

# REVISTA

## ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 2, n. 3 (set.-dez. 2021)



Neste número:



# REVISTA

# ULTRACONTINENTAL DE

# LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714

Volume 2, número 3 (set.-dez. 2021)

#### **Fundadores**

Professor Mestre 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

2021

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

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA  
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 2, n. 3, set.-dez. 2021)  
Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Mestre Richardson Xavier Brant e pelo  
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

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

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

**Editor**

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

**Conselho Editorial**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana -  
Roma, Itália.

**Organização, padronização e revisão linguística**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

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

Maria Rodrigues Mendes

**Ficha Catalográfica**

---

Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. Vol. 2, n.º 3. Montes Claros/MG, Brasil,  
Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2021.

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:** Vinicius Silveira de Sousa - Bibliotecário - CRB6/3073

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

# SUMMARIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	5
<b>DOUTORADO</b>	
<b>Alberto Muñoz Villarreal</b> Situación actual de los seguros de D&O.....	16
<b>Duarte Rodrigues Nunes</b> O agente infiltrado <i>online</i> no direito português.....	35
<b>Edgar J. Moya Millán</b> La ponderación en una sentencia del Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa.....	73
<b>Encarnación Abad Arenas</b> La epoca postclásica del derecho romano: regulación y consolidación de las <i>arrhae sponsaliciae</i> .....	91
<b>Francisco José Cardona Vidal</b> Naturaleza Jurídica de los bienes recibidos en herencia por fundaciones canónicas y su enajenación.....	129
<b>Gianluca Ruggiero</b> Stato di necessità e conflitto di doveri nel triage pandemico: qualche riflessione di diritto comparato sui rapporti fra linee guida, raccomandazioni e cause di giustificazione nel diritto penale.....	138
<b>Jean-Sylvestre Bergé</b> Legal models of flow and control in question.....	153
<b>María Teresa Pérez Giménez</b> El control ¿judicial? de la adopción.....	185
<b>Mariella Bernasconi</b> Las TIC y el derecho de las relaciones de consume.....	208
<b>Sandeep Kulshrestha</b> Dreams of dry eyes: legal complications of surrogacy from the surrogate mother’s perspectives.....	218
<b>Vítor Luís de Almeida</b> O instituto da <i>discovery</i> e sua aplicabilidade nos sistemas processuais <i>common law</i> e <i>civil law</i> .....	233
<b>CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO</b> .....	243

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

**M**ais uma vez, a terceira no ano, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** se apresenta composta por artigos escritos por Professores Doutores. E de diversos países do mundo. E igualmente, vários Continentes. Desta vez, os Continentes são a América do Sul, a Ásia e a Europa. O que caracteriza a Revista como ultracontinental, como aquela que ultrapassa os Continentes, como a que não tem foco no local ou regional, mas está atenta às tendências do Direito em planos internacionais e intercontinentais.

Quanto aos países, são variados. E, no início de cada apresentação do autor, há a indicação do país da sua origem e raízes.

Neste volume 2, número 3 – o que se traduz como a terceira publicação do segundo ano de vida da Revista – os temas dos artigos científicos são desde o Direito das Famílias ao Direito Digital; do Direito Administrativo ao Direito Internacional; do Direito Securitário ao Direito Processual Civil; do Direito Penal e Processual Penas à Filosofia do Direito; do Direito Romano aos Direitos Humanos.

Estudos vários. Conhecimentos, *idem*.

ESPAÑA. Há estudos do ramo dos seguros que têm pouca divulgação junto ao público não diretamente ligado à atividade securitária. O Direito Securitário, por sinal, é composto por poucos especialistas e dedicados estudiosos. Um dos estudiosos do ramo securitário é o **Professor Doutor Alberto Muñoz Villarreal**. É autor de livro e de artigos jurídicos envolvendo seguros. Especialmente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o escritor renomado apresentou o artigo denominado “Situación actual de los seguros de D&O”. D&O é um sub-ramo dos seguros que cobre riscos ocorridos em desfavor de diretores, conselheiros, administradores e altos dirigentes de empresas. A sigla é originária do Inglês “Directors & Officers”. O artigo traz alguns exemplos de coberturas de infortúnios, como os ocorridos com empresas construtoras, cujas responsabilidades podem recair em seus proprietários, dirigentes e altos executivos. Cita casos como os ocorridos na Holanda, local em que um incêndio em um prédio recém-construído vitimou 120 pessoas e a construtora e os executivos e administradores da construtora foram acionados para pagar mais de um bilhão de euros. Para casos como tais, somente uma cobertura de um seguro é capaz de favorecer aos beneficiários, sem causar a falência da empresa e a insolvência civil dos seus administradores, diretores e altos funcionários. Os seguros especializados para D&O costumam cobrir até os gastos com as defesas jurídicas dos segurados que são acionados em casos de sinistros. O texto é

esclarecedor. E inovador. Sobretudo, é enfrentado por quem entende, de fato, do assunto. Um dos mais entendidos em todo o mundo da atualidade.

PORTUGAL. O Juiz de Direito e **Professor Doutor Duarte Rodrigues Nunes** é um estudioso de um tema que, por si só, exige o conhecimento de informática em quantidade suficiente para debater com quem se graduou na área. E coloca o tema exposto em um artigo exclusivo para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** (tão exclusivo que o autor fez contatos algumas vezes, questionando sobre o termo final para submissão do artigo, pois ainda estava finalizando alguns estudos específicos). O artigo tem o título “O agente infiltrado *online* no direito português” e mostra o Direito Penal e o Direito Processual Penal sob a óptica do operador do Direito, exatamente do Juiz de Direito, que precisa ouvir as testemunhas, avaliar as provas, analisar perícias e chegar a uma Sentença justa. A figura do “agente infiltrado” foi difundido na União Europeia em setembro de 2001, por meio de uma decisão da Convenção sobre o *Cibercrime* do Conselho da Europa, ocorrida em Budapeste. Oito anos após, Portugal não somente incorporou o sistema em seu processo penal, como acrescentou a figura das ações encobertas. A Lei 109, de 15 de setembro de 2009 (Lei do *Cibercrime*), ampliou o que fixou o Conselho da Europa. E permitiu a utilização de agentes infiltrados em ações criminosas, a exemplo dos grupos em que se difunde pornografia infantil e em outras espécies de crimes praticados com a utilização dos meios virtuais. Sabendo das dificuldades de localização dos criminosos, por serem até de outros países, a Lei do *Cibercrime* permite até que o infiltrado pratique alguns atos que seriam tidos como criminosos (especialmente, algumas violações à intimidade dos investigados virtualmente), em busca de descobrimento de crimes muito maiores e que causam danos à coletividade ou a pessoas inocentes e/ou indefesas. E permite até que, na fase do processo penal, o Juiz de Direito ouça o agente infiltrado sem que seja revelada a identidade do depoente – se por videoconferência, com alteração da imagem e da voz – e outros meios de prova. Algumas atitudes do agente são previamente autorizadas pelo Juiz da Instrução da causa; outras, são objeto de exceção e o Ministério Público (cujos integrantes, em Portugal, são tidos como Magistrados do Ministério Público) pode autorizar. O meio virtual é o foco. E o artigo é recheado de termos da informática, com suas explicações. Até mesmo porque o autor é uma das maiores autoridades mundiais quanto ao tema.

ARGENTINA. O **Professor Doutor Edgar J. Moya Millán** tem destaque internacional em área mais destacada como Filosofia do Direito. Tem diversas publicações sobre o tema e, dessa vez, coloca em exposição a questão religiosa como empecilho – ou não – para que os direitos fundamentais sejam aplicados pelas Cortes Superiores de Justiça. Para começar, cita casos de convicções religiosas, especialmente da religião conhecida no Brasil como “Testemunhas de Jeová”, e na Argentina e Espanha referida como “Testigos de Jehová”, em tradução literal. Traz em pauta a difícil questão de uma família que, por convicções religiosas, não permitia que um filho, de onze anos, recebesse transfusão de sangue. Entendendo os médicos como necessária para a vida da criança, e sem

que tenha havido a tempo uma Ordem Judicial em contrariedade à convicção religiosa da família, a criança faleceu. O desenvolvimento se deu com o Tribunal Constitucional da Espanha tendo que julgar e oferecer uma solução. O artigo ainda traz outros casos práticos, e mostra como o Tribunal Constitucional espanhol enfrentou a proposição. As discussões envolvem os Direitos Humanos, o direito à vida, os Direitos Fundamentais e o direito à convicção religiosa, à vida privada, à crença e ao pensamento. O texto vem recheado de fundamentações típicas da Filosofia do Direito, mas sempre demonstrando como o Tribunal Constitucional resolveu as questões que se lhe chegaram. Como se vê, é um estudo profundo de um argentino sobre questões ocorridas na Espanha. A publicação, destarte, na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** vem coroar a sua condição de ultracontinental, a que ultrapassa o território de um só Continente. Para encerrar a condição ultracontinental, o autor tem títulos acadêmicos obtidos na Venezuela e na Argentina. E, como operador do Direito, além de Professor em atividade, fui Juiz de Direito e Defensor Público Penal.

