fossem reduzidos em proporção do seu fator de redução do período de trabalho a tempo parcial e exige à CLH a diferença entre a remuneração já paga e a remuneração acrescida com base nos limiões reduzidos de ativação, pelo tempo de serviço de voo suplementar que cumpriu. Mais especificamente, pede o pagamento dessa diferença de remuneração em relação aos meses de dezembro de 2014 a novembro de 2018. A este propósito, afirma que é tratado de modo menos favorável do que um trabalhador a tempo inteiro, que não é tido em conta o princípio *pro rata temporis* e que nenhuma razão objetiva justifica essa diferença de tratamento. Além disso, ao prever a remuneração complementar, os parceiros sociais não tiveram, em sua opinião, como objetivo compensar um volume de trabalho específico mas apenas proteger o tempo livre dos trabalhadores.

A CLH contesta que deva efetuar o pagamento pedido pelo recorrente no processo principal, considerando que existe uma razão objetiva que justifica a diferença de tratamento entre os trabalhadores a tempo parcial e os trabalhadores a tempo inteiro. Uma vez que a remuneração complementar visa compensar um volume de trabalho específico, só é devida quando os limiões de ativação são ultrapassados.

Em primeira instância, o Arbeitsgericht München (Tribunal do Trabalho de Munique, Alemanha) julgou procedente a ação do recorrente no processo

principal. O Landesarbeitsgericht München (Tribunal Superior do Trabalho de Munique, Alemanha), em sede de recurso, negou-lhe, no entanto, provimento. No seu recurso de “Revision”, autorizado por este último órgão jurisdicional, o recorrente no processo principal manteve o referido pedido.

O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas sobre a questão de saber se a recusa de redução dos limiares de ativação proporcionalmente à duração do tempo de trabalho do recorrente no processo principal é conforme às disposições do acordo-quadro.

Este órgão jurisdicional precisa, a este respeito, que, em princípio, se podem distinguir duas abordagens diferentes na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Por um lado, de acordo com uma primeira abordagem, o Tribunal declarou, no Acórdão de 15 de dezembro de 1994, Helmig e o. (C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 e C-78/93, EU:C:1994:415, n.ºs 26 e seguintes), que existe desigualdade de tratamento sempre que a remuneração global paga aos trabalhadores a tempo inteiro for mais elevada, havendo paridade de horas prestadas devido à existência de uma relação de trabalho assalariado, do que a paga aos trabalhadores a tempo parcial. Segundo o referido órgão jurisdicional, aplicada à situação no processo principal, esta comparação das remunerações globais conduziria à constatação de que não há tratamento “menos favorável” dos trabalhadores a tempo parcial, isto é, os pilotos a tempo parcial e os pilotos a tempo inteiro recebem a mesma remuneração pelo tempo de serviço de voo que ultrapassa os limiares de ativação individuais do trabalhador a tempo parcial.

Por outro lado, de acordo com uma segunda abordagem, no Acórdão de 27 de maio de 2004, Elsner-Lakeberg (C-285/02, EU:C:2004:320), o Tribunal de Justiça exigiu, enquanto método de verificação do respeito pelo princípio da igualdade das remunerações entre trabalhadores do sexo masculino e trabalhadores do sexo feminino, que cada elemento da remuneração seja examinado separadamente à luz desse princípio e que não se proceda unicamente a uma apreciação global. O Tribunal constatou, nesse Acórdão, um tratamento “menos favorável” dos trabalhadores a tempo parcial, porque, para estes últimos, o número de horas suplementares que dava direito a uma remuneração complementar não era reduzido proporcionalmente à duração do seu tempo de trabalho.

O órgão jurisdicional de reenvio precisa que, se a segunda abordagem fosse adotada no processo principal, tal conduziria à constatação de uma diferença de tratamento que resultaria do facto de os pilotos que trabalham a tempo parcial só receberem a remuneração complementar quando cumpriram, sem acréscimo de remuneração, as horas de serviço de voo compreendidas entre o primeiro nível do seu limiar de ativação individual, que é reduzido em proporção do seu fator de redução do período de trabalho a tempo parcial, e os limiares de ativação fixos.

Um trabalhador a tempo parcial receberia, portanto, a remuneração complementar não a partir da primeira hora em que é ultrapassado o primeiro nível do limiar de ativação individual, mas só quando o limiar aplicável aos

trabalhadores a tempo inteiro fosse ultrapassado. O mesmo vale, por analogia, para o segundo e terceiro níveis dos limiares de ativação. Uma vez que, para os trabalhadores a tempo parcial, o limiar a partir do qual se gera um direito não é reduzido em função do seu tempo de trabalho individual, verificam-se consequências desfavoráveis para estes trabalhadores no que respeita à relação entre a prestação fornecida e a contrapartida desta última, acarretando assim uma diferença de tratamento entre os referidos trabalhadores e os trabalhadores a tempo inteiro.

O órgão jurisdicional de reenvio precisa que, desde a prolação do Acórdão de 19 de dezembro de 2018, 10 AZR 231/18, adotou esta segunda abordagem.

Todavia, outros Tribunais e uma parte da doutrina nacional expressaram reservas quanto à referida segunda abordagem. Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio entende que já não se pode considerar que não existe nenhuma dúvida razoável sobre esta questão.

Foi nestas circunstâncias que o Bundesarbeitsgericht (Supremo Tribunal do Trabalho Federal, Alemanha) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

1. Uma disposição legal nacional que permite que uma remuneração complementar esteja vinculada, de forma uniforme para os trabalhadores a tempo parcial e para os trabalhadores a tempo inteiro, ao facto de o mesmo número de horas de trabalho prestadas ser ultrapassado, permitindo assim atender à remuneração global e não à componente salarial que consiste nessa remuneração complementar, trata os trabalhadores a tempo parcial menos favoravelmente do que os trabalhadores comparáveis a tempo inteiro na aceção da cláusula 4, n.º 1, do [acordo-quadro]?
2. Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: uma disposição legal nacional que permite que o direito a uma remuneração complementar dependa, de forma uniforme para os trabalhadores a tempo parcial e para os trabalhadores a tempo inteiro, do facto de o mesmo número de horas de trabalho prestadas ser ultrapassado, se o objetivo prosseguido pela remuneração complementar for compensar um volume de trabalho particular, é compatível com a cláusula 4, n.º 1, e com o princípio *pro rata temporis* previsto na cláusula 4, n.º 2, do [acordo-quadro]?

2.1 Questões Prejudiciais

2.1.1 Primeira questão prejudicial

Em face da primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a cláusula 4, n.º 1, do acordo-quadro deve ser interpretada no sentido de que uma regulamentação nacional que sujeita o pagamento de uma remuneração complementar, de modo uniforme para os trabalhadores a tempo parcial e para os trabalhadores a tempo inteiro comparáveis, ao facto de

ser ultrapassado o mesmo número de horas de trabalho de uma determinada atividade, como o serviço de voo de um piloto, deve ser considerada um tratamento “menos favorável” dos trabalhadores a tempo parcial, na aceção desta disposição.

Em primeiro lugar, importa determinar se o litígio no processo principal está abrangido pelo âmbito de aplicação do acordo-quadro.

A este respeito, decorre da própria redação da cláusula 2, n.º 1, do acordo-quadro, nos termos do qual este se aplica “aos trabalhadores a tempo parcial, com contrato ou relação de trabalho definidos pela legislação, pelas convenções coletivas ou pelas práticas vigentes em cada Estado-Membro”, que o âmbito de aplicação deste está concebido de modo amplo (Acórdão de 7 de julho de 2022, *Zone de secours Hainaut-Centre*, C-377/21, EU:C:2022:530, n.º 37).

Além disso, a cláusula 3, n.º 1, do referido acordo-quadro define o trabalhador a tempo parcial como “o assalariado cujo tempo normal de trabalho, calculado numa base semanal ou como média ao longo de um período de emprego até um ano, é inferior ao tempo normal de trabalho de um trabalhador comparável a tempo inteiro”.

No caso em apreço, o recorrente no processo principal dispõe de um contrato de trabalho celebrado com a CLH ao qual se aplicam as Convenções Coletivas referidas no n.º 10 do Acórdão. Ainda que a duração de trabalho semanal deste último não seja fixa devido à natureza particular da sua profissão, é também facto assente que este trabalha, em aplicação desse contrato de trabalho, menos horas por ano do que um piloto a tempo inteiro, uma vez que, por meio de uma redução salarial de 10%, são-lhe concedidos 37 dias de férias anuais suplementares para refletir a redução do seu tempo de trabalho. O recorrente no processo principal deve, portanto, ser considerado um “trabalhador a tempo parcial”, na aceção da cláusula 3, n.º 1, do acordo-quadro.

Importa, por conseguinte, constatar que o litígio no processo principal está abrangido pelo âmbito de aplicação do referido acordo-quadro.

Em segundo lugar, para efeitos da interpretação da cláusula 4 do acordo-quadro, há que recordar que este último visa, por um lado, promover o trabalho a tempo parcial e, por outro, eliminar as discriminações entre os trabalhadores a tempo parcial e os trabalhadores a tempo inteiro (Acórdão de 5 de maio de 2022, *Universiteit Antwerpen e o.*, C-265/20, EU:C:2022:361, n.º 41 e jurisprudência referida).

A proibição de discriminação enunciada na cláusula 4, n.º 1, do acordo-quadro é apenas a expressão específica do princípio geral da igualdade que faz parte dos princípios fundamentais do direito da União (Acórdão de 5 de maio de 2022, *Universiteit Antwerpen e o.*, C-265/20, EU:C:2022:361, n.º 42 e jurisprudência referida).

Atendendo a estes objetivos, esta cláusula deve ser entendida como a expressão de um princípio de direito social da União que não pode ser

interpretado de modo restritivo (Acórdão de 7 de julho de 2022, Zone de secours Hainaut-Centre, C-377/21, EU:C:2022:530, n.º 43 e jurisprudência referida).

Em conformidade com o objetivo da eliminação das discriminações entre trabalhadores a tempo parcial e trabalhadores a tempo inteiro, a referida cláusula, opõe-se, no que respeita às condições de emprego, a que os trabalhadores a tempo parcial sejam tratados em condições “menos favoráveis” do que os trabalhadores comparáveis a tempo inteiro unicamente pelo facto de trabalharem a tempo parcial, a menos que, por razões objetivas, a diferença de tratamento se justifique (Acórdão de 5 de maio de 2022, Universiteit Antwerpen e o., C-265/20, EU:C:2022:361, n.º 43 e jurisprudência referida).

Além disso, o Tribunal de Justiça declarou que a referida disposição se destina a aplicar o princípio da não discriminação aos trabalhadores a tempo parcial para impedir que uma relação laboral desta natureza seja utilizada por um empregador para privar estes trabalhadores de direitos que são reconhecidos aos trabalhadores a tempo inteiro (v., neste sentido, Acórdão de 22 de janeiro de 2020, Baldonedo Martín, C-177/18, EU:C:2020:26, n.º 35 e jurisprudência referida).

Quanto à questão de saber se, no caso em apreço, a remuneração complementar está abrangida pelo conceito de “condições de emprego” referido na cláusula 4, n.º 1, do acordo-quadro, o Tribunal de Justiça declarou que estas condições englobam as relativas às remunerações [Acórdãos de 7 de abril de 2022, Ministero della Giustizia e o. (Estatuto dos Juizes de Paz italianos), C-236/20, EU:C:2022:263, n.º 36, e de 7 de julho de 2022, Zone de secours Hainaut-Centre, C-377/21, EU:C:2022:530, n.º 52 e jurisprudência referida].

No âmbito da determinação tanto dos elementos constitutivos da remuneração como do nível desses elementos, as instâncias nacionais competentes têm de aplicar aos trabalhadores a tempo parcial o princípio da não discriminação como consagrado na cláusula 4 do acordo-quadro, tomando em consideração, se for caso disso, o princípio *pro rata temporis* (Acórdão de 7 de julho de 2022, Zone de secours Hainaut-Centre, C-377/21, EU:C:2022:530, n.º 53).

Por conseguinte, há que considerar que a remuneração complementar está abrangida pelo conceito de “condições de emprego”, na aceção da cláusula 4 do acordo-quadro.

Quanto à comparabilidade das situações dos pilotos a tempo inteiro e a tempo parcial da CLH, como o recorrente no processo principal, segundo jurisprudência constante, para apreciar se os trabalhadores exercem funções iguais ou semelhantes, na aceção do acordo-quadro, cumpre averiguar, em conformidade com as suas cláusulas 3, n.º 2, e 4, n.º 1, se, atendendo a uma globalidade de fatores, como a natureza do trabalho, as condições de formação e as condições de trabalho, se pode considerar que esses trabalhadores se encontram numa situação comparável [v., por analogia, Acórdão de 15 de dezembro de 2022, Presidenza del Consiglio dei Ministri e o. (Investigadores

universitários), C-40/20 e C-173/20, EU:C:2022:985, n.º 101 e jurisprudência referida)].

Se se provar que, quando trabalham, os trabalhadores a tempo parcial exercem as mesmas funções que os trabalhadores a tempo inteiro contratados pelo mesmo empregador ou ocupam o mesmo posto de trabalho que estes, em princípio há que considerar comparáveis as situações destas duas categorias de trabalhadores [v., por analogia, Acórdão de 15 de dezembro de 2022, Presidência del Consiglio dei Ministri e o. (Investigadores universitários), C-40/20 e C-173/20, EU:C:2022:985, n.º 102, e jurisprudência referida].

Com efeito, resulta do pedido de decisão prejudicial que os pilotos a tempo inteiro e a tempo parcial da CHL realizam o mesmo trabalho e, nomeadamente, o mesmo serviço de voo, pelo que a situação do recorrente no processo principal enquanto piloto a tempo parcial é comparável à dos pilotos que trabalham a tempo inteiro, na aceção do § 4, n.º 1, da TzBfG, lido em conjugação com o § 2, n.º 1, terceiro período, desta lei, sob reserva de uma última verificação que caberá ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar.