ESPAÑA. A **Professora Doutora Encarnación Abad Arenas** é especializada em Direito das Famílias. As suas qualidades de Professora e de Escritora não a limitam ao segmento do Direito das Famílias. Ultrapassa, e muito, esse segmento, essa divisão do Direito. No artigo denominado “La época postclásica del derecho romano: regulación y consolidación de las *arrhae sponsaliciae*”, a autora trava grande debate quanto ao Direito Romano, quanto à questão – do Direito das Famílias – relacionada aos esponsais. As doações antenuptiais – mostra a autora – foram tratadas de formas diferentes em diversas partes das legislações que deram origem ao Direito moderno. A pesquisa engloba os Códigos Justiniano, Theodosiano, Diocleciano, Maximiano, as Institutas, Pandecta e outros “Codex Iuris” que formaram a base do Direito Romano e, destarte, o alicerce do Direito como um todo. A autora mostra que, desde as primeiras normas do Direito Civil, especialmente o Direito das Famílias, havia uma preocupação com as doações que se faziam antes do casamento. Muitas delas, condicionadas à realização do casamento. As questões são centradas na sucessão de um dos noivos que teriam já recebido doações antes do casamento e que morriam antes da consolidação do casamento. O que era doado, dependendo da época e do Código, era propriedade da família da pessoa noiva falecida, ou voltava para o doador, ou era dividida em partes iguais. Outras questões do Direito das Famílias são tratadas, é verdade. Mas, somente a discussão acerca dos esponsais já é suficiente para uma pesquisa que a autora fez em Códigos dos séculos segundo e terceiro após Cristo, até o nascimento do Direito após a influência do Direito Romano. Um trabalho, sem dúvidas, de ampla pesquisa, com citações comprobatórias de sério estudo e uma fundamentação que demonstra como uma pesquisa verdadeira pode alcançar tamanha profundidade.

ESPAÑA. Começando por uma constatação existente no interior brasileiro. Muitas pessoas doam, em vida, um imóvel rural para a Igreja Católica, para construção de uma cidade. Comumente, fala-se de “terreno do

santo”, pois o devoto doador quis homenagear uma pessoa que viveu fielmente o batismo. Trata-se de um bem da Igreja, representada pela autoridade religiosa. Normalmente, a Arquidiocese. Em outros casos, as doações são feitas por testamento. Muitíssimo comum, em todo o mundo, é que os bens sejam descritos em testamento para que sejam constituídos como patrimônio de uma Fundação. Em análise semelhante, o **Professor Doutor Francisco José Cardona Vidal** fala sobre a “Naturaleza Jurídica de los bienes recibidos en herencia por fundaciones canónicas y su enajenación”. Logo, há a redução do trato dos bens doados para dois pontos: a doação é para constituição de uma Fundação e a Fundação tem fins religiosos. Pode-se até acrescentar um terceiro: a doação é por testamento, como anuncia o próprio título do artigo em debate. Mas, doações em vida, para constituição de patrimônio de fundação de cunho religioso teriam igual desfecho. O autor é Doutor em Direito Canônico e “Juez del Tribunal Eclesiástico de Sant Feliu de Llobregat (Barcelona)” e tem amplo entendimento das invalidades matrimoniais frente ao conceito religioso. No texto, o autor qualifica a natureza de titular de direitos, trata do patrimônio e chega ao ponto de verificar a posição dos bens, deixados em herança, em favor de uma Fundação Canônica – que é uma pessoa jurídica legalmente constituída, segundo normas do instituidor e da Lei (no Brasil, com fiscalização do Ministério Público e até o direito de o Ministério Público providenciar os estatutos, se a própria Fundação não o fizer a tempo e modo). Toma por base o Código de Direito Canônico e traz doutrinas e decisões do Tribunal Eclesiástico. O cerne do texto é quanto aos bens (recebidos pelas fundações religiosas) que precisam ser repassados a outrem; uns, por inutilidade, por já terem perdido a função de uso (“bienes temporales”); outros, porque há quem deles são mais necessitados. E há ainda a possibilidade de uma fundação receber um imóvel como forma da sua instituição, mas perceber que a permuta do imóvel por outro seria mais apropriado para o desenvolvimento da finalidade fundacional. Considerando que a intenção do doador é que os bens fiquem “com o santo” da sua devoção, a posição religiosa deve levar em consideração como pode ser tratado o repasse do bem recebido de alguém – com tanta devoção – para outrem. Um interessante ponto da administração dos bens de uma fundação canônica ou religiosa.

ITÁLIA. O **Professor Doutor Gianluca Ruggiero** se propôs a estudar, e sempre atualizar os estudos, acerca do pré-atendimento hospitalar de pessoas com suspeita de contaminação do vírus Covid-19. Já escreveu sobre o assunto, em artigo publicado em setembro de 2020, e agora atualiza o estudo exclusivamente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**. O escrito começa analisando o pré-atendimento ou triagem hospitalar e fala das dificuldades da decisão quanto à utilização dos aparelhos e outros recursos que estiverem à disposição no hospital. Os problemas principais são quanto aos leitos hospitalares e aos ventiladores mecânicos. Há uma procura pelas posições das associações médicas e dos órgãos governamentais. Mas, o centro do estudo é quanto à questão penal. Crime por omissão do socorro médico; crime por selecionar umas pessoas em detrimento de outras; crime por, mesmo tendo ciência da gravidade do estado de saúde de um doente “anônimo”, há a

disponibilização dos leitos hospitalares e dos aparelhos de respiração mecânica em favor de outras pessoas, por critérios pessoais ou políticos. Além da fundamentação na Constituição, há referência, principalmente, ao Código Penal italiano, cujo art. 54 trata do “estado de necessidade” (do paciente que passa pela triagem com suspeita de contaminação pelo vírus Covid-19) e o art. 51 tipifica o “adimplemento de um dever” por parte dos profissionais de saúde. O texto ainda faz uma fundamentada referência ao caráter ou aos motivos excepcionais para as situações discriminatórias. O artigo tem fundamento em inúmeros livros e artigos científicos e jurídicos publicados nos anos de 2020 e 2021. Praticamente a totalidade dos livros e artigos – embora o autor seja italiano – foi pesquisada na literatura médica e jurídica da Alemanha.

FRANÇA. Com sinceridade: há assuntos que, à primeira vista, sequer parecem ser do segmento do Direito. Não é por outro motivo que se pode afirmar que o Direito é único, e que sua subdivisão se dá apenas por facilidade de estudos, por segmentação de conhecimento, para especialidade. O **Professor Doutor Jean-Sylvestre Bergé** é especializado no estudo das movimentações (transportes, incluindo) de pessoas e coisas. Tão especializado que tem livros (no plural) publicados sobre o tema; tem diversos artigos jurídicos abordando o assunto e mantém um “blog” para atualizar, permanentemente, o conteúdo da sua discussão. Neste artigo denominado “Legal Models of Flow and Control in Question”, o Professor francês escreveu em Inglês, porque destinado à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** (na sua apresentação e indicação da filiação acadêmica, fez questão de citar em quais Universidades brasileiras os seus estudos já foram divulgados). Falar sobre movimentação de pessoas e de coisas pode parecer, à primeira vista, uma questão mercadológica. Mas, entra, em verdade, o Direito Civil (quanto à prestação de serviços de transportes de pessoas e de mercadorias), o Direito Administrativo e o Direito Internacional. Sobre o Direito Administrativo, acrescido do estudo da Responsabilidade Civil, o autor traz alguns exemplos no artigo científico em destaque. Um deles, as questões de um teleférico instalado em uma estação particular de esqui, cuja utilização é privada, mas obedece às regras da Administração Pública (licença do Município, Corpo de Bombeiros e fornecedora de energia elétrica, em termos de Brasil, e só para citar alguns), além da questão da eventual necessidade de reparação a danos que venham a ocorrer. O Direito Internacional vem presente no texto jurídico indicado com as questões dos transportes internacionais. E a complexidade apresentada é mais forte ainda: um avião sai do país “A” com destino ao país “B”, mas cai (ou atacado ou por outros motivos) em território do país “C”. Há alguns pontos a serem discutidos: Tribunal competente para julgamento da causa; eventual responsabilidade de quem derrubou a aeronave; responsabilidade da companhia em caso de não ter havido ataque, etc. O mesmo se diz de um avião ou um navio cujos problemas ocorridos em alto-mar devem ser discutidos na Justiça. Especialmente quanto aos navios, deve-se lembrar das imigrações ilegais, sendo os navios interceptados com suposto destino a um país, mas podendo serem outros países os pontos da pretensa chegada. Ainda há o tema do contrabando ou transporte ilegal de mercadorias,

quando apanhadas em águas internacionais. E o tráfico internacional de órgãos humanos ou de pessoas. A qual Corte recorrer? O autor, além dos diversos livros e revistas especializadas sobre o tema da geofísica, também fundamenta nos regulamentos da União Europeia e nas decisões da European Court of Justice (a Corte de Justiça Europeia, que é um Tribunal Internacional). Sem dúvidas, um artigo que merece muito mais do que o estudo: merece uma reflexão. Para muitos, ainda acontecerá a pergunta: por que eu não pensei que havia essa possibilidade de discussão de um tema deste, no âmbito do Direito?

ESPANHA. Da lavra da **Professora Doutora María Teresa Pérez Giménez**, vem o artigo científico que atende pelo nome de “El Control ¿Judicial? de la Adopción”, sob a óptica da legislação espanhola. A análise tem dois focos principais: a necessidade de permanente atualização da legislação acerca da filiação adotiva e também o estudo sobre o fato de a Administração Pública estar, ou não, influenciando ou se imiscuindo em assuntos quanto à Família. O texto mostra que inovações como o direito da pessoa adotada vir a conhecer os pais biológicos foram agregadas às legislações, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sem dúvidas que há a ruptura do vínculo com os pais biológicos, mas há normas a serem levadas em consideração como o casamento de um filho adotado por outra família com alguém da família da sua origem. Também fala da família substituta da original ser composta por pares homossexuais e também as adoções unilaterais e as feitas por casais separados ou divorciados. Além das regras necessárias a toda relação – como exemplo, a idade mínima – entre adotante e adotado, presentes nas legislações de diversos países, na Espanha há também que se imaginar a enorme independência legislativa das regiões autônomas, o que representa uma maior necessidade de leis que se apliquem a todo o território, ainda que permitindo que as regiões autônomas complementem – mas, não contradigam – as regras gerais.

URUGUAI. A **Professora Doutora Mariella Bernasconi** pode receber a qualificação de que sempre esteve ligada à área de tecnologia, mesmo estudando o Direito. No Uruguai, cursou uma Universidade Tecnológica. Após se graduar em Direito, ingressou na área de defesa do consumidor. Desde 2012 vem atuando neste segmento. Já participou de diversas palestras – especialmente no Uruguai e na Argentina – e é sempre convidada a debater, em palestras *on-line* em diversas oportunidades – especialmente em era após o início da pandemia causada pelo vírus Covid-19 – os temas sobre defesa do consumidor e o uso da tecnologia. Ligando os segmentos da defesa do consumidor com os seus amplos conhecimentos da área da tecnologia da comunicação, e como resultado de uma sua mais recente palestra, a Professora Mariella Bernasconi escreveu especialmente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** o artigo “Las TIC y el derecho de las relaciones de consumo”. As anunciadas “TIC’s” são as Tecnologias da Informação e da Comunicação. No texto, a autora lembra que o comércio eletrônico tem dominado a movimentação comercial de produtos e serviços. E que há regras quanto às contratações, prazos para entregas, prazos para reclamação ou devolução e outras que são objeto não apenas de uma lei

que cuida de relações do consumo, mas uma seção da lei que fixe regras quanto às compras *on-line* e dos contatos e contratos virtuais. E, principalmente, toda a regulamentação do “marketing” digital. É um assunto que precisa ser credor de atenção em diversas partes do mundo. A autora fixa a sua explicação quanto às relações comerciais eletrônicas em um mundo de comércio virtual especialmente em locais (países) cujas leis não têm uma atenção especial para regradar as atividades comerciais e de prestação de serviços contratadas com o uso da tecnologia da inteligência. Ou, como prefere a autora “las tecnologías de la información y la comunicación”.

ÍNDIA. O desejo de reprodução entre casais heterossexuais inférteis e, principalmente, entre casais homossexuais, faz com que haja busca por pessoas dispostas a gerar o filho na qualidade de “mãe de aluguel”, ou “barriga de aluguel”. O termo mais social ou politicamente mente bem aceito é “mãe substituta”. Há vários impactos quanto à mãe que cede seu ventre para gerar filho alheio, com a condição de entregar criança aos pais ou contratantes. Há o ponto de vista da família, dos vizinhos e conhecidos, as razões morais, a visão social e até a posição feminista quanto à geração de um filho. Muitas destas gerações são feitas mediante pagamento, o que faz com que haja a defesa de que “se as mulheres têm direito de dispor da questão sexual como bem entenderem, também têm o direito de transformar o aluguel da barriga como fonte de renda, como profissão”. É quando entram as visões médica e jurídica. No artigo “Dreams of dry eyes: legal complications of surrogacy from the surrogate mother’s perspectives”, o **Professor Doutor Sandeep Kulshrestha** expõe a pesquisa que fez diretamente com diversas “mães substitutas” na cidade de Hyderabad, no Sul da Índia. Conhecendo pessoalmente as pessoas pesquisadas, o autor analisou o ponto de vista psicológico e sociológico, chegando a ouvir de mulheres substitutas (barriga de aluguel) algumas análises interessantes. Uma delas, a de que as pessoas pobres geram filhos para si próprios e têm preocupação com o futuro dos filhos, em razão da pobreza. Mas, se as mulheres geram filhos para outrem, “além do dinheiro, a alegria dos futuros pais é a nossa verdadeira recompensa.”. O autor confirma dois pontos: as famílias pobres distinguem muito bem o aluguel da barriga para geração de filhos para outrem do conceito de prostituição; mas, “Embora não seja socialmente aceito, as pessoas da vizinhança das mães substitutas não consideram tabu” o fato de haver remuneração para que uma mulher gere filhos para outrem.

BRASIL. A representação brasileira, neste exemplar, ficou a cargo do Juiz de Direito e **Professor Doutor Vítor Luís de Almeida**. Estudioso de assuntos relacionados à prova no Direito Processual Civil, o autor se dispôs a escrever o artigo científico com o título “O instituto da *discovery* e sua aplicabilidade nos sistemas processuais *common law* e *civil law*.”. Pelo título já se concebe a prévia informação de que trata de um estudo que relaciona o sistema de prova de origem anglo-saxônica com o que foi inicialmente praticado e deixado como herança pelo método romano-germânico. A demonstração é de que quando se peticiona preliminarmente – a peça inaugural, para dar início a um processo

– na seara contenciosa, a parte autora já deve aportar todos os documentos probatórios do seu direito, ou, pelo menos, indicar as provas que pretende produzir. Pode, dependendo da situação, indicar que os documentos deverão ser exibidos pela parte contrária; mas já referia a quais. O que não deve é dizer que tem um direito sem apresentar quais provas tem da sua condição de titular do referido direito. A necessidade é ampla: colabora para que haja o exercício da ampla defesa; faz prova para que o Juiz de Direito tenha conhecimento de como a parte se acha documentada em relação ao que peticiona e – muito provavelmente, o principal ponto – ainda favorece a composição amigável da questão, pois a parte contrária saberá que o autor tem elementos que levarão o Juiz a decidir conforme o pedido. Da parte contrária, a defesa também tem obrigação de apresentar – na primeira oportunidade para contestação – todas as provas que tem para desconstituir o direito do autor, pelos mesmos motivos.