Por fim, quanto à questão de saber se existe uma diferença de tratamento entre um piloto que trabalha a tempo parcial, como o recorrente no processo principal, e os pilotos que trabalham a tempo inteiro, resulta da análise dos elementos da remuneração dos trabalhadores em causa, como expostos no pedido de decisão prejudicial, que um piloto a tempo parcial recebe a remuneração complementar não pela primeira hora que ultrapassa o primeiro nível do seu limiar de ativação individual, mas apenas quando o primeiro nível do limiar de ativação aplicável aos pilotos a tempo inteiro é ultrapassado. Este mesmo entendimento é válido, por analogia, para o segundo e terceiro níveis dos limiares de ativação. Assim, o piloto a tempo parcial deve cumprir o mesmo número de horas de serviço de voo que um piloto a tempo inteiro para beneficiar dessa remuneração sem que esse limiar seja reduzido em função da duração do seu tempo de trabalho individual. Nestas condições, os pilotos a tempo parcial não alcançam, ou só alcançam com uma probabilidade claramente mais reduzida que os pilotos a tempo inteiro, os limiares de ativação exigidos para beneficiarem da remuneração complementar.

Com efeito, embora a remuneração por hora de voo para as duas categorias de pilotos se apresente como igual até esses limiares de ativação, há, no entanto, que salientar que os referidos limiares de ativação idênticos representam, para os pilotos a tempo parcial, um serviço de horas de voo mais longo do que para os pilotos a tempo inteiro em relação ao seu tempo de trabalho total e, logo, um fardo maior do que para os pilotos a tempo inteiro (v., por analogia, Acórdão de 27 de maio de 2004, Elsner-Lakeberg, C-285/02, EU:C:2004:320, n.º 17). Esta situação gera, portanto, consequências desfavoráveis para os pilotos a tempo parcial no que respeita à relação entre a prestação fornecida e a contrapartida desta última.

Uma vez que os trabalhadores a tempo parcial cumprem assim muito mais raramente as condições do direito à remuneração complementar, há que

considerar que um piloto a tempo parcial, como o recorrente no processo principal, é objeto de uma diferença de tratamento em relação aos pilotos a tempo inteiro comparáveis, a qual é proibida pela cláusula 4, n.º 1, do acordo-quadro, a menos que se justifique por uma “razão objetiva”, na aceção desta cláusula.

Atendendo a todas as considerações precedentes, há que responder à primeira questão que a cláusula 4, n.º 1, do acordo-quadro deve ser interpretada no sentido de que uma regulamentação nacional que sujeita o pagamento de uma remuneração complementar, de modo uniforme para os trabalhadores a tempo parcial e para os trabalhadores a tempo inteiro comparáveis, ao facto de ser ultrapassado o mesmo número de horas de trabalho de uma determinada atividade, como o serviço de voo de um piloto, constitui um tratamento “menos favorável” dos trabalhadores a tempo parcial, na aceção desta disposição.

2.1.2 Segunda questão prejudicial

Na análise da segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a cláusula 4, n.ºs 1 e 2, do acordo-quadro deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que sujeita o pagamento de uma remuneração complementar, de modo uniforme para os trabalhadores a tempo parcial e para os trabalhadores a tempo inteiro comparáveis, ao facto de ser ultrapassado o mesmo número de horas de trabalho de uma determinada atividade, como o serviço de voo de um piloto, para compensar um volume de trabalho específico dessa atividade.

Em conformidade com o objetivo da eliminação das discriminações entre trabalhadores a tempo parcial e trabalhadores a tempo inteiro, a cláusula 4, n.º 1, do acordo-quadro, no que respeita às condições de emprego, opõe-se a que os trabalhadores a tempo parcial sejam tratados em condições “menos favoráveis” do que os trabalhadores comparáveis a tempo inteiro unicamente pelo facto de trabalharem a tempo parcial, a menos que, por razões objetivas, a diferença de tratamento se justifique.

A remuneração dos trabalhadores a tempo parcial deve ser equivalente à dos trabalhadores a tempo inteiro, sob reserva da aplicação do princípio *pro rata temporis* enunciado na cláusula 4, n.º 2, do acordo-quadro (Acórdão de 10 de junho de 2010, Bruno e o., C-395/08 e C-396/08, EU:C:2010:329, n.º 64).

No caso em apreço, resulta das considerações que figuram nos n.ºs 47 a 49 do Acórdão em estudo, que as Convenções Coletivas aplicáveis, que sujeitam o pagamento da remuneração complementar a limiares de ativação idênticos para os pilotos a tempo parcial e a tempo inteiro e que não aplicam este princípio, constituem uma diferença de tratamento proibida nos termos desta cláusula, n.ºs 1 e 2, a menos que se justifique por uma “razão objetiva”.

No âmbito do artigo 267.º TFUE, o Tribunal de Justiça não tem competência para apreciar os factos e aplicar as normas do Direito da União a

um caso determinado. Cabe, pois, ao órgão jurisdicional de reenvio proceder às qualificações jurídicas necessárias à solução do litígio no processo principal. Em contrapartida, incumbe ao Tribunal de Justiça fornecer-lhe todas as indicações necessárias para o guiar nessa apreciação (v., neste sentido, Acórdão de 10 de março de 2022, Landkreis Gifhorn, C-519/20, EU:C:2022:178, n.º 47 e jurisprudência referida).

Nesta perspetiva, caberá ao órgão jurisdicional de reenvio determinar, tendo em conta todos os elementos pertinentes, se a diferença de tratamento em causa no processo principal pode ser considerada justificada por uma “razão objetiva”. No âmbito desta apreciação, este órgão jurisdicional de reenvio terá de ter em conta as seguintes considerações.

A este respeito, há que salientar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o conceito de “razões objetivas”, na aceção da cláusula 4, n.º 1, do acordo-quadro, deve ser entendido no sentido de que não permite justificar uma diferença de tratamento entre os trabalhadores a tempo parcial e os trabalhadores a tempo inteiro pelo facto de essa diferença estar prevista numa norma nacional geral e abstrata, como uma lei ou uma convenção coletiva (Acórdão de 1 de março de 2012, O’Brien, C-393/10, EU:C:2012:110, n.º 64 e jurisprudência referida).

Pelo contrário, este conceito exige que a diferença de tratamento constatada seja justificada pela existência de elementos precisos e concretos, que caracterizem a condição de emprego em questão, no contexto específico em que esta se insere, e com base em critérios objetivos e transparentes, para poder garantir que esta diferença responde a uma verdadeira necessidade, que é suscetível de alcançar o objetivo prosseguido e que é necessária para esse efeito. Estes elementos podem resultar, nomeadamente, da natureza particular das tarefas para cuja realização foram celebrados contratos a tempo parcial e das características a elas inerentes ou, eventualmente, da prossecução de um objetivo legítimo de política social de um Estado-Membro [v., neste sentido, Acórdão de 1 de março de 2012, O’Brien, C-393/10, EU:C:2012:110, n.º 64 e jurisprudência referida, e Despacho de 15 de outubro de 2019, AEAT (Cálculo da antiguidade dos trabalhadores a tempo parcial com distribuição vertical do tempo de trabalho)].

No caso em apreço, resulta dos autos de que o Tribunal de Justiça dispõe que, para justificar a diferença de tratamento em causa no processo principal, a CLH e o Governo alemão invocam o objetivo de compensar um volume de trabalho específico do serviço de voo que recai sobre a saúde dos pilotos e, de forma estritamente ligada a esse objetivo, o de dissuadir as companhias aéreas de mobilizar excessivamente estes últimos.

Ora, primeiro, há que salientar que, de acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, as disposições das Convenções Coletivas aplicáveis não fazem menção a uma qualquer razão objetiva que permita justificar a diferença de tratamento em causa no processo principal e que é com base na sua sistemática geral

que este órgão jurisdicional entende que o objetivo prosseguido pelos parceiros sociais pode ser o invocado pela CLH e pelo Governo alemão, o que caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

Segundo, embora estas partes tenham destacado as limitações inerentes à atividade de voo, que constitui, todavia, a atividade essencial de um piloto, elas próprias confirmaram na audiência que os limiares de ativação das horas de serviço de voo previstas pelas Convenções Coletivas aplicáveis não assentavam em valores determinados de forma objetiva ou em conhecimentos científicos, e tampouco em dados experimentais gerais, por exemplo relativos aos efeitos da acumulação do número mensal de horas de voo. Não parece, portanto, que existam critérios objetivos e transparentes que permitam garantir que a diferença de tratamento em causa no processo principal e a aplicação de limiares uniformes para os pilotos que trabalham a tempo parcial e para os pilotos que trabalham a tempo inteiro comparáveis deem resposta a uma verdadeira necessidade em conformidade com a jurisprudência citada no n.º 58 do Acórdão, o que caberá, todavia, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

Terceiro, nos termos dessa jurisprudência, além de tal diferença de tratamento dever responder a uma verdadeira necessidade, deve ser suscetível de permitir atingir o objetivo prosseguido e necessária para o efeito. Além disso, este objetivo deve ser prosseguido de maneira coerente e sistemática, em conformidade com as exigências da jurisprudência (v., neste sentido, Acórdãos de 12 de janeiro de 2010, Petersen, C-341/08, EU:C:2010:4, n.º 53 e jurisprudência referida, e de 21 de janeiro de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, n.º 32).

Ora, no que se refere à questão de saber se a diferença de tratamento constatada é suscetível de permitir alcançar o objetivo prosseguido e se é necessária para o efeito, na aceção da referida jurisprudência, existem dúvidas, como observado pelo órgão jurisdicional de reenvio, quanto ao caráter adequado e coerente da fixação de limiares de ativação uniformes para os pilotos, para beneficiar da remuneração complementar, à luz do objetivo de proteção da saúde destes últimos contra um volume de trabalho excessivo. Com efeito, a fixação de limiares de ativação uniformes equivale a ignorar, por princípio, as repercussões individuais que podem decorrer do volume de trabalho e das limitações particulares ligadas ao voo. Equivale também a não ter em conta as razões que estão na própria base da instituição do trabalho a tempo parcial, como eventuais responsabilidades não profissionais do piloto em causa.

Por outro lado, não se exclui que, neste contexto, um sistema de recuperação de horas de trabalho, de dias de repouso, ou mesmo a fixação de limiares de horas de serviço de voo semanais, e não mensais, possa constituir uma medida mais adequada e coerente do que a que está em causa no processo principal para alcançar o referido objetivo.

Além disso, a fixação de limiares de ativação uniformes para obter a remuneração complementar em vez da introdução de limiares de ativação individualizados em função do contrato de trabalho coloca um problema de

coerência à luz do objetivo destinado a dissuadir as companhias aéreas de fazerem trabalhar excessivamente os pilotos, tratando-se dos pilotos a tempo parcial. Com efeito, essas companhias suportam esta remuneração complementar apenas acima do limiar de ativação correspondente ao tempo de trabalho dos pilotos a tempo inteiro.

Por fim, na medida em que na origem da adoção da referida regulamentação nacional e da recusa em aplicar o princípio *pro rata temporis* na situação do processo principal estão considerações económicas, há que recordar que resulta da jurisprudência que a gestão rigorosa do pessoal faz parte de considerações de ordem orçamental que não podem justificar uma discriminação (v., neste sentido, Acórdão de 22 de abril de 2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08, EU:C:2010:215, n.º 46 e jurisprudência referida).

Atendendo a todas as considerações precedentes, há que responder à segunda questão que a cláusula 4, n.ºs 1 e 2, do acordo-quadro deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que sujeita o pagamento de uma remuneração complementar, de modo uniforme para os trabalhadores a tempo parcial e para os trabalhadores a tempo inteiro comparáveis, ao facto de ser ultrapassado o mesmo número de horas de trabalho de uma determinada atividade, como o serviço de voo de um piloto, para compensar um volume de trabalho específico dessa atividade.

3 DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) declarou:

- 1) a cláusula 4, n.º 1, do Acordo-Quadro relativo ao trabalho a tempo parcial, celebrado em 6 de junho de 1997, que figura em anexo à Diretiva 97/81/CE do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, respeitante ao Acordo-Quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES, deve ser interpretada no sentido de que: uma regulamentação nacional que sujeita o pagamento de uma remuneração complementar, de modo uniforme para os trabalhadores a tempo parcial e para os trabalhadores a tempo inteiro comparáveis, ao facto de ser ultrapassado o mesmo número de horas de trabalho de uma determinada atividade, como o serviço de voo de um piloto, constitui um tratamento “menos favorável” dos trabalhadores a tempo parcial, na aceção desta disposição;
- 2) a cláusula 4, n.ºs 1 e 2, do Acordo-Quadro relativo ao trabalho a tempo parcial, celebrado em 6 de junho de 1997, que figura em anexo à Diretiva 97/81, deve ser interpretada no sentido de que: se opõe a uma regulamentação nacional que sujeita o pagamento de uma remuneração complementar, de modo uniforme para os trabalhadores a tempo parcial

e para os trabalhadores a tempo inteiro comparáveis, ao facto de ser ultrapassado o mesmo número de horas de trabalho de uma determinada atividade, como o serviço de voo de um piloto, para compensar um volume de trabalho específico dessa atividade.

4 RESUMO

Um piloto alemão trabalha, a tempo parcial, para uma companhia aérea. O seu contrato de trabalho estipula que recebe um vencimento de base que depende do tempo de serviço de voo. Além disso, pode beneficiar de uma remuneração complementar se cumprir, em um mês, um determinado número de horas de serviço de voo e ultrapassar limiares fixados a este respeito no seu contrato de trabalho.

Ora, estes limiares são idênticos para os pilotos que trabalham a tempo inteiro e para os que trabalham a tempo parcial.

O piloto considera que os limiares devem ser reduzidos em função do número de horas que presta, uma vez que trabalha a tempo parcial. Entende que tem direito à remuneração complementar porque ultrapassaria os limiares de ativação se estes fossem reduzidos proporcionalmente ao tempo de trabalho prestado.