Como se vê, mais uma vez a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** traz uma coleção de autores que têm título de Doutorado. Não que sejam os únicos admitidos para publicação, mas porque foram os que submeteram artigos científicos e tiveram os textos aprovados pelos revisores *double blind peer review* (duplo cego). Em outros termos, houve análise dos artigos, sem indicação de título e autoria, por parte de Professores Doutores que integram instituições de ensino diferentes das ligadas aos próprios autores. Especialmente por serem artigos de diversos países, a análise sem se conhecer os nomes dos autores e a vinculação acadêmica se deu por Professores Doutores que dominam os temas dos textos.

Tudo isso, visando a oferta de uma Revista que tem a pretensão de portar conhecimento jurídico-científico.

**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 (Ultracontinental Journal of Legal Literature) has published (including this issue):

### **Paternidad literaria**

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

### **Paternité**

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

### **Paternità**

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

Colocação <i>Rangfolge</i> Ranking <i>Colocación</i> Classement <i>Classifica</i>	Origem dos autores por países <i>Herkunft der Autoren nach Land</i> Authors' origin by country <i>Origen de los autores por país</i> Origine des auteurs par pays <i>Origine degli autori per paese</i>	Número de artigos publicados <i>Anzahl der veröffentlichten Artikel</i> Number of articles published <i>Número de artículos publicados</i> Nombre d'articles publiés <i>Numero di articoli pubblicati</i>
1.º	Espanha	16
2.º	Brasil	11
3.º	Argentina	07
4.º	Portugal	05
5.º	México	03
6.º	Colômbia	02
	França	02
	Japão	02
9.º	Canadá	01
	Estados Unidos	01
	Índia	01
	Itália	01
	Moçambique	01
	Polónia	01
	Suíça	01
	Turquia	01
	Uruguai	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  
Διδακτορικó

DOCTORADO

## **SITUACIÓN ACTUAL DE LOS SEGUROS DE D&O**

**ALBERTO MUÑOZ VILLARREAL<sup>1</sup>**

### **ABSTRACT**

**I**n this article, the author sets out the main characteristics of directors' and officers' liability insurance (D&O insurance in Anglo-Saxon terminology), analyses the current situation of this type of insurance in several European countries and ends by analysing the impact that the health pandemic we are suffering is having on this type of liability and its insurance.

### **RESUMEN**

En este artículo el autor expone las características principales de los seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos (seguro de D&O en la terminología anglosajona), analiza la situación actual de este tipo de seguros en varios países europeos y finaliza analizando la incidencia que la pandemia sanitaria que estamos sufriendo tiene en este tipo de responsabilidad y su aseguramiento.

### **1 CARACTERÍSTICAS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS**

El riesgo asegurado es la responsabilidad civil en que incurran los administradores, consejeros y directivos en el ejercicio de sus funciones por incumplimientos involuntarios de los deberes inherentes al cargo. Ampara actos u omisiones cometidos por un asegurado en el ejercicio de su cargo y actuando en su condición de tal, contrarios a la ley o a los estatutos sociales, así

---

<sup>1</sup> Profesor Contratado Doctor (Acr.) de la Universidad Autónoma de Madrid. Codirector Diploma Alta Especialización en Seguros y Responsabilidad Civil, Universidad Complutense de Madrid. Miembro del Consejo Asesor de la Sección de RC y Seguro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Socio de Muñoz Arribas Abogados S.L.P. España. *e-mail*: amv@munoz-arribas.com

como cualquier incumplimiento de un deber u obligación en el desempeño de su cargo, incluyendo declaraciones erróneas o inexactas y prácticas de empleo indebidas, cometidos antes o durante la vigencia del seguro.

Como características básicas de este seguro podemos señalar las siguientes:

- no es un seguro para la empresa;
- es un seguro de responsabilidad civil que protege el patrimonio personal de los consejeros, administradores y altos cargos sociales;
- protege básicamente a personas físicas;
- las reclamaciones que ampara son por perjuicios financieros causados a terceros (accionistas, clientes, etc.) por falta de diligencia en la gestión social, incluyendo las reclamaciones por la inadecuada gestión de los recursos humanos;
- en líneas generales protege la gestión amplia de una empresa por su equipo de dirección y gestión.

### **1.1 Coberturas. Exclusiones**

Las coberturas por oposición a las exclusiones, son las garantías que el asegurador otorga en la póliza al asegurado para protegerle del riesgo. Los términos cobertura y garantía son sinónimos y se refieren al alcance de la póliza. Las coberturas son el objeto del seguro y pueden variar de unas aseguradoras a otras dentro de la misma clase de seguro.

En el seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos (seguro de “Directors & Officers”, o D&O, en la terminología anglosajona) hay coberturas principales, como la indemnización, las fianzas o la defensa jurídica, y coberturas complementarias, que en algunas pólizas se determinan extensiones.

Estamos con terminología castellana ante el Aseguramiento de la Responsabilidad de los Administradores y Altos Ejecutivos y hemos de tener en cuenta que dentro del concepto administrador se incluyen tanto personas físicas, como jurídicas, y que cuando hablamos de cargo directivo estamos haciendo referencia a un

cargo jerárquico, orgánico, operativo o funcional ejercido por una persona física que forma parte, como empleado, de la compañía tomadora de la póliza, para desempeñar las funciones encomendadas. Este cargo puede ser ejercido en la sociedad matriz y/o en las filiales o participadas de la matriz. Los cargos directivos, tanto en general como aquellos que, referidos a una función o actividad concreta, están cubiertos como asegurados en la póliza al considerárseles altos cargos.

Con carácter general el clausulado de las pólizas define a administradores y altos directivos como cualquier persona física que sea miembro del Órgano de Administración, o que ostente el cargo de consejero desempeñe o no funciones ejecutivas de alta dirección, alto directivo, alto cargo, administrador, administrador de hecho, gerente u otro cargo equivalente de la sociedad, o cualquier empleado mientras trabaje con funciones de supervisión o capacidad gerencial en la sociedad, así como el Director de Cumplimiento o Compliance Officer, Director de Control Financiero o Financial Controller, el Secretario y/o Vicesecretario y la persona/s físicas que represente/n a cualquiera de los socios y adopte/n o contribuya/n a adoptar decisión que afecten a la administración y/o gestión de la sociedad. Así como la persona física designada por una persona jurídica cuando sea ésta quien desempeñe el cargo de consejero o asimilado en la sociedad.

Las especiales características de la Póliza, es en nuestra opinión la ampliación del concepto de Seguro, que acorde con el desarrollo del concepto de “Alto Cargo”, se amplía más allá del término “consejero” o “Administrador”.

Nos encontramos ante un Seguro de Responsabilidad Civil (RC), con un tipo especializado de Póliza, resultado del proceso histórico de su nacimiento y desarrollo.

Su finalidad y esto es lo fundamental, es cubrir el riesgo de nacimiento a cargo del asegurado, de la obligación de indemnizar a un tercero, los daños y perjuicios derivados de un hecho del que resulta civilmente responsable.

El D&O, se sitúa en el ramo de los seguros de RC, dentro de los que presenta alguna especialidad, sus características fundamentales son:

1. cubrir la Responsabilidad de consejeros, Administradores y Altos Ejecutivos;
2. reembolso de la indemnización corporativa o adelanto de gastos de defensa e indemnizaciones que haya podido realizar la sociedad administrada;
3. el Seguro de Defensa Jurídica.

Entre las coberturas principales, contenidas en todas las pólizas de D&O del mercado se incluyen, de forma general, las siguientes:

- a) responsabilidad personal directa y responsabilidad por actos de otros, que incluye los perjuicios, las multas administrativas y los gastos de defensa, derivados de una reclamación presentada contra el administrador o consejero:
  - por un error de gestión en su condición de asegurado;
  - por un error de gestión no cometido, del que el directivo o consejero pueda ser legalmente responsable en su condición de asegurado.

Las pólizas de D&O suelen describir, a título enunciativo, pero no limitativo, el origen o procedencia de las reclamaciones, situándolas en la propia Sociedad, accionistas, empleados, organismos públicos con facultades inspectoras o

de control, administradores concursales, socios comerciales, competidores o cualquier tercero;

b) responsabilidad como fundador de la sociedad.

Esta cobertura ampara las reclamaciones que reciba el directivo en su condición de fundador de una sociedad para cubrir los perjuicios, las multas administrativas y los gastos de defensa en que éste incurra como consecuencia de los errores cometidos en el proceso fundacional, que han generado un daño patrimonial.