O Supremo Tribunal do Trabalho Federal alemão, chamado a pronunciar-se sobre o litígio que opõe o piloto à Lufthansa CityLine, submeteu uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Pretende saber se normas nacionais que exigem que um trabalhador que trabalha a tempo parcial cumpra o mesmo número de horas de trabalho que um trabalhador a tempo inteiro para obter uma remuneração complementar constituem uma discriminação que é proibida à luz do Direito da União.

O Tribunal de Justiça responde de forma afirmativa. Antes de mais, o Tribunal salienta que quando estão a trabalhar, os trabalhadores a tempo parcial exercem as mesmas funções que os trabalhadores a tempo inteiro ou ocupam o mesmo posto de trabalho que estes. Considera, portanto, que as situações destas duas categorias de trabalhadores são comparáveis. O órgão jurisdicional nacional deverá, todavia, verificar este aspeto.

O Tribunal de Justiça constata em seguida que a existência de limiares idênticos para ativar uma remuneração complementar representa, para os pilotos a tempo parcial, um serviço de horas de voo mais longo do que para os pilotos a tempo inteiro em relação ao seu tempo de trabalho total. Os pilotos a tempo parcial têm assim uma maior carga de trabalho e as condições do direito à remuneração complementar serão muito mais raramente cumpridas quando comparados com os seus colegas que trabalham a tempo inteiro.

Por conseguinte, o Tribunal de Justiça declara que tais normas nacionais dão lugar a um tratamento menos favorável dos pilotos a tempo parcial, o que

é contrário ao Direito da União, a menos que esse tratamento seja justificado por uma razão objetiva. O órgão jurisdicional nacional é chamado a verificar também este aspeto, tendo em conta as considerações efetuadas a este respeito pelo Tribunal de Justiça, o qual tem reservas no que se refere às justificações avançadas, nomeadamente, pela companhia aérea.

Submissão em: 7 de novembro de 2024

Último Parecer favorável em: 28 de dezembro de 2024

Como citar este artigo científico

RODRIGUES, André Alfar. Princípio da não discriminação dos trabalhadores a tempo parcial: a propósito do Acórdão do Tribunal de Justiça no Processo C-660/20: Lufthansa Cityline. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 1, p. 194-210, jan.-abr. 2025.

Áframhaldandi Rannsóknir
Astudiaethau Parhaus
Continued Studies
Devam Eden Çalışmalar
Estudios Continuados
Estudis Continuats
Études Continues
Folytató Vizsgálatok
Fortsat Studier
Fortsatte Studier
Fortsättningsstudier
Fortsetzung der Studien
Jätkuðpingud
Jatkuvat Tutkimukset
Континуиране студије
Континуирани студији
Kontinuéierter Studien
Kontynuowane Badania
Nadaljevanje Študij
Nastavak Studija
Nastavne Studije
Оқытуға Арналған Оқу
Оқуды Жалғастыру
Pokračovanie Študie
Pokračující Studia
Pokračujúce Študie
Sgrùdaidhean Leantainneach
Staidéar Leanúnach
Studi Continua
Studii Continue
Studimet e Vazhdueshme
Studji Kkontinuti
Studji Kontinwi
Tęstiniai Tyrimai
Turpinājumi
Turpinot Studijas
Vervolgstudies
Voortgezette Studies
Продължава Проучвания
Продовження Навчання
Продолжени Студии
Продолжение Обучения
Продукты
Συνεχισμενος Μελετες

ESTUDIOS
CONTINUADOS

**RAFAEL DOMINGO, *LAW AND RELIGION IN A SECULAR AGE*, THE
CATHOLIC UNIVERSITY OF AMERICAN PRESS, WASHINGTON DC, 2024,
332 PÁGINAS, 75 \$, ISBN 978013237299**

JOHN WITTE, Jr.¹

Con sus 35 libros, 125 artículos y 250 artículos de opinión publicados a lo largo de las últimas cuatro décadas, el jurista e historiador del Derecho español Rafael Domingo se ha labrado un liderazgo único en el ámbito mundial del derecho y la religión. Ha trabajado con denuedo para mostrar la sabiduría perdurable del derecho romano clásico en Occidente y más allá dejando una docena de títulos importantes que se remontan a su carrera temprana en las Universidades de Cantabria y Navarra y más recientemente en su *Derecho Romano: An Introduction* (Routledge, 2018). Ha tendido nuevos y sólidos puentes entre europeos y estadounidenses, juristas del *civil law* y del *common law*, católicos y protestantes, canonistas y líderes eclesiásticos, y académicos de habla española e inglesa. Estos esfuerzos se reflejan en una larga serie de libros que ha escrito y editado, desde sus cuatro volúmenes *Juristas universales* (Marcial Pons, 2004), a sus prestigiosos volúmenes en la “Global Law Collection” de Thomson Reuters, y ahora en su nueva serie de libros en español con Aranzadi “Las raíces del Derecho”, que contempla el Derecho actual desde perspectivas históricas, religiosas y morales.

Como jurista católico con amplias aspiraciones ecuménicas, Domingo quiere que nuestros mundos confesionales cada vez más fracturados y díscolos avancen hacia un ecumenismo espiritual más profundo que vuelva a abrazar la Biblia, la tradición y la razón y dirija a los diversos pueblos cristianos del mundo para que sean agentes comunes y ejemplos de amor y caridad, fe y orden. Domingo también quiere que nuestros mundos jurídicos, cada vez más segregados y balcanizados, avancen hacia un derecho global más profundo que abarque la justicia, la paz y la libertad que todas las personas y pueblos

¹ Dr. Theol. h.c. (Heidelberg); JD (Harvard); Robert W. Woodruff University, Professor; McDonald Distinguished, Professor; Center for the Study of Law and Religion Emory Law School, Director. E-mail: john.witte@emory.edu

necesitan, y que dirija los ordenamientos jurídicos nacionales hacia el bien común de toda la humanidad y de toda la naturaleza. Este esfuerzo ecuménico religioso y jurídico mundial más amplio ha exigido una labor de investigación y defensa paciente y persistente en múltiples proyectos, lenguas, confesiones y países. Entre los poderosos manifiestos de este esfuerzo se encuentran las monografías de Domingo *The New Global Law* (Cambridge, 2010) y *God and the Secular Legal System* (Cambridge, 2016).

De 2013 a 2023, tuve el privilegio de trabajar directamente con el profesor Domingo durante su mandato como Francisco de Vitoria Senior Fellow y Spruill Family Professor of Law and Religion en nuestro Centro para el Estudio del Derecho y la Religión en la Universidad de Emory. Trabajamos intensamente juntos para construir una serie de libros en varios volúmenes sobre “Grandes juristas cristianos en la historia del mundo”, en la que Domingo coeditó varios títulos: *Great Christian Jurists in Spanish History* (Cambridge, 2016), *Great Christian Jurists in French History* (Cambridge, 2019), *Law and the Christian Tradition in Italy* (Routledge, 2020), *Law and Christianity in Latin America* (Routledge, 2021) y *Law and Christianity in Poland* (Routledge, 2023). También trabajamos duro juntos para construir una serie de varios volúmenes de “Introducciones al Derecho y al Cristianismo”. Como parte de esta serie, los dos coeditamos *Christianity and Global Law* (Routledge, 2020), así como un volumen de culminación, *The Oxford Handbook of Christianity and Law* (Oxford, 2023). Y Rafael dirigió muy amablemente un sólido y encantador volumen de estudios en mi honor: *Faith in Law, Law in Faith: Reflecting and Building on the Work of John Witte, Jr.* (Brill, 2024).

Estos estrechos vínculos con el profesor Domingo y su obra bien podrían haberme impedido reseñar su último volumen, *Law & Religion in a Secular Age*. Ciertamente, no debería comentar los impresionantes seis últimos capítulos de este libro –sobre las contribuciones en materia de Derecho y Religión de Alberico Gentili, Robert Schuman, Óscar Romero, Juan Pablo II, Álvaro d’Ors (el gran mentor de Domingo), y el que suscribe. Esos capítulos son adaptaciones de entradas de nuestra serie de libros en colaboración, y ya tuve el privilegio de ofrecer comentarios detallados sobre borradores anteriores.

Lo que no había valorado antes –y lo que probablemente también encontrarán novedoso muchos estudiosos del derecho y la religión– son los ocho primeros capítulos de este libro que exponen lo que él llama “una perspectiva multidimensional del derecho”. Aquí, en 175 páginas muy bien escritas y razonadas, Domingo esboza una teoría jurídica integradora que “trata de restablecer la conexión entre espiritualidad y justicia, religión y derecho, teología y jurisprudencia, derecho natural y derecho positivo... para sociedades pluralistas en una era secular” (p. ix). Los lectores encontrarán más información sobre estos temas en el título complementario de Domingo *Derecho y Trascendencia* (Aranzadi, 2023) y en su innovador trabajo en curso sobre la “espiritualización” de la sociedad y de cada una de sus instituciones y profesiones fundamentales, sin olvidar el Derecho y la abogacía.

Los capítulos 1, 2, 7 y 8 ofrecen “perspectivas espirituales del derecho”, que Domingo contrapone a las teorías modernas dominantes del positivismo jurídico, el “laicismo desafiante” y la “marginación religiosa”, cuando no la exclusión de la vida pública, el debate político y el razonamiento jurídico (p. ix, 33). Para él, el ámbito de la “espiritualidad” es el orden trascendente que fundamenta y dirige a los seres humanos y sus instituciones hacia una vida y una sociedad buenas. Según él, la espiritualidad trasciende los ámbitos “temporales” y “materiales” separados del derecho positivo, la religión organizada y la moral codificada. Es un reino superior de sabiduría y bondad que impregna y reviste nuestro ser y nuestro mundo, y ayuda a edificar y elevar a cada ser humano y cada esfera social.

Mientras que todas las grandes civilizaciones y tradiciones reconocen un ámbito espiritual trascendente enraizado en Dios o en algo más allá del mundo individual y material, el cristianismo ancla la espiritualización en la doctrina trinitaria del Espíritu Santo. El Espíritu Santo es el amor mutuo eterno entre el Padre y el Hijo. La singularidad del Espíritu Santo es precisamente la de estar en comunión y unidad. El Espíritu Santo es también un don del Padre y del Hijo. Si la característica del Hijo es haber nacido (*natus*), la característica del Espíritu Santo es ser dado (*datus*). Y si el Espíritu de Dios es amor, comunión y don, llegar a ser espiritual para un cristiano significa esencialmente vivir en el amor, en la comunión y como don de Dios para los demás (p. 13-14).

Esta trilogía espiritual cristiana de “amor, comunión y don” proporciona edificación y ejemplificación para todas las instituciones sociales, incluido, en particular, el derecho. Para el derecho, los tres bienes trascendentes de amor, comunión y don ayudan a guiar y elevar los tres bienes “materiales” correspondientes de “justicia, acuerdo y derecho” que son el corazón de las leyes positivas modernas. La “justicia” es el objetivo principal de los sistemas jurídicos seculares modernos. Los “acuerdos” (cartas, constituciones, pactos, etc.) son la base de una comunidad jurídica justa y autorizan la creación de nuevos acuerdos políticos a través de la legislación y su aplicación y cumplimiento por parte del poder ejecutivo y judicial. Los “derechos” y libertades, y su protección y reivindicación jurídicas, son bienes fundamentales para las sociedades seculares modernas, y contribuyen a fomentar la justicia y a facilitar y hacer cumplir los acuerdos públicos y privados (p. 16-18).

La “espiritualización del derecho” implica afirmar y elevar como aptas cada una de estas tres dimensiones del derecho, argumenta Domingo, ofreciendo “mayor justicia, acuerdos más sustanciales y una protección más sólida de los derechos” (p. xiii). La justicia y el amor están entrelazados, y “la plenitud de la justicia”, expresada en el perdón, la equidad, la misericordia, la solidaridad, la caridad y la comunión, requiere las dimensiones superiores del amor. Acuerdo y comunión también están entrelazados, y un verdadero encuentro de las mentes y una profunda devoción mutua al espíritu de un acuerdo, incluso con sacrificio personal al servicio del bien común, refleja las enseñanzas superiores de la comunión. Los derechos son en sí mismos dones divinos a la naturaleza

humana, que pueden perseguirse no sólo por interés propio, sino para inducir a los demás a cumplir sus deberes de amor hacia el prójimo. La espiritualización del derecho también implica la elevación gradual de los sistemas jurídicos a un plano superior. Domingo ofrece algunos ejemplos en el desarrollo histórico de sistemas jurídicos que aprenden –a veces a través de amargas experiencias en contra– los bienes y objetivos de limitar la dominación, reducir la coerción, proscribir la tortura, rechazar la pena de muerte, construir uniones políticas, fomentar la cooperación, promover el bienestar de los necesitados y vulnerables, y proteger el entorno natural (p. 18-33, 150-155).

El capítulo 2 recurre a la teoría de la metáfora para describir lo que Domingo denomina “cuerpo, alma y espíritu” del derecho (p. 34-55). Desde la antigüedad, los juristas han hablado por separado de estas tres metáforas: pensemos en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, el *Espíritu de las Leyes* de Montesquieu o el “alma de la ley” de Hobbes. Pero a Domingo le interesa cómo interactúan estas tres dimensiones metafóricas. Muestra cómo los cristianos han utilizado la antropología bíblica para demostrar la interdependencia del cuerpo, el alma y el espíritu de la ley de Dios (p. 39-44). Pero para hacer un llamamiento más amplio, fundamenta su argumento integrador en la realidad de que los seres humanos que crean leyes positivas son ellos mismos a la vez cuerpo, alma y espíritu, e invariablemente reflejan esa imagen en sus creaciones jurídicas. Al igual que el cuerpo humano se compone de muchos sistemas que interactúan (cardiovascular, digestivo, muscular, etc.), los sistemas jurídicos se componen de muchos sistemas interconectados (derecho constitucional, derecho penal, derecho contractual, derecho procesal, etc.) que necesitan trabajar juntos para funcionar correctamente, con la razón como “sangre vital” del *corpus iuris*. Al igual que el alma humana proporciona “vida, sentido, razón, conciencia y poder al cuerpo, el alma jurídica proporciona vida, sentido y poder al Derecho”. Del mismo modo que el espíritu humano vincula a los seres humanos en última instancia con Dios, el espíritu de la ley vincula en última instancia la ley humana con la ley divina, ya sea enseñada por las Escrituras, la tradición, la razón o la conciencia. El espíritu, sostiene Domingo, es la fuente de libertad, valor, significado y conciencia tanto para los seres humanos como para los sistemas jurídicos (p. 45-46).

También aquí se esboza de forma provocativa un nuevo tipo de “teología trinitaria” del derecho, basada ahora en la imagen humana de “cuerpo, alma y espíritu” en lugar de las enseñanzas más familiares de *imago Dei* sobre el Dios Trino reflejado en la “razón, voluntad y memoria” humanas. Domingo utiliza esta metáfora para defender el valor de vivir el constitucionalismo (no tratarlo como un mero documento legal), aprender de otros sistemas legales (porque el espíritu de la ley se extiende más allá de las jurisdicciones), restaurar la jurisprudencia histórica (centrada en el espíritu nacional, el *Volksgeist*), y revivir la teoría del derecho natural (centrada en el espíritu legal), y esfuerzos similares de reconciliación entre el derecho racional/humano y el derecho supraracional/divino, y más (p. 45-54).

Los capítulos 7 y 8 amplían este último punto, aplicándolo a los sistemas jurídicos “universales” o “globales” del derecho internacional y el derecho canónico católico, dos formas de derecho positivo actual que trascienden las fronteras nacionales (p. 138-173). Tanto el derecho internacional como el derecho canónico, sostiene Domingo, tienen un fundamento histórico y están guiados en última instancia por una “ley natural trascendente”, “infundida espiritualmente” o “sagrada”. Esa ley superior emana de Dios y del orden creado, y anima nuestras inclinaciones e intuiciones naturales, la razón y la tradición, las costumbres y las convenciones, el discernimiento espiritual y la inspiración religiosa. Esta “ley natural sagrada” establece los fundamentos jurídicos de la justicia, el orden, el poder, la libertad, la paz, el procedimiento, la solidaridad, el pluralismo, la subsidiariedad, etc., que cada nación y pueblo, iglesia y comunidad jurídica debe, en última instancia, adoptar, elaborar y aplicar con sus propios métodos y procedimientos, acentos y aplicaciones (p. 141-155).

Las personas humanas, como portadoras de la imagen de Dios –y dotadas de cuerpos, almas y espíritus, y de razón, voluntad y memoria– son el punto de apoyo último entre estos reinos natural y espiritual, material y trascendente, argumenta Domingo. Las personas humanas racionales y conscientes son la fuente indispensable para discernir y comunicar el significado y los medios de vivir los contenidos y mandamientos de esta sagrada ley natural. Las personas humanas deben tener, por tanto, “prioridad” en todos los sistemas jurídicos, desde el global al local. Sus cuerpos, almas y espíritus deben ser protegidos. Sus conciencias y libertades deben ser respetadas. Sus valores y sus voces deben proyectarse en la deliberación y la acción jurídicas. Sus costumbres y culturas colectivas deben reflejarse en los regímenes jurídicos globales que rigen el mundo actual. Dar “prioridad” a la persona humana, en toda su complejidad multidimensional, es en última instancia la mejor manera de vincular el “derecho natural sagrado” con las leyes positivas temporales. Es la mejor manera de transformar el derecho internacional de una “comunidad internacional de Estados-nación a menudo orientada al interés propio en una comunidad humana global de portadores de la imagen de Dios orientada a los valores” (p. 154-157, 91-95 112-115). También es la mejor manera de ir más allá de los conceptos jurídicos casuísticos, “técnicos y reduccionistas de la persona” que dominan los códigos modernos de derecho canónico católico y su jurisprudencia, y “en su lugar priorizar la centralidad de cada persona humana, creada a imagen de Dios y llamada a la regeneración en las aguas bautismales” (p. xvii; 171-173). Se trata de una defensa del derecho natural y de la libertad humana sorprendentemente distinta de la que se ofrece actualmente en los círculos jurídicos y teológicos, aunque Domingo aduce una larga tradición de pensadores que se remonta a la Antigüedad para defender sus argumentos.

También aquí se presenta una refrescante alternativa a diversas teorías teocráticas, teonomistas, integralistas neomedievales o nacionalistas cristianas que han surgido últimamente en escritos académicos y populares. En los capítulos 3 a 5, Domingo argumenta enérgicamente que las sociedades

seculares modernas deben poner a Dios entre paréntesis en sus leyes positivas, por respeto a Dios y a lo supranacional, como quiera que se defina (p. 56-95). Para Domingo, el respeto a Dios exige que un Estado y una comunidad reconozcan una fuente espiritual o trascendente de leyes y derechos que se encuentra más allá de sus leyes positivas. Un estado puede reconocer a ese Dios o reino trascendente en ceremonias, símbolos e iconografía política que concuerden con las creencias locales. Puede reconocer que los derechos y deberes, así como los principios morales y las prácticas de vida, tienen sus raíces en lo que los fundadores estadounidenses denominaron “la ley de la naturaleza y el Dios de la naturaleza”. Pero más allá de eso, el Estado no puede ni debe ir. Dios es un “concepto metalegal”, insiste Domingo, por encima de las formulaciones de cualquier Estado o de cualquier orden jurídico político (p. 63-79). El Estado gobierna los asuntos seculares, pero no tiene jurisdicción sobre la religión. Eso se deja a la conciencia y al alma de cada individuo, ya sea solo o en comunidad (religiosa). La metáfora del “muro de separación” subraya que “Dios no es miembro de la comunidad política ni de la comunidad religiosa. Dios está fuera de ambas, pero las ilumina” (p. 57, 89-91).

Por lo tanto, los Estados no deben establecer oficialmente una religión mediante una norma secular, ya sea cristiana, judía, musulmana, hindú, taoísta, confuciana o de otro tipo. El Estado no pinta nada dictando, definiendo o favoreciendo ninguna doctrina religiosa, liturgia, texto o canon en particular. No tiene por qué intervenir en la política, la propiedad o el personal de ningún organismo religioso. No tiene por qué coaccionar a sus súbditos para que practiquen o financien la religión, ni discriminar a favor de una religión y en contra de otra. Para Domingo, reducir a Dios y a la religión a una simple categoría política o a un mandato legal es, en última instancia, una forma de idolatría política, incluso de blasfemia. Los enfoques *religiosos* tradicionales del derecho y la política, aunque hayan sido populares en el segundo milenio, no pueden sostenerse en nuestra era secular moderna (p. 73-88, 100-111).

Los Estados tampoco deben establecer una ideología laicista o secularista –ya sea el liberalismo, el socialismo, el comunismo o el fascismo– que ocupe el lugar de una religión tradicional y exija una devoción y lealtad comparables, violando la conciencia del individuo, la independencia de las comunidades religiosas y la soberanía última de un Dios trascendente (p. 76-87). La Rusia estalinista, la China maoísta, la Alemania nazi, la Italia de Mussolini, la Camboya de Pol Pot: son solo algunos de los muchos ejemplos de Estados totalitarios modernos que se han arrogado este tipo de poder trascendente. Igualmente, inoportunas son las actuales políticas agresivas de *laicidad* en Francia, Bélgica y otros lugares de Europa, o las políticas de secularización obligatoria en el Canadá o la Turquía actuales y en la anterior jurisprudencia estadounidense de la Primera Enmienda. En última instancia, estas políticas estatales tampoco respetan a Dios, la religión y la conciencia. A veces catequizan versiones de “libertad, igualdad y fraternidad” que pueden atropellar las ideas religiosas de responsabilidad, diferencia y comunidad. A veces enseñan nacionalismo,

patriotismo y lealtad cultural que convierten en ídolos a un Estado, un pueblo y unas formas de vida. A veces protegen, promueven y prescriben ideas morales y éticas fundamentales sobre las familias, las escuelas, las organizaciones benéficas y otras “instituciones mixtas” con dimensiones religiosas y laicas que ponen en entredicho las enseñanzas milenarias de las comunidades religiosas. A veces tratan la religión como algo irracional, peligroso y prescindible (p. 85-88, 100-105).

Domingo se esfuerza en estos capítulos –y en su libro más extenso sobre *God and the Secular Legal System*– por contrarrestar estos nuevos “enfoques secularistas” del derecho y la política tanto como los antiguos “enfoques religiosos”. Promueve lo que él denomina “un enfoque teísta secular” que separa religión y Estado, que da cabida a todas las reivindicaciones sinceras de conciencia, que protege la búsqueda pacífica de lo “suprarracional”, y que defiende el funcionamiento interno de las organizaciones religiosas pacíficas que permanecen fieles a su vocación. Su enfoque llama a cada comunidad a respetar a Dios, pero no a convertirlo en objeto o fin del poder estatal. Pide a cada comunidad que respete la autonomía de las comunidades religiosas pacíficas, pero no otorga a ninguna comunidad religiosa el poder secular de coaccionar a sus súbditos o de controlar el Estado. Llama a las comunidades políticas y religiosas por igual a dar cabida a la conciencia de cada individuo, pero evitando colapsar las reivindicaciones de conciencia en simples reivindicaciones de preferencia personal. Y este planteamiento pide a todas las comunidades que reconozcan que las cuestiones morales fundamentales –la guerra y la paz, la vida y la muerte, el matrimonio y la familia, la naturaleza y la bioética, etc.– deben ser objeto de reflexión y resolución conjunta por parte de los Estados, las religiones y las conciencias privadas, y que dejen de pretender que estas cuestiones sólo pueden tratarse de forma dogmática, pragmática o neutral.

El capítulo 5 amplía este último argumento para criticar las influyentes teorías de Ronald Dworkin y Brian Leiter. Dworkin menosprecia la idea de Dios y la trascendencia, haciendo de todas las afirmaciones religiosas una mera variación de la ética y las elecciones personales. Leiter menosprecia la idea de libertad religiosa, tratando la religión como demasiado irracional, peligrosa e interesada para que un derecho laico la proteja o respete. Domingo desmonta sus argumentos y concluye que “la idea de Dios es fundamental para entender la libertad religiosa como un derecho que merece un trato especial y diferente de los derechos a la libertad de expresión, prensa, asociación, etc.” (p. 98). La libertad religiosa es el primer derecho porque protege las creencias más profundas de cada individuo y la dimensión trascendente (especialmente Dios) de la vida humana, que es esencial para la dignidad humana.

El argumento de Domingo depende de una compleja diferenciación de las distintas esferas de la vida y el poder. Presupone la capacidad de la razón secular y el derecho secular para operar con la religión como un aliado amistoso, pero ni como objeto ni como enemigo. Presupone la capacidad de la religión

para cooperar con el Estado, pero para permanecer confinada en su propia esfera principal y respetar las reivindicaciones de conciencia incluso de sus propios miembros. Y presupone distinciones entre religión y derecho, religión y moralidad, conciencia y creencia, secularidad y laicismo, el orden espiritual y el temporal, etc., fronteras todas ellas que han sido y son objeto de una feroz disputa.

Se trata de equilibrios delicados, pero el profesor Domingo aporta grandes conocimientos a la tarea, recurriendo a la política, la historia, la jurisprudencia, la teoría política, el derecho comparado, el derecho europeo de los derechos humanos y el derecho constitucional estadounidense para defender sus argumentos. Pone en el banquillo de los acusados a varios grandes eruditos – Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Robert Alexy, H.L.A. Hart, Lon Fuller, Jeremy Waldron, Harold Berman, John Finnis, John Rawls, Jürgen Habermas, Charles Taylor, Joseph Raz, Alasdair McIntyre y muchos otros, incluidos los Papas Juan XXIII, Juan Pablo II y Benedicto XVI– para elaborar y defender su posición.

Lo que emerge en estas páginas es el esbozo inicial de una teoría jurídica rica e innovadora dirigida a las cuestiones más fundamentales del derecho, la religión y el Estado que están desafiando a personas y pueblos de todo el mundo. Los lectores harán bien en profundizar en los escritos anteriores del profesor Domingo sobre derecho y religión, y estar atentos a las numerosas secuelas que este prolífico y original erudito publicará sin duda para completar su provocativa nueva narrativa del derecho y la religión.

Submissão em: 10 de dezembro de 2024

Último Parecer favorável em: 26 de março de 2025

Como citar este artigo científico

WITTE JUNIOR, John. Rafael Domingo, *Law and Religion in a Secular Age*, the Catholic University of American Press, Washington DC, 2024, 332 páginas, 75 \$, ISBN 978013237299. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 1, p. 212-219, jan.-abr. 2025.

ENTRANHAS DO DIREITO E DA ARTE

WALDIR DE PINHO VELOSO¹

RESUMO

Há elementos que ligam o processo de escravidão nos Estados Unidos e no Brasil. Igualmente, há diferenças. Tais diferenças aparecem, também, nas fases pós-escravidão, marcadas por lutas jurídicas nos Estados Unidos e por passividade no Brasil. Outra distinção reside na forma como os negros norte-americanos se envolveram em atividades produtivas, enquanto no Brasil as oportunidades foram diferentes. No Brasil, em relação a escravos e libertos, os números são manipulados por ideologias, tornando difícil um estudo com base em informações disponíveis em redes sociais e redes de comunicação de acesso livre. Por outro lado, há elementos que podem ser comparados não exatamente com escravidão de Portugal sobre Moçambique, mas na colonização que durou até quase o fim dos anos 1900. O presente artigo se dispõe a mostrar esses fatos e os números mais confiáveis, e lança pesquisa acerca dos verdadeiros libertadores da escravidão no Brasil. Conclui que os números podem ser atualizados com fundamento na séria pesquisa e também da séria doutrina se pode apurar os nomes das pessoas que verdadeiramente colaboraram para que houvesse o fim da escravidão no Brasil. Por último, na área da literatura, mostra o poema “E Daí” refletindo o domínio de Portugal sobre Moçambique até o ano de 1975.