El fundador es cualquier persona física, que, en nombre de la sociedad, constituye una filial de la empresa de la que es administrador, directivo o empleado o, en el caso de constitución defectuosa, que hubiera sido designado por la sociedad para ser administrador, directivo o empleado de dicha filial;

c) responsabilidad como fundador de la sociedad.

Esta cobertura ampara las reclamaciones que reciba el directivo en su condición de fundador de una sociedad para cubrir los perjuicios, las multas administrativas y los gastos de defensa en que éste incurra como consecuencia de los errores cometidos en el proceso fundacional, que han generado un daño patrimonial.

El fundador es cualquier persona física, que, en nombre de la sociedad, constituye una filial de la empresa de la que es administrador, directivo o empleado o, en el caso de constitución defectuosa, que hubiera sido designado por la sociedad para ser administrador, directivo o empleado de dicha filial;

d) responsabilidad por prácticas de empleo indebidas.

Son prácticas de empleo las conductas o prácticas indebidas realizadas sobre empleados por parte de otros empleados, con independencia de su rango o nivel, realizadas de forma activa o pasiva mediante el consentimiento, el desconocimiento o la falta de actuación.

El administrador es responsable, por omisión, respecto a las prácticas de empleo que realiza un empleado sobre otro. Algunas de ellas conllevan un cierto componente doloso en su realización, que, al no ser realizadas directamente por el administrador asegurado, quedan amparadas por la póliza de D&O.

Dentro del concepto de prácticas de empleo, se incluyen, entre otras, las siguientes actuaciones:

- despido o extinción improcedente del contrato de trabajo;
- incumplimiento del contrato de trabajo verbal o escrito;
- falsedad relacionada con el empleo;
- incumplimiento de leyes contra la discriminación laboral;
- acoso en el lugar de trabajo (mobbing), incluyendo el sexual;
- privación injustificada de promoción o ascenso profesional;
- aplicación injustificada de medidas disciplinarias;

- privación injustificada de oportunidades profesionales;
- evaluación o retención negligente;
- invasión de la intimidad;
- difamación, humillación o calumnia relacionada con el empleo;
- represalia jurídica;
- infligir sufrimiento psicológico relacionado con el empleo.

En la cobertura de prácticas de empleo, todos los empleados sin distinción tienen la consideración de asegurados y, salvo inclusión expresa, la sociedad no está cubierta. Se amparan en esta cobertura los perjuicios, las multas administrativas y los gastos de defensa;

e) gastos de restitución de imagen.

Son los derivados de la contratación de servicios profesionales externos de relaciones públicas, gestión de crisis o firmas jurídicas, incluyendo el coste de posibles emisiones y publicaciones, con el objeto de mitigar un daño o efecto negativo a la reputación del asegurado como consecuencia de una reclamación o investigación o de la difusión de noticias negativas sobre el asegurado en medios de comunicación. También se denominan gastos de relaciones públicas en algunas pólizas;

f) gastos de investigación.

Se definen como aquéllos necesarios para preparar y responder por parte del asegurado a una investigación, sin incluir salarios ni honorarios de los asegurados ni gastos de la sociedad ni los derivados del acceso a archivos y documentos de su cargo, siempre que esté legalmente admitido.

Entre las extensiones destaca la del abogado interno. Es el profesional de la abogacía, asalariado de la sociedad, que asesora jurídicamente al Consejo de Administración, actuando o no como secretario del mismo. Si el abogado interno es consejero, queda cubierto por la póliza de D&O; si no lo es, debería hacerse constar expresamente este cargo para que quede amparado por la póliza.

Si no asesora al Consejo ni participa en el mismo, se define como la persona física habilitada para el ejercicio de la abogacía, que trabaja como asalariado de la sociedad, ya sea a tiempo completo o parcial, prestando servicios de asesoramiento legal a la sociedad como empleado de la misma.

Su asesoramiento no se extiende al que haya prestado a otra entidad que no sea su propia sociedad, aunque hubiese sido hecho a solicitud expresa de la sociedad. El asegurador cubre las reclamaciones por errores de gestión cometidos en su condición de abogado interno y sólo si es responsable a título personal del error de gestión, no pudiendo ser imputada responsabilidad alguna a la sociedad.

En cuanto a las exclusiones estas son las delimitaciones secundarias de la póliza, es decir, lo que no cubre el seguro en caso de siniestro. Al ser limitaciones de los derechos del asegurado, deben estar destacadas de forma especial en la póliza (negrita, subrayado, mayúscula) y deben estar expresamente aceptadas por el asegurado por escrito, con su firma.

No todas las pólizas tienen las mismas exclusiones, por lo que, a la hora de decidir por una propuesta u otra, además de por la prima y las coberturas que ofrece, deben revisarse las exclusiones que contiene.

Algunas exclusiones son absolutas y por tanto no negociables y otras son relativas y por ello puede negociarse su derogación para que el supuesto quede cubierto, con o sin prima adicional. Las exclusiones pueden ser geográficas, temporales, de riesgo, de daños, etc. Lo importante es que no queden excluidos, entre otros, cargos, riesgos, filiales, participadas, consejeros o actividades de la empresa.

Delimitaciones negativas del riesgo asegurado, es decir, son las garantías, circunstancias o condiciones que no se cubren en la póliza.

Constituyen limitaciones de cobertura al riesgo asegurado y, por tanto, a posibles derechos del asegurado. Como tales limitaciones, deben cumplir con lo preceptuado en el artículo 3 LCS (Ley de Contrato de Seguro), esto es, deben estar destacadas de forma especial y deben estar expresamente aceptadas por escrito.

El seguro de D&O ha evolucionado significativamente desde su nacimiento en España en 1990, siendo el capítulo de las exclusiones uno de los que más fácilmente permiten comprobar dicha evolución. Si en su origen había casi 30 exclusiones, actualmente es posible contratar una póliza con solo cuatro exclusiones específicas.

De forma general, las exclusiones del seguro de D&O son:

- actos intencionados. Reclamaciones derivadas de beneficios o ventajas a los que el asegurado no tuviera legalmente derecho, así como las conductas intencionadas, las acciones y omisiones dolosas o deliberadamente antijurídicas cometidas por los asegurados. Esta exclusión se aplica tanto cuando es declarada la conducta dolosa mediante sentencia firme, o es admitida como tal mediante declaración escrita del propio asegurado;
- hechos conocidos y procedimientos anteriores. Exclusión que se aplica a la cobertura retroactiva de responsabilidad civil para no amparar las reclamaciones conocidas o que razonablemente debiera haber conocido la sociedad o el asegurado que tienen como causa errores de gestión que sean iguales o estén notificados a una póliza anterior de D&O o de responsabilidad civil general o patronal o bien reclamaciones presentadas con anterioridad a la fecha de inicio del seguro actual. Se trata de excluir el pasado de reclamaciones conocidas.

## **1.2 Sistemas de Cobertura *Occurrence* vs. *Claims-Made Basis***

Uno de los aspectos más controvertidos en su momento en el Derecho de Seguros en España, hasta la reforma del artículo 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS), fue sin duda alguna el

relativo a la “Delimitación Temporal”, sobre el que existe abundante doctrina y jurisprudencia.

Las llamadas cláusulas “claims made”, responde a la controversia que en su momento se produce entre los poderes institucionales y los agentes sociales, así como con los aseguradores, en base a extender o a limitar las consecuencias de la responsabilidad civil, precisamente en cuanto al ámbito temporal.

De todos es sabido el criterio de la ocurrencia del daño, como límite temporal, criterio que se venía aplicando en la mayor parte de las Pólizas y que venía refrendado por la Jurisprudencia. Se trataba de cubrir “los daños ocurridos durante la vigencia de la Póliza”.

Las dificultades que en múltiples casos planteaban, determinan cuando ocurre el siniestro, o en qué fase o momento se ha producido el daño, dio lugar a que la jurisprudencia norteamericana, estableciera una especie de solidaridad continuada en el tiempo.

Los conflictos respecto al asegurador, el asegurado y al perjudicado, darán lugar al cambio de criterio, del clásico de la ocurrencia del daño (*loss occurrence basis*), se pasará al de la reclamación (*claims made basis*), una modificación sustancial que habría de dar más seguridad jurídica a todas las partes implicadas en un siniestro. Se trata en resumen de poner en marcha un medio de seguridad frente a los siniestros cronológicamente diferidos o de consecuencias prolongadas (*long tail risk*).

Los presupuestos de las cláusulas “Claims Made Basis”, pueden resumirse en:

- a. la reclamación como siniestro;
- b. el elemento de referencia como presupuesto básico de la reclamación;
- c. la notificación o parte previo del asegurado;
- d. el plazo de cobertura subsiguiente o *post-contractum* a la cancelación de la póliza;
- e. el plazo de cobertura retroactiva.

En resumen, los plazos tanto de la cobertura retroactiva como de la subsiguiente encuentran adecuado acomodo en la reforma del art. 73 de la LCS, haciendo posible el necesario equilibrio en las contraprestaciones de las partes.

La modificación del art. 73 de la LCS, añadiendo un segundo párrafo al mismo, reforma introducida por la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en el apartado 5 de su Disposición Adicional 6ª, vino a centrar y precisar legalmente la cuestión de la cobertura temporal de las pólizas de Responsabilidad Civil, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había mostrado hasta el momento oscilante, lo cual contribuía a crear inseguridad jurídica en el ámbito asegurador –con lo que esto suponía en cuanto a gastos imprevistos por siniestros aparentemente no cubiertos por las pólizas de Responsabilidad Civil– e, indirectamente, en el campo del reaseguro.

Fundamentalmente, esta modificación sienta dos principios, hasta entonces inexistentes en la realidad legal aseguradora, aunque no en la práctica ni, por lo tanto, en la jurisprudencia.

Por un lado, se consagra la reclamación como siniestro, de forma complementaria o alternativa al hecho causante o a la producción del daño, que si venían siendo tradicionalmente aceptados por la práctica, doctrina y jurisprudencia.

La razón de esta ampliación hay que buscarla principalmente en los daños continuados, en los diferidos y en los sobrevenidos, que producían importantes quebrantos en la economía de las aseguradoras –pues en muchos casos no era fácil hacer un cálculo aproximado del riesgo, en consecuencia, de la prima– de suceder tales daños, con lo cual se causaban importantes desviaciones pecuniarias imprevisibles. Además, por otra parte, no siempre se da una equivalencia entre daño y reclamación, en cuanto que hay daños que después no son reclamados, y reclamaciones efectuadas sin existir daño efectivo o, al menos, una relación de causalidad suficiente.

Al ser considerada la reclamación como siniestro (la llamada *claims made basis*), dada la no coincidencia temporal en numerosas ocasiones entre hecho, daño, manifestación de este y la reclamación, le resultará al asegurador más fácil fijar la cobertura de la póliza y las reservas para cada siniestro.

Asegurado y perjudicado pueden verse asimismo beneficiados con este criterio, por cuanto las cantidades a percibir estarán actualizadas al momento de dicha reclamación.

Como segundo principio consagrado, mencionar la admisión de cláusulas limitativas de la cobertura temporal de la póliza como no perjudiciales para el asegurado, como fruto del *rebus sic stantibus*, es decir, de la autonomía de la voluntad de las partes, de su derecho dispositivo sólo limitado por “las leyes, la moral y el orden público” (art. 1255 del Código Civil –en adelante CC–).

En este caso, tales cláusulas deben observar lo dispuesto en el art. 3, LCS, es decir, deberán ser aceptadas específicamente por el asegurado, por ser limitativas de sus derechos.

Además, se ha producido progresivamente un cambio de mentalidad y de concepto del seguro de Responsabilidad Civil (en adelante RC). De ser originariamente una protección para el asegurado para cubrirle de posibles deudas que por reclamaciones de RC pudieran nacer en su patrimonio, ha pasado a suponer un instrumento socializador, cuyo fin principal es cada vez más la compensación de un daño inferido a un perjudicado.

En concreto, lo que dispone el nuevo art. 73 LCS, en su segundo apartado es la admisibilidad o conformidad con el Derecho de dos tipos de Cláusulas en las pólizas de RC.

En primer lugar, y tomando como referencia una definición de siniestro comprensiva del hecho generador o del momento de la producción efectiva del daño, podrá pactarse que la compañía aseguradora atienda a las reclamaciones contra el asegurado efectuadas tras la terminación del contrato o la última de sus prórrogas durante un año como mínimo.

Es decir, que, si las partes nada más disponen, se entendería que la póliza de RC habría de amparar todas las reclamaciones que tuvieran lugar tras su vigencia o la última de sus prórrogas ilimitadamente. No olvidemos el principio de responsabilidad universal del art. 1911 CC en virtud del cual “del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”. Así, de no limitarse, podría llegar a responder la aseguradora de todas las deudas de su asegurado amparadas por la póliza sin límite de tiempo.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, como límites legales extrínsecos a la relación de seguro, siempre moduladores del principio del mencionado art. 1911 CC, los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad: de 1 año (tres en Cataluña) si la misma es extracontractual (art. 1968 CC), de 5 años si deriva de contrato (art. 1964 CC), y se da su cómputo desde el momento en que el agraviado tuvo conocimiento del daño y pudo ejercitar la acción, art. 1968 CC, pudiendo interrumpirse por las causas señaladas por la ley.

Ahora bien, cabe destacar la reforma normativa de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, vigente desde el 7 de octubre de 2015, que supuso reducir el plazo de prescripción de la acción ejercitada en virtud de la RCC de 15 a 5 años, plazo que debe de computarse desde la fecha en que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación, tal y como precisa la reforma. El régimen transitorio prevé que las acciones derivadas de situaciones anteriores a la fecha de entrada en vigor de la reforma se sometan al plazo de 15 años, ahora bien, sin que su vencimiento pueda superar los cinco años a contar desde la entrada en vigor de la ley (Disposición Adicional Transitoria Quinta que remite al art. 1939 del CC), con lo que la fecha límite para el cómputo del plazo de prescripción de estas acciones, será en todo caso el 7 de octubre de 2020.

Además, se deduce del citado artículo que las partes, en el libre ejercicio de su autonomía y voluntad, pueden hacer uso de este derecho dispositivo y acotar el tiempo en que la aseguradora atenderá tales reclamaciones postcontractuales, si se observan las prescripciones legales y si las contraprestaciones son equivalentes.

Sin embargo, esta limitación nunca podrá ser inferior a un año. Este límite es de derecho necesario o *ius cogens* y ha de ser por lo tanto siempre observado.

En segundo lugar, y en cuanto al supuesto de siniestro como reclamación efectiva contra el asegurado, podrá pactarse que la compañía aseguradora atienda a las reclamaciones de siniestros cuyo hecho causante o cuyos daños se manifiesten en un período anterior, de un año como mínimo, a la entrada en vigor de la póliza de RC, y ello, aunque esta se hubiese prorrogado.

Como en el primer caso, si no se hubiese pactado nada, estaría cubierto cualquier daño anterior al comienzo de los efectos del contrato, siempre que no hubiese prescrito la acción de su reclamación.

Las partes, empero, pueden optar por acotar tal período de cobertura retroactiva, a condición de que no se rebase el límite legal necesario de un año anterior a la cobertura contractual de la póliza.

Por supuesto que, en este tipo de siniestro, de haberse efectuado la reclamación previamente a la entrada en vigor de la póliza, tal siniestro no podría en ningún caso estar amparado por el seguro, por cuanto que, en primer lugar, ya ha ocurrido el suceso previsto como siniestro y, en segundo lugar, porque se habría eliminado el alea, el elemento azaroso e imprevisible, que es esencial en el contrato de seguro, sin el cual el mismo se vería desnaturalizado.

Lo mismo ocurriría si el asegurado hubiese tenido conocimiento anterior de un hecho del que pudiese razonablemente derivar responsabilidad hacia sí. Aparte del principio de la Buena Fe, que debe presidir toda relación contractual, en la relación de seguro en particular se habría prescindido de la imprevisibilidad del siniestro, sin la cual, al menos respecto de este siniestro en concreto, dicha relación no sería válida.

Es decir, que tal precepto introduce dos tipos de cobertura: Una contractual, la que las partes libremente dispongan, y otra legal, que puede ser ampliada por la voluntad de las partes, de un año anterior o posterior a la vigencia contractual pactada en el contrato (más, en su caso, sus sucesivas prórrogas), según se haya pactado que el siniestro asegurable sea la reclamación efectiva u otro momento anterior, respectivamente.

Nada obsta para que las partes acuerden un concepto de siniestro complejo, que abarque ambos tipos y, en consecuencia, pueda suponer una cobertura añadida retroactiva y precontractual.