Palavras-chave: escravidão; Brasil, Estados Unidos, Portugal, Moçambique, verdadeiros heróis, números da escravidão.

ABSTRACT

There are elements that link the slavery process in the United States and Brazil. There are also differences. Such differences also appear in the post-slavery phases, marked by legal struggles in the United States and by passivity in Brazil.

¹ Mestre em Linguística. Graduado e pós-graduado em Direito. Professor Universitário. Escritor. *E-mail:* waldirdepinhoveloso@gmail.com

Another distinction lies in the way in which black Americans became involved in productive activities, while in Brazil the opportunities were different. In Brazil, in relation to slaves and freedmen, the numbers are manipulated by ideologies, making it difficult to conduct a study based on information available on social networks and freely accessible communication networks. On the other hand, there are elements that can be compared not exactly with the slavery of Portugal in Mozambique, but with the colonization that lasted until almost the end of the 1900s. This article aims to show these facts and the most reliable numbers, and launches research on the true liberators of slavery in Brazil. It concludes that the numbers can be updated based on serious research and also on serious doctrine to determine the names of the people who truly collaborated in bringing about the end of slavery in Brazil. Finally, in the area of literature, it shows the poem “E Dai” reflecting Portugal’s domination over Mozambique until 1975.

Keywords: slavery; Brazil, United States, Portugal, Mozambique, true heroes, slavery figures.

1 PRIMEIRAS PALAVRAS

O presente texto tem por objetivo mostrar pesquisas bibliográficas que têm três fontes, todas dignas de classificação como “disciplinas”, porque estudadas isoladamente em toda Escola.

A pretensão é unir conhecimentos do Direito ao que contém na História e na Arte. Não se trata, porém, da “História do Direito”, mas o Direito de mãos dadas com a História. E a História mostra escritores de romances, crônicas e poemas. Logo, a Arte.

Alguns dos integrantes da Arte recebem, no texto, o reconhecimento de válidos defensores da liberdade das pessoas. Em outra seara, a História, em duas vertentes ou veredas, ora mostra o homenageado e ora o escorraçado das lembranças escritas e transmitidas nos bancos escolares.

Porém, além de “fazerem escola” há personagens que, apesar das adversidades, montam Escolas, no sentido de educandários, Faculdades.

O tom máximo, presente em todo o texto, envolve a cor da pele, a pele negra. Os sofrimentos, as lutas, as desumanidades e o tratamento abaixo da condição de irmãos aparecem em carne exposta, sem se esconder ou se aliar a correntes ideológicas apenas para se esconder de flechas que contêm as palavras.

Para o desenvolvimento do texto, há fatos dos Estados Unidos e do Brasil. E, ligando as aspirações de liberdade tanto do escravo quanto dos colonizados, há a comparação com o poema “E dai”, de autoria de Ruy Guerra. Poema que recebeu melodia de Milton Nascimento, estando a música em gravações fonográficas de alta qualidade.

2 O INÍCIO DA ESCRAVIDÃO NOS ESTADOS UNIDOS E O HISTÓRICO DE SE TORNAR ESCRAVO COMO PAGAMENTO DE ALGO

Os dados sobre a chegada dos escravos nos Estados Unidos são confiáveis. E, em razão do tema, revelam uma verdade revestida de total tristeza.

A prática da escravidão nas Treze Colônias inglesas não diferiu muito daquela testemunhada pela América portuguesa e parte da espanhola.

Jamestown, na Virgínia, primeiro assentamento permanente inglês na América, fundado em 1607, somente recebeu os primeiros africanos por volta de 1619, com a chegada de um navio holandês com “20 e poucos negros.”. Cento e oitenta anos depois, em 1800, a população escrava das ex-Colônias – agora já emancipadas – era de aproximadamente um milhão. Em 1860, esse número já havia sido multiplicado por quatro, totalizando, portanto, quatro milhões de escravos, boa parte deles nascida na América do Norte.

Curiosamente, de 1619 a 1640 boa parte dos negros que chegaram à Virgínia encontram-se [sic] numa condição de semiescravidão. Isso porque os primeiros colonizadores britânicos – pelo menos a maioria deles – adotavam um sistema de trabalho para pagamento da passagem para o Novo Mundo, ou algo equivalente, vale dizer, trabalhavam por um período de tempo (de três a sete anos) e ao final deste prazo obtinham a liberdade. Com o crescimento da população negra, essa prática foi gradualmente supressa.

Os escravos eram tratados e legalmente considerados como coisa, bem, propriedade. Não tinham qualquer direito e não podiam reclamar de eventuais maus-tratos. Eram comuns as punições com castigos físicos severos, divisão da família mediante venda de filhos ou outros parentes para proprietários distintos, entre outras. Na hipótese de o proprietário (senhorio) assassinar um escravo, a pena máxima se resumia a uma multa, raramente aplicada (SOUTO, 2015, p. 53-54).

Utilizar-se da mão de obra, por um período, sem correspondente remuneração em razão do alegado pagamento dos custos com transporte ou por outros motivos, era prática bem mais antiga do que a norte-americana de 1619. Na Bíblia, o primeiro Livro é o Gênesis. Representa o início, as primeiras narrativas. E, no capítulo 29 do Livro do Gênesis, a história fala de Jacó, filho de Isaac e Rebeca. Moravam em Bersabeia, região Sul do hoje país chamado Israel, até então a terra prometida de Israel.

Isaac abençoou Jacó e disse que ele se dirigisse a Padã-Harã, no Norte da Judeia, próximo de Nazaré, na Galileia. E ali visitasse a família do seu avô paterno, Batuel. E escolhesse uma sua prima para se casar.

Um irmão de Rebeca – a mãe de Jacó – era Labão. Esse tinha a filha Raquel que “era bela de talhe e rosto” e a filha Lia, que “tinha olhos embaciados” (enxergava pouco).

Jacó pediu permissão a Labão para se casar com a sua filha Raquel. Labão condicionou que Jacó trabalhasse como escravo para ele, Labão, pelo tempo de sete anos. Espécie de pagamento de dote. Jacó, encantado com Raquel, suportou os sete anos “que pareceram dias”. Completado o tempo de

escravidão, foi-lhe dado o direito de se casar. No momento solene e festivo do casamento, Labão levou Lia, em vez de Raquel, para a solenidade, na frente dos convidados. Em meio à festa, Jacó se casou com Lia. No dia seguinte, reclamou do tio e sogro, dizendo não aceitar que tivesse sido enganado, pois trabalhara como escravo para obter o direito de se casar com Raquel. O sogro propôs, então, que Jacó continuasse casado (só) com Lia por uma semana, durante o momento festivo – a festa de casamento durava sete dias – e, depois disso, poderia se casar também com Raquel, desde que continuasse trabalhando como escravo por mais sete anos. Jacó aceitou.

Trabalhou como escravo, portanto, quatorze anos para obter o direito de se casar com Raquel.

Em relação aos escravos norte-americanos, alguns Estados-membros, mesmo em época de Colônias inglesas, ou os libertaram ou tentaram libertá-los. Há casos em que a Suprema Corte dos Estados Unidos tachou de inconstitucionais as Leis das Colônias que libertavam os escravos, por entender que os escravos eram “seres de classe inferior”, eram “objetos ou coisas” integrantes do patrimônio dos seus senhores. Assim, as tentativas de concessão de liberdade aos então escravos, em cada Estado-membro, nem sempre se tornaram realidade porque a lei estadual era declara inconstitucional pela Suprema Corte.

Mesmo após o fim da escravidão em todo o país norte-americano, continuou o separação (diziam que os negros eram “iguais, mas separados”) de escolas e vagões ou assentos dos transportes coletivos, como exemplo, para negros e para os colonizadores. Havia locais também em que a frequência de negros era proibida. E não se podia haver casamento de negro com descendente de europeu ou com os brancos nascidos nos Estados Unidos.

Assim se deu por muitos séculos. A segregação racial era ou lei ou costume, tidos como insuperáveis.

Somente em 1954 houve o entendimento de que os negros poderiam frequentar escolas antes exclusivamente para brancos. E, sob protestos e maus tratos por parte dos brancos (que sentiam a presença de negros como se fosse uma invasão de estranhos em seus ambientes anteriormente reservados), foi a realidade dos primeiros negros que exigiram o direito de frequentar escolas “de brancos”. Um pouco antes, por decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos (o “*Board of Education*”, espécie de Sindicato das Escolas, não admitia a ordem dos juízes locais e recorria até à Suprema Corte), alguns afro-americanos se matricularam em escolas que somente admitiam brancos. Obrigadas a receber esses alunos, as escolas faziam duas partes com as carteiras/cadeiras/bancos. Os brancos ficavam em frente ao Professor. Longe deles, em um anexo quase sem visão do Professor, ficava o aluno de cor negra (quase sempre, um só aluno, por isso, o uso do singular).

Um dos primeiros negros a ser admitido em Universidade que somente aceitava branco foi George W. McLaurin, que adentrou na Oklahoma University, em 1948, por ordem judicial. Assistia às aulas em um corredor que dava acesso ao local em que os brancos viam o Professor em sua frente.

3 O INÍCIO DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

Os primeiros africanos chegaram ao Brasil entre 1539 e 1542. Uns, aportaram-se em Pernambuco. Neste Estado, por sinal, quando chegava um navio negreiro, a notícia que se mandava espalhar nas cidades era que estavam disponíveis “galinhas” para aquisição. A “senha” de que “há galinhas novas no porto” era porque a Marinha Inglesa não admitia transportar escravos. Assim, os navios tinham cargas de galinha-d’angola (o cocá ou cocar, devido ao cântico que exercem) e, na parte de baixo, estavam os escravos, confinados na escuridão e falta até de ar na parte mais funda do navio.

Motivo, por sinal, de haver uma localidade pernambucana chamada “Porto de Galinhas”.

Para o Brasil, em três séculos, foram transportados cerca de quatro milhões de africanos, para serem escravos dos senhores portugueses e já brasileiros que ganhavam as terras da Coroa Portuguesa.

Em 1850, a Lei Eusébio de Queirós proibiu o transporte de escravos da África para o Brasil. Fraudulentamente, continuou. E em condições piores para os transportados, porque ficavam escondidos em locais escuros e sem ventilação, para que os navios, se inspecionados, não anunciassem que transportavam pessoas da África para a escravidão no Brasil.

4 NÚMEROS DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

Depois de 22 anos sem que chegassem, legalmente, navios negreiros carregados no Brasil, em 1872, Dom Pedro II (Imperador do Brasil de 1840 e 1889) encomendou um censo em que eram destacadas as presenças de negros e de indígenas no Brasil. O primeiro e mais confiável censo. As 21 Províncias (hoje, Estados-membros) já eram divididas em municípios, e em cada município as Paróquias tinham espaço geográfico definido. Eram 1.440 Paróquias no Brasil. Coube à Igreja o ato de visitar todas as casas – cada Paróquia, em sua circunscrição – e fazer as anotações das pessoas, com detalhes se eram livres ou escravas, e de como as pessoas se declaravam em relação à cor.

A população brasileira, em 1872, era de 9.930.478 habitantes, segundo dados desse primeiro censo brasileiro. Incluindo livres e escravos.

É válido lembrar que a Lei do Ventre Livre (assinada pela Princesa Isabel), segundo a qual todo filho de escravo já nascia livre, é de 28-9-1871. Portanto, o Censo de 1872 pegou pouquíssimos recém-nascidos já livres da escravidão.

Seguindo a linha do tempo, em 1885, Dom Pedro II promulgou a Lei dos Sexagenários. Todo escravo ganhava liberdade ao completar sessenta anos. E em 13-5-1888, a Princesa Isabel, ocupando o cargo de Regente, acabou com

a escravidão. Por sinal, o Brasil foi o último país da América a acabar com a escravidão.²

Por essa evolução, pode-se mostrar que o Brasil teve a população escrava diminuída a cada período. Embora em três séculos tenham chegado ao Brasil quatro milhões de africanos para serem escravizados (eram atraídos por passeios em navios com os “pomposos” nomes como “Amável Donzela”, “Boa Intenção”, “Brinquedo dos Meninos”, “Caridade”, “Esperança”, “Feliz Destino”, “Feliz Dias a Pobrezinhos”, “Graciosa Vingativa” e “Regeneradora”), as leis abolicionistas diminuíram a população escravizada. Assim, em 1864 havia um milhão e setecentos e quinze mil escravos; dez anos após, eram 1.540.829 escravos; em 1884, eram 1.240.806. E, um ano antes da abolição da escravatura, em 1887, foram contabilizados 723.419 escravos, com mais de 482 mil apenas na Região Sudeste (a que empregava mais mão de obra escrava, por ter maior população) e 172 mil na Região Nordeste (a Bahia, com a metade).

Esses números são os mais bem aceitos. Há informações, disponíveis no não confiável meio digital, de que a população do Brasil, em 1872, quando do censo encomendado por Dom Pedro II, era de 382.132 pessoas. Destas, segundo informações, 176.057 foram classificadas como “africanos”, sendo que eram 138.358 escravos e 37.699 livres. Vê-se, claramente, ser incoerente. Em um país continental, com cidades fortes como (São Sebastião do) Rio de Janeiro (fundada em 1.º-3-1564) e São Paulo (fundada em 25-1-1554), torna-se inviável acreditar em uma população geral de 382 mil pessoas. A primeira cidade citada tinha 274.972 habitantes em 1872. São Paulo tinha, no mesmo ano, 31.385 habitantes. E os escravos (que eram 723.419 pessoas) estavam, precipuamente, nas fazendas, tendo as casas somente algumas cuidadoras da casa e das crianças. Muitas das mulheres escravas das cidades, eram mantidas para amamentar os filhos das “madames”, ou para deleites sexuais dos seus “donos”.