Lo que implícitamente prohíbe la Ley es que, sea cual sea la definición de siniestro adoptada, pueda pactarse que únicamente se limite la cobertura de la póliza al tiempo de vigencia contractual de la misma.

La reforma del artículo 73 LCS no entraría en juego, por atenderse todas las reclamaciones acaecidas por hechos (daños) contemporáneos a la póliza o anteriores que no hayan prescrito, sin otro límite de tiempo. La delimitación temporal de la cobertura aclara este aspecto en el sentido descrito (incluso [...] antes de la fecha de efecto del seguro).

Téngase en cuenta la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala de lo Civil (Pleno) de fecha 26 de abril de 2018, ponente D. Francisco Marín Castán, que resume el Área civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo de la siguiente manera:

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en pleno, ha estimado el recurso de casación interpuesto por MUSAAT contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia. El demandante, arquitecto técnico de profesión, aseguró su responsabilidad civil profesional con MUSAAT desde su colegiación, suscribiendo en el año 2010 la última póliza de duración anual que estuvo vigente hasta su expiración a finales de ese año, ya que la aseguradora le comunicó por anticipado su voluntad de no renovarla.

Esta última póliza contenía unas “condiciones especiales” de las que se deduce que el seguro cubría las reclamaciones efectuadas durante la vigencia de la póliza por obras realizadas con anterioridad o durante la vigencia del contrato. No se discute que tal cláusula limitativa se ajustaba a los requisitos del artículo 3 LCS.

La sala explica que se declaran legalmente admisibles los dos tipos de limitación temporal, cada una de ellas con sus propios requisitos de validez: las cláusulas retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro), y las cláusulas prospectivas o de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro), cada una de ellas reguladas en diferentes incisos del párrafo segundo del artículo 73 LCS, no siendo exigible que los requisitos de uno y otro inciso sean cumulativos.

Se fija, en consecuencia, la siguiente doctrina jurisprudencial: “El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso segundo) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro”.

### **1.3 Límites de Cobertura**

Límite especial en exceso de consejeros no ejecutivos: es un límite de indemnización especial, en exceso del límite general de la póliza, pero adicional a éste, para los consejeros independientes/no ejecutivos, que opera cuando se hubiera agotado el límite general de la póliza y cualquier otro límite que les correspondiera a estos consejeros.

Es un límite de indemnización individual separado para cada consejero independiente/no ejecutivo y sólo se le aplica a él. La contratación de este límite especial es voluntaria por parte de la sociedad, que lo suscribe como beneficio a favor del consejero por su condición de independiente/no ejecutivo como aliciente para la aceptación o mantenimiento del cargo.

### **1.4 Fianzas y Gastos de Defensa Jurídica**

El seguro otorga cobertura para las fianzas impuestas al directivo tras una reclamación por un error de gestión o prácticas de empleo indebidas.

La fianza civil es una garantía judicial cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de una obligación por parte del demandado. La fianza supone la entrega de una cantidad de dinero. En procedimientos civiles tiene como finalidad cubrir la responsabilidad civil del causante de un daño, de forma que, si no se constituye la fianza, el juez embarga bienes del causante del daño en cantidad suficiente y de no alcanzar dichos bienes el importe total de la fianza embarga el sueldo del directivo o consejero en los porcentajes que la ley marca.

En el seguro de D&O, la fianza civil es entendida como la cantidad que el asegurado debe consignar para evitar el embargo de bienes y derechos. La cobertura de esta fianza en la póliza de D&O se instrumenta de dos formas según la póliza que se contrate: el criterio mayoritario es constituir la fianza civil

frente al criterio minoritario de abonar los gastos de constitución de la fianza civil.

La constitución de la fianza supone el depósito del importe de la fianza por el asegurador con cargo al límite de la suma asegurada. Los gastos de constitución, por el contrario, son los que abona el asegurador por el coste derivado de la obtención por el asegurado de una garantía financiera a su favor para constituir la fianza, que no es constituida por el asegurador.

La fianza penal es una cantidad que debe depositarse en el juzgado penal, cuando ésta ha sido admitida y fijada por el juez, para evitar la medida cautelar personal de prisión provisional. Su objetivo es garantizar que el imputado se presentará a juicio y acudirá al Tribunal tantas veces como se le cite. Si el imputado no acude a juicio o al Tribunal, pierde íntegramente la fianza. La no constitución de esta fianza conlleva el ingreso o permanencia en prisión del imputado. Por tanto, la fianza penal sirve para obtener la libertad bajo fianza.

Respecto a las fianzas penales, el seguro de D&O otorga diferente cobertura según los dos criterios existentes en el mercado: la mayoría de las pólizas cubren los gastos de constitución de las fianzas penales y sólo una parte de las mismas constituye directamente la fianza penal.

En cuanto a las fianzas, se está produciendo una “criminalización” de los Seguros de D&O en relación con las fianzas (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 511/2017 de 11 diciembre, JUR\2018\40526) y gastos de defensa jurídica (Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 83/2016, de 13 de abril, JUR 2016/132964), que a efectos prácticos supone que en el plazo de 10 días, en ocasiones, la aseguradora tenga que hacer frente a fianzas millonarias, y que en determinados siniestros esas coberturas consuma el límite de la póliza y dejen sin cobertura por ejemplo a un directivo que ha actuado sin dolo por tener que afianzar la RC de un directivo que ha actuado con dolo.

En cuanto a los gastos de defensa jurídica es de interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 314/2016 de 27 mayo, que señala como no se ha llegado a formular ninguna reclamación contra los actores en los términos en que lo exige la póliza de seguro para que se considere existente una “reclamación”: no existe siniestro que sea objeto de cobertura por la póliza de seguro objeto del proceso.

Además de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), sentencia núm. 511/2017 de 11 diciembre. JUR 2018\40526, que determina que la exclusión por catos doloso, en un supuesto en el que estaban imputando al asegurado en una causa penal, no se aplicaran mientras no se determine, mediante reconocimiento del asegurado, o bien por sentencia u otra resolución firme, recaída en acción legal subyacente contra el asegurado, o en una acción o proceso independiente, que dicho asegurado no tuviera derecho legal a dicho beneficio o ventaja, o que cometió dicho acto deshonesto, fraudulento u omisión: gastos devengados, no simplemente presupuestados.

## 1.5 Culpa vs. Dolo

El dolo es un elemento subjetivo característico del derecho penal, definido de forma tradicional como el conocimiento de la ilicitud de un acto y la voluntad de realizarlo. En el seguro de D&O el dolo del administrador o directivo se manifiesta en la realización cognitiva o voluntaria que acusa el perjuicio financiero a la sociedad a terceros. Se opone al concepto de culpa o negligencia en el que falta el elemento volitivo.

El dolo es causa de exclusión de cobertura en cualquier póliza de seguros por mandato del artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS). Así, el citado artículo establece que “el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”, mientras que el art. 76 establece la acción directa de manera que

el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

En teoría en los seguros obligatorios el dolo no es oponible a causa la seguridad jurídica que otorgan a los ciudadanos los seguros de contenido legalmente determinado, y en los seguros voluntarios el dolo si es oponible al tratarse de un negocio de claro contenido obligacional por ambas partes. Pero en la práctica a día de hoy los tribunales no permiten oponer a terceros la *excepcio doli* incluso en los seguros obligatorios (Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de enero de 2014).

Como señala la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 4ª), sentencia núm. 2355/2020 de 6 de octubre (Caso Pescanova) la inoponibilidad del dolo al tercero perjudicado del artículo 76 de la LCS fue pensada para priorizar el resarcimiento del consumidor indefenso. Sin embargo, esta inoponibilidad es aprovechada por las empresas que desplazan la responsabilidad, cometida por errores profesionales de sus empleados, a la aseguradora que únicamente podrá repetir contra los responsables casi siempre insolventes, provocando una situación de desigualdad en la esfera de la aseguradora.

La práctica totalidad de las pólizas de seguros de D&O al uso excluyen de cobertura los actos dolosos. Esta exclusión operará –tanto en el orden jurisdiccional civil como en el penal– respecto del asegurado, pero no del tercer perjudicado porque las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo resuelven la aparente antinomia entre el principio general de inasegurabilidad del dolo del art. 19 de la LCS y la cobertura frente a los terceros perjudicados de la responsabilidad civil derivada de los delitos dolosos “ex” art. 76 de la

LCS y art. 117 del CP con dos argumentos esenciales: un primer argumento técnico-jurídico, cual es la preferencia de la norma especial, que es el art. 76 de la LCS –que, además, se aplica a todo tipo de seguros de responsabilidad civil, tanto obligatorios como voluntarios– sobre la norma general, que es el art. 19 de la LCS. Un segundo criterio social de interpretación de las normas implicadas conforme a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” (art. 3.1 Código Civil). Finalidad social que, en este concreto caso, conduce a dar primacía a la protección de los intereses de los terceros perjudicados que, en esta jurisdicción penal, aparecen, además, como víctimas de los delitos o faltas.