² Há fontes que dizem ser o Brasil o “último país do mundo” a abolir a escravidão. Não é bem assim. A Mauritània, encravada no Noroeste africano, somente aboliu, legalmente, a escravidão em 1981. Foi um ato político, sem sanção para situações de escravidão. Somente em 2007 houve a fixação da manutenção da escravidão como crime. Portanto, este é o marco que pode ter sido o último, embora ainda haja situação de escravidão, em grande quantidade, na própria Mauritània e no Sudão. Em tempos atuais, a rica Aràbia Saudita somente deixou de ter escravos em 1962.

No Sudão, especialmente, é comum, em pleno ano de 2025, que crianças sejam sequestradas na parte Sul e levadas para trabalhos escravos no Norte. Também acontece de, ao chegarem aos dezessete a dezoito anos, os escravizados sejam mortos, por já começarem a entender que não há justiça em serem mantidos como escravos.

Há, também, o termo “escravidão moderna”, que engloba os casamentos forçados, os pagamentos de dívidas com trabalhos forçados e o emprego de mão de obra não remunerada. Segundo a Organização Internacional do Trabalho, há ainda quarenta milhões de pessoas, no mundo atual, nessa condição. Dessas, dez milhões são crianças trabalhando, como as que pedem dinheiro nas ruas para sustentar pais ou parentes que não trabalham e vivem da exploração do trabalho infantil. Nestes números não se encaixam o que fizeram os venezuelanos, no ano de 2023, que chegaram ao Brasil e exibiam famílias com crianças como argumento para pedir dinheiro, porque a “exploração” da criança é apenas moral, por a criança não atuar pedindo; apenas sendo “cartão de visita” que demonstra necessidade.

4.1 Diferença de Números

As dificuldades de acesso aos números reais residem no fato de pessoas que se dizem pesquisadoras costumam, no Brasil, colocar feições ideológicas em suas informações. Há números assustadores, até oficiais (como os emitidos pelo IBGE) como:

- em ano eleitoral, as estatísticas oficiais apresentarem percentuais insignificantes de pessoas sem registro civil de nascimento, como aconteceu em 2014, cujo sub-registro foi tido como de um por cento, sendo que em 2011 os brasileiros sem registro de nascimento eram 8,2%; em 2012, 6,7%; em 2013, 5,1% e em 2015, depois das eleições, voltou o IBGE a anunciar que 4,21% da população brasileira não tinha registro civil de nascimento, seguindo 2016 com 3,22%. E em 2017, com 2,61% dos brasileiros não tinham registro civil (VELOSO, 2021, p. 63);
- mais gente passando fome do que a própria população brasileira;
- mais população morando nas ruas de algumas cidades do que em casas.

São somente alguns exemplos. A distorção em relação ao número de escravos no Brasil, em alguns estudos publicados, colocam os pesquisadores em busca de fontes mais confiáveis, mais isentas de coloração político-partidária. Procura que é uma tarefa difícil.

Outras vezes, os próprios censos descontinuam um item de pesquisa. Além de 1872, os censos de 1890, 1898 e 1950 continham perguntas sobre a etnia ou cor que o entrevistado se considerava. Nos censos de 1900, 1920, 1940 e 1970, não se pesquisou sobre a cor dos respondentes.

Historicamente, poucos se declaravam negros ou pardos. Quase todos queriam se declarar brancos. Nos últimos anos, em razão das quotas em universidades e em concursos públicos, que reservam vagas para pessoas que se autodeclararem de cor negra, as denúncias passaram a ser ao contrário: quem não tem o aspecto físico externo de origem afrodescendente assim se declara, para obter vaga universitária ou uma colocação no serviço público mais facilmente.

A questão das quotas continua a ensejar discussões.

O terceiro bloco, Educação, levanta as questões referentes a este campo, no que diz respeito às políticas adotadas pelo Ministério da Educação (MEC) tanto para o ensino escolar quanto na implantação do sistema de cotas raciais nos vestibulares de algumas universidades públicas. A atenção concentra-se nesse último aspecto, por se tratar de um assunto bastante polêmico no contexto brasileiro. O posicionamento crítico parte da preocupação de que a adoção de cotas[,] baseando-se em critérios raciais[,] prejudica a grande maioria dos concorrentes dos vestibulares, em especial aqueles que possuem

condições sociais e econômicas de desprestígio. Os autores avaliam que as cotas não atingem o problema central da falta de vagas na educação básica e gratuita para toda a população, principalmente para a população pobre, que inclui indivíduos de todas as cores (VELOSO FILHO; KABAD, 2010, p. 209).

5 O “CUSTO” POLÍTICO DA ABOLIÇÃO DA ESCRAVIDÃO

A Princesa Isabel era Senadora (a primeira do Brasil) e, por ser da linha sucessória, ocupou a Regência do Brasil por três vezes, tornando-se a primeira mulher a comandar um país das três Américas. Filha de Dom Pedro II e nascida no Brasil em 29-7-1846, no Rio de Janeiro, tinha ideias abolicionistas e, por isso, era ferrenhamente criticada pelos proprietários de escravos. Dentre os maiores adversários antiabolicionistas, figuravam os ocupantes de altos cargos na Administração, como o Barão de Cotegipe (nome de batismo: João Maurício Wanderley).

A força abolicionista da Princesa Isabel – na terceira vez que se tornou Regente do Brasil, em 3-6-1887 – forçou o Barão de Cotegipe a se demitir da condição de Primeiro-Ministro. E ela nomeou o colega abolicionista João Alfredo Correia de Oliveira para o mandato de Presidente do Congresso Nacional (então chamado Assembleia Nacional), o que facilitou a tramitação da Lei Áurea de 1888. Antes, sob a batuta dos antiabolicionistas, a resistência na Assembleia Nacional era enorme. Poucos senadores e deputados aceitavam discutir a lei que acabaria com a escravidão, o que era uma “bandeira” da Senadora e, por vezes, Regente do Brasil (não era Imperatriz propriamente dita porque substituíra o Pai, nas viagens deste ao exterior, especialmente para tratar da saúde, pois, com sessenta ou mais anos, já era fase de velhice de Dom Pedro II, em época de pouca média de vida).

A Princesa Isabel foi ameaçada de toda forma, por querer libertar os escravos e por convencer os deputados e senadores a não colocarem no texto da Lei Áurea (em fase de discussão e redação) que o Brasil deveria indenizar os proprietários dos escravos que se tornariam livres. Ela chegou a ouvir e ler publicações do Barão de Cotegipe, na data da publicação da Lei Áurea, de que “Vossa Alteza libertou uma raça, mas perdeu o trono”.

Apoiado pelos escravagistas, em 1889, houve um golpe de Estado e aconteceu a Proclamação da República, sendo afastada a possibilidade de Imperadores no poder nacional. Estava, sim, consolidada uma das ameaças que a Princesa Isabel recebera. Ela “pagou” com a perda dos cargos de Princesa, Senadora e futura Imperatriz, pelo fato ter libertado os escravos.

Com o poder assumido pelos golpistas, a Princesa Isabel, Dom Pedro II e toda a Família Imperial foram expulsas do Brasil. Isabel se mudou para Eu, na França, onde morreu. Além da expulsão, o Palácio da Guanabara, propriedade particular da Família, foi confiscado. A Família acionou a Justiça, em tentativa

de retomar a propriedade. A ação tramitou por 125 anos e, em 2020, o Supremo Tribunal Federal determinou que o Palácio pertence à União, sendo consolidada a apropriação, pelo Estado, da propriedade privada, ao contrário do que dispõe a Constituição.

6 ABOLICIONISTAS BRASILEIROS

Tem-se o poeta Castro Alves (Antônio Frederico de Castro Alves, nascido em 1847 e falecido em 1871) como “o poeta dos escravos”, tal como nos Estados Unidos a escritora que defendeu a liberdade foi Harriet Beecher Stowe.

História interessante tem Luís Gonzaga Pinto da Gama (Luís Gama, nascido em 1830 e falecido em 1882). A mãe era escrava; e o pai, branco. Tornou-se escravo aos dez anos e somente foi alfabetizado aos dezessete anos. Estudou Direito (na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) e foi famoso como advogado, abolicionista, orador, jornalista e escritor. Tornou-se o “Patrono da Abolição da Escravidão do Brasil” e já foi referido como o maior inimigo das elites (proprietários de escravos) e do próprio Imperador Dom Pedro II.

Há abolicionistas consagrados, como André Rebouças³, Gonçalves Dias, Joaquim Nabuco⁴ e José do Patrocínio.

A figura maior e mais comemorada é Zumbi dos Palmares, cujo nome original é Francisco. Uma das versões da sua história mostra que o Governador do Pernambuco fizera um pacto com o Quilombo de Palmares, dando liberdade dos escravos fugidos e ali estabelecidos, desde que todos aceitassem as leis portuguesas, vigentes no Brasil. Zumbi, que fora criado e alfabetizado pelo Padre Antônio Melo, tinha conhecimentos sobre liberdade em outros países, além de conhecer a Língua Portuguesa e o Latim. Por discordar do pacto que o líder Ganga Zumbi, do Quilombo de Palmares, fizera com o Governador da Capitania de Pernambuco, Francisco/Zumbi se tornou o líder do Quilombo, em luta pela liberdade dos escravos.

³ Em um reconhecimento público parcial, a Lei 15.003, de 16-10-2024, determinou que “**Art. 1.º** Fica inscrito o nome de André Pinto Rebouças, conhecido como André Rebouças, no Livro dos Heróis e Heroínas da Pátria, depositado no Panteão da Pátria e da Liberdade Tancredo Neves, em Brasília.”. Incontestável, porém, é que do texto da Lei não consta nem sequer qual a atividade desenvolvida por André Rebouças para que ele mereça a honraria. Mas, já é um bom começo. André Rebouças foi Engenheiro Militar e inventor, sendo grande colaborador de Dom Pedro II para assuntos de infraestrutura. O túnel Rebouças, construído entre 1962 e 1967 na cidade do Rio de Janeiro, presta homenagem a André Rebouças e seu irmão, também Engenheiro, Antônio Rebouças. Eram baianos. Embora a Lei não o diga, André Rebouças é herói nacional por ser abolicionista que muito colaborou para que a Lei Áurea fosse assinada pela Princesa Isabel. Não, por ter sido Engenheiro.

⁴ Nabuco e outros abolicionistas da sua época tinham por vontade “reconstruir o Brasil sob um regime de trabalho livre e unir as raças na liberdade” (DANTAS, Carolina Vianna. O “Brasil café com leite”: mestiçagem e identidade nacional em periódicos: Rio de Janeiro, 1903-1914. Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 2010, p. 275, *apud* GOMES, 2011, p. 7).

Grande parte dos historiadores, porém, traz para Zumbi dos Palmares a figura de um proprietário de escravos e que chegava a denunciar os escravos que tinham planos para obtenção da liberdade.

As informações sedimentadas sobre Francisco (cujo nome conhecido é Zumbi dos Palmares) são poucas, o que faz com que, para uma porção da sociedade, ele seja cultuado como sendo um abolicionista de marca maior. Contrariando as divulgações recentes e extraoficiais, as qualidades de denunciador dos planos de fugas de escravos, e depois proprietário de escravos, para Zumbi dos Palmares, estão com historiadores de destaque como Berger (2007, p. 11); Carneiro (2011), Martins (2007, p. 99) e Risério (2007, p. 408). Os historiadores se prendem aos poucos documentos existentes. São poucos, mas os dados comprovados não condizem com a difusão de qualidades de libertador para o personagem.

Em relação à tentativa de fazer de Zumbi (Francisco) um herói nacional, pode-se recorrer às palavras de Gomes (2011, p. 2) que explica que uma pessoa, para ser séria historiadora, tem a obrigação de trilhar pela

tentativa de não heroicizar ou de executar o que Pierre Bourdieu classificou como “ilusão biográfica”, isto é, não trabalhar o sujeito sem compreender o contexto e o caminho que viveu ou percorreu, além de ter como ponto de partida o fato de que tal sujeito, ao relatar suas experiências, pode ocultar ou manipular informações. Para isso toda e qualquer fonte de informação deve ter sua “crítica interna” feita com acuidade, justamente por não oferecer apenas uma “narração dos fatos”.

Na nota de rodapé, a autora explica que a doutrina de Pierre Bourdieu está presente no capítulo “A ilusão biográfica”, inserto no livro “Usos & abusos da história oral” (Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006), coordenado por Janaína P. Amado Baptista de Figueiredo e Marieta de Moraes Ferreira.

A abolicionista maior do Brasil, porém, não aparece nas louvações, apenas por ser branca. Trata-se da Princesa Isabel. Ela foi autora da Lei do Ventre Livre e da Lei Áurea. Para a aprovação da primeira, trabalhou junto a todos os membros da “Assembleia Nacional” (Deputados e Senadores), e, quando aprovada, coube a ela assinar a Lei, por estar com qualidades de Regente naquele momento. A Lei Áurea foi da sua própria lavra e assinatura, tendo ainda se esforçado para obter votação pela aprovação, no Congresso. Além disso, com seu próprio dinheiro, a Princesa Isabel comprava a liberdade de muitos escravos, conseguindo a alforria, apenas para deixá-los fora do jugo dos fazendeiros. E manteve, financeiramente, o “Quilombo do Leblon”, em todas as suas despesas, local em que os ex-escravos ainda sem emprego formal podiam cultivar flores, mais precisamente as camélias-brancas. Os alforriados passavam a sobreviver da venda de tais flores, enquanto apareciam ocupações mais rentáveis. Os poucos conhecedores da versão abolicionista da Princesa Isabel sabem que essa flor é o símbolo da abolição da escravatura exatamente por esse motivo.

Aos grupos ideológicos, porém, não interessa muito a História. A preferência é por buscar atos de heroísmos em uma pessoa de cor negra. Por sinal, quem tem essas qualidades sem quaisquer contestações é Luís Gama.

Por outro lado, não se tem o dia 13 de maio – dia da abolição da escravatura no Brasil – como um dia importante para a “consciência negra”. E, obviamente, nada é creditada à Princesa Isabel, por ser da aristocracia e por ser de cor branca, descendente direta de europeus. A Lei 14.759, de 21-12-2023, declarou o dia 20 de novembro feriado nacional com o nome “Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra”.

Antes, a Lei 10.639, de 9-1-2003, determinara inserir o art. 29-A na Lei 9.394, de 20-11-1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). A alteração no texto da Lei trouxe a obrigação de os ensinos fundamental e médio ministrarem a disciplina “História e Cultura Afro-Brasileira”. E, ao acrescentar o art. art. 79-B, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira, ficou determinado que “O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como ‘Dia Nacional da Consciência Negra’.”.

6.1 Outros Brasileiros Esquecidos

É certo que o escritor Machado de Assis é um dos poucos grandes conhecedores da Língua Portuguesa (depois dele, somente Cyro dos Anjos escreveu com tanto conhecimento gramatical). As obras literárias de Machado de Assis o colocam como sendo o maior escritor brasileiro. O que não se diz a todo momento é que o sucesso nacional de Machado de Assis aconteceu mesmo sendo ele um negro, nascido no Rio de Janeiro em 21-6-1839 e falecido também no Rio de Janeiro em 29-9-1908.

Os movimentos negros poderiam buscar mais subsídios sobre Joaquim Maria Machado de Assis e outros escritores brasileiros, para mostrar quem são os intelectuais brasileiros e o tanto que os afrodescendentes colaboram para a literatura brasileira. A acusação contra Machado de Assis é que ele não tem o negro como personagem dos seus livros, como se o fato pudesse ultrapassar a cor da pele do próprio autor de sucesso. Muitas vezes, o não reconhecimento de Machado de Assis é um eufemismo para não valorizar quando ele escreveu, aos olhos da época, que a abolição tinha tudo para apenas se tornar uma mudança de relações trabalhistas econômicas, pois a libertação dos escravos ainda os deixaria com qualidades de sub-remunerados em suas atividades. O que, de fato, é uma realidade até hoje.

Outro intelectual que merece destaque é Hemetério José dos Santos. Nasceu em 3-3-1858 em Codó, Maranhão, e faleceu em 1931, no Rio de Janeiro.

Foi o primeiro Professor negro do ensino regular brasileiro. Lecionou no Colégio Pedro II (a única instituição de ensino que é citada, nominalmente, na Constituição brasileira de 1988, no § 2.º do art. 242), já considerada instituição

imponente, fundada que fora em 1837.⁵ Lecionou as Línguas Francesa e Portuguesa. Foi um filólogo (fundador, por sinal, da Academia Brasileira de Filologia) e escritor. Publicou livros e tinha coluna permanente nos jornais cariocas.

Ser o primeiro Professor negro brasileiro não é a maior característica de Hemetério José dos Santos. O que mais lhe qualifica foi ter sido um defensor da democracia racial e um intelectual que levou, às salas de aulas e às conferências e palestras, os insistentes pedidos do fim do racismo e do preconceito. Lutou pela igualdade entre os povos brasileiros, em época de preconceito oriundo ainda do tempo da escravidão. Toda a sua trajetória foi em busca da inclusão social do negro.

Alguns textos publicados alhures o colocam como Professor durante o período da escravidão. O que merece ressaltar. A Lei Áurea (Lei Imperial 3.353) é de 13-5-1888. E Hemetério dos Santos começou a lecionar no ano de 1888. Ainda que tenha iniciado trabalhar como Professor em março de 1888 (as aulas não começavam em fevereiro e, sim, em março), o seu período de Professor, durante o período da escravidão, alcançou somente dois meses, um interstício em que ele se esforçava até mesmo para ser aceito como Professor. A sua luta, em sala de aula, não foi pelo fim da escravidão. Por sinal, ele não foi escravo, porque o seu pai era o fazendeiro Major Frederico dos Santos Marques Baptisei. Sua mãe, a até então escrava Maria, ao se tornar grávida do dono da fazenda, passou a ser a legítima esposa e perdeu a condição de escrava, tendo mais filhos (pelo menos, Graciliano e Theóphilo, batizados e registrados como filhos do fazendeiro no mesmo dia que Hemetério o foi) com o mesmo marido.

No livro “Pretidão de Amor” (1906, p. 51, *apud* GOMES, 2011, p. 5), Hemetério José dos Santos escreve, pleiteando igualdade racial, a qual, pelas suas palavras, chegaria

Só quando a sociedade atingir o ideal de simples e natural anarquia, na boa acepção do termo, quando o amor se livrar das impurezas dos sórdidos e mesquinhos interesses, da grosseria soez e caprina, quando as portas dos nossos Institutos se não fecharem aos negros [...] e aos deserdados da fortuna, quando for eficaz e real a salutar e justa fraternidade, quando de braços unidos e de corações em harmonia forem amigos, na vida, os que cultivam a terra, e aqueles que dos seus frutos gozo têm, sem trabalho e sem fadiga [...].

Um dos motivos de Hemetério dos Santos não ser estudado profundamente no Brasil pode ter uma origem que camufla a ideologia de querer receber créditos sem antes participar do trabalho. É que ele defendia a ascensão e a igualdade

⁵ O ato de criação foi assinado pelo Ministro Interino do Império, Bernardo Pereira de Vasconcelos, quando Dom Pedro II completava doze anos. Na época, o então chamado Pedro de Alcântara era Príncipe Regente e, pela Constituição de 1824, se acontecesse renúncia, morte ou outro fato de saída do Imperador Pedro I, deveria haver um período regencial até chegar à maioria civil – 18 anos – do filho, que seria o sucessor. Maioridade que se daria em 1844. Em 1840, houve o “Golpe da Maioridade” e, aos 14 anos, foi coroado Imperador, recebendo o nome de Dom Pedro II.

pela educação, pelo estudo, pelo esforço que resulta no trabalho, muito além da luta classista.

Há também um médico brasileiro, chamado Caetano Lopes Moura. Nasceu em Salvador em 1779. Integrou o grupo que fez o levante popular denominado “Revolta dos Búzios” (ou “Revolta dos Alfaiates” ou “Conjuração Baiana”), em 1798, tentando o fim da escravidão e a independência do Brasil. No meio da repreensão do Exército português contra os revolucionários, Caetano Moura conseguiu fugir para Portugal. Lá, recebeu asilo político e estudou Medicina na Universidade de Coimbra. Após a graduação, ingressou no Exército português, servindo como médico durante a “Guerra Peninsular”, em 1808. Essa guerra colocou, de um lado, a França; e, do outro, Portugal e Espanha. Ao término da guerra, vencida pela França, Caetano Moura se mudou para a França, onde passou a atuar como médico. Foi uma espécie de traição, pois integrava o Exército derrotado. Em Paris, começou a integrar a equipe médica de Napoleão Bonaparte e se tornou o principal médico particular desse político importante. Cuidou da úlcera de Napoleão até que, em 18-6-1815, houve a derrota do Imperador, na Batalha de Waterloo, vencida pelos ingleses e prussianos (alemães).

Com a derrota do Império Francês, aconteceram para Caetano Moura novas dificuldades. A sociedade parisiense não o aceitou, por ter sido médico pessoal do derrotado Imperador. Em Portugal, também tinha a fama de desertor. Sem campo para atuar como Médico na França, passou a fazer tradução para o Português de livros literários e didáticos, especialmente de autores ingleses, franceses e alemães. Caetano Moura era poliglota. Foi o editor de “Os Lusíadas”, de Luís Vaz de Camões.

Sem prestígio e sem dinheiro, voltou para o Brasil em 1846, aos 67 anos. Não conseguiu se firmar como médico, e precisou até de comiseração rueira – esmolas, em perfurantes palavras – para sobreviver. Ao tomar conhecimento de que um brasileiro se tornara médico particular de Napoleão Bonaparte, e que agora passava por grandes dificuldades financeiras, Dom Pedro II usou do seu próprio rendimento pessoal e passou a destinar uma remuneração mensal a Caetano Lopes Moura até 1860, quando o médico faleceu.

Retorna-se ao momento em que a Princesa Isabel, por defender os escravos, fomentou a fúria dos incomodados que promoveram o Golpe Militar que a História chama de Proclamação da República. Assim, ela e seu irmão, Dom Pedro II, foram desapeados do Poder. Mesmo tendo empregado dinheiro próprio para libertação de muitos escravos, em um primeiro momento, e tendo sido a responsável pelo fim da escravidão no Brasil, a Princesa Isabel é praticamente esquecida nos estudos, inclusive os raciais.

Da mesma forma, Hemetério dos Santos também foi esquecido pelos estudos raciais porque entendia e pregava que a educação nivela mais do que a simples reclamação. Ele próprio serve como exemplo: chegou a ser Professor e intelectual por méritos próprios. Falando sobre Hemetério José dos Santos, a

Professora Marcela Moraes Gomes (2011, p. 6) escreve e explica: “A forma usada pelo intelectual para alcançar tais posições, ainda que tenham sido levantadas algumas hipóteses, não é tão clara, mas podemos concluir que a sua atuação como professor exigente e respeitado foram uns dos motivos para tal façanha.”.

7 A DIFICULDADE BRASILEIRA DE ASCENSÃO DAS PESSOAS DE COR NEGRA

Nos Estados Unidos, a liberdade para os escravos começou a valer até mesmo poucos anos após o início da escravidão. Como informado anteriormente, o costume inglês implantado nas Treze Colônias Inglesas (Estados Unidos, antes da Independência) era de considerar a condição de escravo somente durante um período, como se fosse uma forma de retribuir o investimento em transporte. Ainda que esse sistema tenha acabado, anos após, havia negros livres desde 1622 (três anos após a respectiva chegada aos Estados Unidos).

A própria abolição da escravatura norte-americana se deu, Estado a Estado, muito antes do Brasil (até mesmo porque o Brasil foi o último país do mundo a acabar com a escravidão como ato “normal”).

Os negros norte-americanos tiveram liberdade mais cedo, mas a vida social foi isolada dos brancos até a metade do século XX. Durante três séculos, a separação entre negros e brancos chegava aos extremos. Os negros, porém, por não serem escravos, tornaram-se capazes de, financeiramente, custear as despesas para o acesso à Justiça, tendo as suas causas chegado à Suprema Corte. Em algumas vezes, quando envolvendo questões raciais, a Justiça foi negada aos cidadãos de cor negra, pois “Em *Dred Scott v. Sandford*, a Suprema Corte decidiu que as pessoas de cor negra não eram cidadãos [sic] e, portanto, não possuíam legitimidade para litigar perante o Judiciário.” (SOUTO, 2015, p. 71).

Claro: nos Estados Unidos, havia Defensoria Pública para assistir, sem custos, aos interessados. Mas nem sempre era fácil o acesso. Muitos dos negros, porque sem assistência, faziam suas próprias defesas frente aos “poderosos” juízes da Suprema Corte. O que mostra que tinham conhecimento escolar pelo menos para uma autodefesa, mesmo que precária.

Ainda em relação aos Estados Unidos

[...] o fato é que a guerra contra a escravidão foi vencida, no entanto, a batalha que lhe sucedeu promoveu imenso dissabor, constrangimento e maus-tratos a uma determinada raça. A disseminação do sentimento de inferioridade afetou mente e comportamento de milhões de afrodescendentes, por mais de meio século. Nesse sentido, e somente por ele, a batalha se sobrepôs à guerra (SOUTO, 2015, p. 73).

Já no Brasil, a liberdade tardou e, quando acabou a escravidão, os negros se tornaram ocupantes de subempregos, por não terem recebido escolaridade elevada e não terem dinheiro para aquisição de um imóvel para morar ou para trabalhar. Ao término da escravidão no Brasil, as propriedades rurais eram imensas e ainda estavam em mãos de poucos, sendo que alguns deles ainda tinham ligação com as Capitâneas Hereditárias e com a cessão das terras brasileiras às pessoas ligadas à Coroa Portuguesa.

Embora os ex-escravos não tenham tido uma discriminação direta no Brasil tão forte quanto nos Estados Unidos, tiveram – e seus descendentes têm – discriminação em diversos segmentos, especialmente havendo insignificante número pessoas da cor negra nos altos escalões da política e na Administração Pública como um todo. Ainda hoje.

Um setor em que a presença de negros vem crescendo, embora paulatinamente, é o empresarial. Afinal,

Os empreendedores negros correspondem a 52% dos donos de negócios no país, de acordo com levantamento feito pelo Sebrae com base em dados da PNAD do terceiro trimestre de 2023. O estudo revela que dos 29,3 milhões de donos de pequenos negócios do país, formalizados ou não, cerca de 15,2 milhões se autodeclararam pretos e pardos, enquanto 13,7 milhões (46,8%) brancos e 418 mil (1,4%) pertencentes a outras raças, como amarela e indígena.

O levantamento sobre empreendedorismo por raça-cor com foco no segmento dos que se autodeclararam negros indica também que é menor a diversidade de ocupações nesse grupo, onde as 10 principais atividades somam 78% do universo desses empresários. Esses empreendedores lideram, em termos de participação na agropecuária e na construção. Cerca de 13,9% dos donos de negócio negros (pretos e pardos) estão na agropecuária e 15,9% na construção. Estas proporções são maiores do que as verificadas, por exemplo, entre os brancos (13% e 10,1%, respectivamente) (NEGROS, 2023).

Os rendimentos econômicos, porém, não correspondem. Em 2023, o Sebrae identificou que “pretos e pardos” eram 13,2% dos empresários com estudos em Faculdades, enquanto os “brancos” eram 32% oriundos de Universidades e 31,8 dos empresários eram de “outras” etnias autodeclaradas. E, embora as pequenas empresas sejam dominadas por negros e pardos, o faturamento é diminuto, pois

Pesquisa conduzida pelo Sebrae revela que a proporção de empreendedores pretos e pardos em atividades mais tradicionais e simples – que demandam menos qualificação e geram menor retorno financeiro – é superior à de brancos donos de pequenos negócios. O estudo, feito com base na PNAD, mostra que apesar de serem maioria no universo empreendedor brasileiro, os negros donos de micro e pequenas empresas são os que têm o menor nível de faturamento (77,6% deles recebem até dois salários mínimos por mês) e o menor nível de escolaridade (45,1% têm somente até o ensino fundamental) (NEGROS, 2023).

Fatos que demonstram que há grande esforço. Às vezes, não há é resultado. Ainda assim, há três anunciados grandes empresários brasileiros de cor negra. Atuam em segmentos de cosméticos, educação (Faculdade) e comércio.

Não há outros muitos dados confiáveis disponíveis. O que se nota é que a inserção racial – ou a democracia racial – nem mesmo é tema anunciado, porque se for feito um estudo detalhado, a constatação será da extrema dificuldade de o negro se imiscuir nos campos da frente, os segmentos de destaque.

Os estudos sobre a história do negro no Século XX são escassos, mas bastam para dar uma resposta, se não inteiramente, pelo menos bastante negativa a esta última questão. Se o Brasil aprendeu a não ter vergonha do lado negro de sua cultura, se o samba virou símbolo de identidade nacional, não aconteceu, em paralelo, um esforço do País em promover social e economicamente seus cidadãos negros e mestiços (REIS, 2007, p. 96)

Ainda há muita discriminação. A raça negra tem, no século XXI, toda dificuldade de ascensão social e integração em segmentos diversos. Sucesso negro mesmo, e incontestável, está mais marcante no futebol e na música. Muitos são ídolos de todos os brasileiros.

O racismo, então, permanece um fenômeno arraigado na sociedade brasileira. E não se trata de fenômeno episódico – como seriam os escândalos de discriminação hoje prontamente denunciados na imprensa – mas estrutural, por se poder traduzi-lo por meio dos números que medem o padrão de vida e o tratamento recebido dos poderes públicos (ver, por exemplo, o perfil racial das vítimas da violência policial). Nós não temos segregação legal nem linchamentos organizados, como acontecia em outros países multirraciais – o nosso racismo já foi até chamado de “cordial” pelo DataFolha (Racismo Cordial, 1995) –, mas o resultado final não é menos perverso. A imensa maioria negra permanece “em seu lugar”. São raros os rostos negros nos altos escalões do poder político e econômico. Mesmo estados densamente negros como a Bahia e o Maranhão não conseguem formar bancadas expressivamente negras, quer no congresso nacional, quer nas assembleias estaduais e câmaras municipais. Nos poderes executivos, a situação é ainda mais crítica. A festejada formação de uma “classe média negra” – leia-se pretos e pardos – é um fenômeno ainda tímido numericamente, envolvendo entre cinco e oito milhões, num universo estimado em perto de 80 milhões de afro-brasileiros. Estes são todos dados bastante conhecidos, mas não custa lembrá-los num momento em que se faz um balanço deste tipo (REIS, 2007, p. 96).

8 A VOZ

Uma voz que, em tempos pós-escavidão, ainda tem liame com o domínio de uma pessoa sobre outra é a de Ruy Guerra. Em princípio, o domínio denunciado não é da escavidão, mas do colonialismo.

Ruy Guerra é português porque nasceu em Moçambique quando essa terra ainda era uma Colônia portuguesa. Moçambique somente ganhou a liberdade – e com muita guerra, é bom que se acrescente – em 1975. Nascido na capital – então chamada Lourenço Marques, hoje chamada Maputo – em 1931, teve educação portuguesa (os pais eram portugueses que se mudaram para Moçambique) e passou tempos na França, para onde se mudou com vinte anos.

Em 1958, mudou-se para o Brasil. Tornou-se cineasta, integrante do grupo criador do “Cinema Novo”. Só de filmes de longa-metragem, entre 1962 e 2020, foi diretor de 19 deles, sendo que um deles é uma série moçambicana de 30 horas, após a edição.

Escreveu muitos poemas. Quase sempre, com interpretação difícil, devido ao alto nível das palavras empregadas. Por isso, o que pode parecer luta pela libertação de Moçambique pode ser também a luta pela libertação dos escravos. Muitos dos seus poemas viraram músicas, com melodias de vários compositores brasileiros.

Os poemas “E daí?”, “Canto Latino” e “Bodas” receberam melodias de Milton Nascimento. “E daí?” foi musicado em 1976, quando Ruy Guerra estava filmando “A Queda” (nada de ligação com os filmes “A queda: as últimas horas de Hitler”, que é de 2004, e “A queda”, de 2022, e que nem brasileiros são). O poema foi composto, porém, antes da independência de Moçambique, em 1975.

Em “E daí?”, há versos de profunda perfuração. Quando escreve “Tenho nos olhos quimeras/ Com brilho de trinta velas” pode estar falando da luz que os moçambicanos ou os escravos esperavam. O mesmo duplo sentido está em “Tenho os intestinos roucos/ Num rosário de lombrigas/ Os meus músculos são poucos/ Pra essa rede de intrigas”, denunciando a fome de uns enquanto os donos do poder estão se fartando. O que é mais explícito ainda nos versos “Iguarias na baixela/ Vinhos finos nesse odre”, mostrando que os donos do poder têm alimentos nobres, enquanto (como segue descrevendo) “E nessa dor que me pela/ Só meu ódio não é podre”.

O poema “E daí?” ainda questiona: “Meus gritos afrolatidos/ Implodem, rasgam, esganam/”. Está claro: em vez de “afro-latinos”, o autor prefere dar a situação equivalente aos cães para as pessoas: afrolatidos. E os gritos são contidos, pois eles “implodem” em vez de explodirem, como seria o normal de um grito, uma indignação. E, para continuar, vem a frase máxima do poema: “E nos meus dedos dormidos/ A lua das unhas ganem”, com flexão do verbo ganir (o modo de os cães exprimirem um latido em tom de choro, gemido ou lamento). O problema – que a licença poética teria que se esforçar demais para aceitar – é que a “lua das unhas” é singular, e o verbo está empregado no plural. Ê que não são as unhas; é a lua. A lua das unhas.

“A lua das unhas”, é a parte branca que há nas unhas, tecnicamente chamada lúnula (que vem do latim com o sentido de “pequena lua”) e que é, em simples expressão, a raiz (em sua visão exposta) das unhas. O componente

triste da realidade é que a lúnula é sempre branca, porque é constituída da “camada basal subjacente” que sofre influência dos vasos sanguíneos. E, nas pessoas de pele escura, a “lua das unhas” é mais visível ainda, porque há o contraste de cores.

O texto de Ruy Guerra, altamente poético, fala que “Meu sangue de mangue sujo/ Sobe a custo, a contragosto/ E tudo aquilo que fujo/ Tirou prêmio, aval e posto”. E, em contraste “No meio destas bananas” estão “Os meus ódios e os meus medos”.

Em razão da profundidade do conteúdo do texto, é desaconselhável garantir que se trata de um texto abolicionista. Se não requer o fim da escravidão de uma pessoa sobre outra, grita contra o domínio de uma nação em relação a uma outra, a qual é tida como colônia. Por isso, o autor diz que “Tenho séculos de espera” e a escravidão no Brasil demorou três séculos e meio para chegar ao fim, e a segregação racial nos Estados Unidos levou também três séculos e meio para diminuir a um nível mínimo de igualdade entre brancos e negros. E, diz o autor, que os “séculos de espera” estão “Nas contas da minha costela”, que tanto podem ser formas de lembrar a falta de alimentação que deixa expostos os ossos das costelas quanto pode ser a representação das torturas que os escravos tinham.

A expressão “séculos de espera”, muito mais certamente, é do tempo em que Portugal teve Moçambique como Colônia, sem administração própria. Isto porque Portugal “descobriu” Moçambique em 1498 e o território somente ganhou independência em 1975, como já informado. No intervalo, de 1498 a 1501 ficou com administração diretamente instalada em Portugal. Na última data referida, passou a se chamar Estado da África Oriental ou Moçambique Português. Portanto, um Estado a mais de Portugal, embora desgarrado do Reino. Assim ficou até 1951, quando foi elevado à condição de Província Ultramarina de Moçambique. Continuou uma partícula do território português e, em 1972, houve apenas a mudança do nome para Estado de Moçambique. Foram, portanto, 477 anos de dependência. Mais do que “séculos de espera”, foi meio milênio de espera “com o brilho de trinta velas”.

Em qualquer hipótese, porém, o poema de Ruy Guerra pode ser um símbolo da luta pela liberdade dos escravos africanos, ainda que de outros tempos. Ou a busca de liberdade dos colonizados em relação aos colonizadores. Até mesmo porque, no poema “Canto Latino”, outro texto poético musicado por Milton Nascimento, traz os versos “E a dor que agora traz/ Aponta de ponta o norte/ Crava no chão a paz/ Sem a qual o fraco é forte” para terminar bem ao estilo dos moçambicanos terem que lutar contra Portugal para a obtenção da independência: “A primavera que espero/ Por ti, irmão e hermano/ Só brota em ponta de cano/ Em brilho de punhal ruço/ Brota em guerra e maravilha/ Na hora, dia e futuro”.

Este, porém, é outro texto de Ruy Guerra. Também, digno de análise e inserção.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Unir Direito, História e Arte traz, em si, dificuldades. As pesquisas bibliográficas chegam a fontes que contam a História pela óptica de quem se diz vencedor. O que camufla algumas situações e supervalorizam outras.

Há, porém, a presença da vontade de mostrar as pontas de um emaranhado de cordões que, se bem trançados, transformam-se em uma formosa e até decorativa corda. Corda que tanto serve para soerguer pesos quanto para amordaçar pessoas escravas; tanto para elevar produtos feitos pelas mãos criativas dos humanos quanto para separar locais para acesso reservado às classes dominantes. Cordas que tanto servem para segurança do que é transportado quanto para unir feixes de varas que eram utilizadas para – uma vez desamarradas e tendo as cordas prendendo aos escravos – ferir gente até a morte (e a morte de escravos, se causadas pelos senhorios, nos Estados Unidos, não era crime previsto nas leis penais, valendo apenas uma simbólica multa, jamais aplicada).

A finalidade do texto trançar e unir notas introdutórias de algumas espécies de lutas em contraste com as realidades. Algumas lutas, não reconhecidas pelos próprios beneficiados. Outras, motivo de os beneficiados passarem a trilhar novos e mais suaves caminhos.

O término, com transcrição de partes de um poema, mostra que a arte tem aplicação desde a época em que os escritores criavam personagens escravos como forma de denunciar os maus tratos até os tempos mais contemporâneos, quando ainda há o ato de subjugar pessoas e países. Às vezes, como Colônias “descobertas”; às vezes, por guerras.

Por serem tópicos introdutórios, obviamente as pesquisas profundas exigem estudos que venham a se imiscuir nas entranhas dos saberes.

E esses são outros sabores.

REFERÊNCIAS

BERGER, Marc. **O quilombo**: forma de resistência histórica dos escravos: um breve ensaio no exemplo de Palmares. München: Grin, 2007.

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

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE). Brasil 500 anos. Disponível em: <<https://brasil500anos.ibge.gov.br/en/territorio-brasileiro-e-povoamento/negros/populacao-negra-no-brasil>>. Acesso em: 27 dez. 2024.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE). **Estatísticas do registro civil 2014**. Volume 41. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

BRASIL. Lei 10.639, de 9 de janeiro de 2003. Altera a Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2003.

BRASIL. Lei 14.759 de 21 de dezembro de 2023. Declara feriado nacional o Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 dez. 2023, retificada no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 dez. 2023, edição extra.

BRASIL. Lei 15.003, de 16 de outubro de 2024. Inscreve o nome de André Pinto Rebouças no Livro de Heróis e Heroínas da Pátria. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 out. 2024.

CARNEIRO, Edson. **O quilombo de Palmares**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GOMES, Marcela Moraes. Hemetério dos Santos: o posicionamento do intelectual negro a partir das obras “Pretidão de amor” e “Carta aos Maranhenses.”. In: **Revista Cantareira**, Rio de Janeiro, Ed. Universidade Federal Fluminense, jul.-dez. 2011.

JOSÉ, Oíliam. **O negro na economia mineira**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1993.

MARTINS, José de Sousa. O branco da consciência negra. In: FRY, Peter et al. (Org.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 95-100.

NEGROS são maioria dos empreendedores brasileiros. In: Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae). 20-11-2023. Disponível em: <<https://agenciasebrae.com.br/dados/negros-sao-maioria-dos-empreendedores-brasileiros/>>. Acesso em: 6 jan. 2025.

REIS, João José. A presença negra: encontros e conflitos. In: **Brasil: 500 anos de povoamento**. Rio de Janeiro: IBGE, 2007.

RISÉRIO, Antônio. **A utopia brasileira e os movimentos negros**. São Paulo: Ed. 34, 2007.

SOUZA, Daiane. População escrava do Brasil é detalhada em Censo de 1872. Disponível em: <<https://www.gov.br/palmares/pt-br/assuntos/noticias/>>

populacao-escrava-do-brasil-e-detalhada-em-censo-de-1872>. Acesso em: 27 dez. 2024.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STOWE, Harriet Elisabeth Beecher. **A cabana do Pai Tomás**: a vida entre os humildes. Tradução de Nélia Maria Pinheiro Padilha von Tempski-Silka. José Ernani de Carvalho Pacheco (Editor). Curitiba: Juruá, 2011.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Registro civil das pessoas naturais**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2021.

VELOSO FILHO, Carlos Linhares; KABAD, Juliana Fernandes. Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo: Fry P, Maggie Y, Maio MC, Monteiro S, Santos RV. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. 363 p. In: **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Ed. Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz (ENSP/Fiocruz), v. 26, n. 1, p. 206-211, jan. 2010.

Submissão em: 4 de novembro de 2024

Último Parecer favorável em: 21 de janeiro de 2025

Como citar este artigo científico

VELOSO, Waldir de Pinho. Entranhas do direito e da arte. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 1, p. 220-240, jan.-abr. 2025.

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
Проϋποθέσεις 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

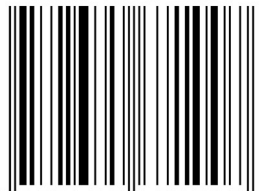
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

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