### **1.6 Filiales y Participadas**

Las Nuevas filiales son las entidades adquiridas por la sociedad tomadora de la póliza de D&O con posterioridad a la fecha de contratación de ésta y que pasan a formar parte de su grupo societario.

Las nuevas filiales se cubren automáticamente por el seguro de D&O de la sociedad tomadora (matriz) salvo que la póliza establezca exclusiones por el hecho de que la filial sea una institución financiera, esté domiciliada en EEUU, tenga valores cotizados como ADR's, ADS's o cotice directamente. Si la filial no es incluida en el seguro porque concurren algunas de las delimitaciones anteriores, algunas pólizas otorgan cobertura durante un reducido periodo de tiempo para permitir que la sociedad matriz contrate una póliza independiente o acredite la improcedencia de tal limitación.

Las Entidades participadas son la entidad externa a la matriz, que no es jurídicamente una filial, pero en la que la matriz participa, sin controlarla, en un determinado porcentaje con derecho a designar consejeros según su participación. Las entidades participadas están incluidas en la cobertura de D&O de la matriz, sin perjuicio de que puedan estar también incluidas en la póliza de la matriz de la que son filiales y de tener su propia póliza de D&O, cubriendo solo a los directivos designados por su matriz, pero no a los demás.

### **1.7 Cláusulas que Deben Tenerse en Cuenta**

Como ya saben la RC de D&O deriva de la vulneración de la ley o los estatutos sociales, pero también por ejemplo del convenio de encargo de tratamiento de datos entre una empresa que provee servicios y la empresa a la que se los provee (con aceptación de la política de seguridad para terceros de dicha empresa), al respecto téngase en cuenta que en dichos convenios se suele fijar una cláusula indemnizatoria en virtud de la cual el proveedor indemnizará y eximirá de responsabilidad a su cliente frente a los daños y perjuicios, pérdidas, multas y sanciones que se deriven de cualquier reclamación por parte de un tercero o Autoridad de Control por cualquier incumplimiento de dicho Convenio.

Como ejemplos que pueden afectar a nuestro objeto de estudio pueden citarse: Modificaciones de nuestro contenido web que no solo pueden dañar la

reputación de nuestra empresa, sino también la de nuestros clientes y visitantes web.

Robos de identidad de personas físicas para su uso posterior por delincuentes en diferentes tramas de delitos. Pérdidas de información sensible almacenada en portátiles, ordenadores o dispositivos de almacenamiento portable (como USB).

Robo de propiedad intelectual o comercial para su posterior uso, así como supuestos de venta a la competencia o extorsión a la empresa afectada. Ataques de denegación de servicio que impidan el correcto funcionamiento de los sistemas que prestan un servicio a los clientes (individuos o empresas), paralizando una o varias actividades de la empresa.

Ahora bien, más interesante parece el ejemplo de las páginas web corporativas, al respecto la LSC estipula la obligación, para las sociedades cotizadas, de tener una página web corporativa y en su artículo 11 ter. 3 regula que

los administradores tienen el deber de mantener lo insertado en la página web durante el término exigido por la ley, y responderán solidariamente entre sí y con la sociedad frente a los socios, acreedores, trabajadores y terceros de los perjuicios causados por la interrupción temporal de acceso a esa página, salvo que la interrupción se deba acaso fortuito o de fuerza mayor. Para acreditar el mantenimiento de lo insertado durante el término exigido por la ley será suficiente la declaración de los administradores, que podrá ser desvirtuada por cualquier interesado mediante cualquier prueba admisible en Derecho.

A eso se añade que, *ex lege*, si dicha interrupción de acceso a la página web fuera superior a dos días consecutivos, o cuatro alternos, no podrá celebrarse la junta general que hubiera sido convocada para acordar sobre el asunto a que se refiera el documento inserto en esa página (salvo que el total de días de publicación efectiva fuera igual o superior al término exigido por la ley); pudiendo estar previsto en dicha junta la aprobación de una Oferta Pública de Adquisición, etc., cuyo retraso puede causar graves perjuicios o justificar una reclamación alegando los mismos.

Lo primero que debemos tener en cuenta es que la norma alude a páginas corporativas, de manera que no se va a aplicar la responsabilidad antes descrita a todas las páginas web de una sociedad (en las que vendan o publiciten productos, etc.), sino solo en aquellas que hayan sido creadas, inscritas y publicadas en los términos previstos en el artículo 11 bis, es decir aquellas en las que se inserta el anuncio de la convocatoria de la junta general, etc.

Lo segundo a tener en cuenta es que la norma alude a responsabilidad por los perjuicios causados por la interrupción temporal de acceso a esa página, de manera que tendrán que existir (y probarse) dichos perjuicios.

En todo caso, dado el volumen de ataques informáticos que se producen a las páginas web corporativas de sociedades (por diversos motivos: ideológicos, políticos, búsqueda de notoriedad del hacker, etc.) y la falta de jurisprudencia que delimite claramente la cuestión, hemos de acudir a los principios básicos de la RC de los directivos, ya analizados en los epígrafes previos.

Téngase en cuenta que en virtud del art. 529.1.1 ter de la LSC, es facultad indelegable del consejo de administración de las sociedades cotizadas la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control.

1. Es fundamental para los administradores y directivos contar con pólizas, tanto de riesgos cibernéticos como de D&O, y que ambas estén coordinadas;
2. la RC de los D&O se caracteriza por de los administradores y consejeros sociales es personal, solidaria, ilimitada, de naturaleza subjetiva, extracontractual y orgánica, tanto por acción como por omisión, como consecuencia de los perjuicios financieros causados a terceros, o a la propia sociedad;
3. es fundamental para los administradores y directivos contar con pólizas, tanto de riesgos cibernéticos como de D&O, y que ambas estén coordinadas;
4. la RC de los D&O se caracteriza por de los administradores y consejeros sociales es personal, solidaria, ilimitada, de naturaleza subjetiva, extracontractual y orgánica, tanto por acción como por omisión, como consecuencia de los perjuicios financieros causados a terceros, o a la propia sociedad;
5. no basta, para imputar responsabilidad, cualquier incumplimiento contractual.

La responsabilidad de los administradores en ningún caso se puede conectar al hecho objetivo del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las relaciones contractuales, convirtiéndolos en garantes de las deudas sociales o en supuestos de fracasos de empresa que han derivado en desarreglos económicos que, en caso de insolvencia, pueden desencadenar otro tipo de responsabilidades en el marco de otra u otras normas.

## **2 SITUACIÓN ACTUAL DEL MERCADO DE SEGUROS DE D&O**

En Reino Unido la nueva normativa anticorrupción y regulatoria (“senior manager regime”) puede elevar el número de siniestro y se expuso el caso actual más significativo que son las demandas a varios directivos de compañías implicadas en el incendio de la torre Grenfell de 2017 en un edificio de viviendas sociales de 120 apartamentos distribuidos en 24 plantas que dejó 71 muertos, así como el reciente caso de Thomas Cook.

En el caso danés, donde es muy frecuente que sean los propios directivos quienes suscriban la póliza, hay que tener en cuenta que no se permite asegurar la responsabilidad de los directivos de compañías públicas analizando una reciente Sentencia del Tribunal Supremo en la cual se determinaba que en el caso de que alguno de los directivos estuviese asegurado y se consumiera dicho seguro hasta el límite, el resto de la indemnización se asumiría por partes iguales entre todos los directivos (asegurados o no), lo cual desincentiva la suscripción de este tipo de pólizas.

En Holanda el siniestro más significativo en los últimos años ha sido el de Fortis, con un petium de 1.3 billones de euros y una oferta extrajudicial de 45 millones de euros que el juzgador considero no razonable, destacándose que hay un cambio legislativo previsto en el sistema de las class action.

En Francia los casos más comunes se deben a insolvencias y a la incorrecta aplicación (o falta de aplicación) de la normativa más reciente como Sapin 2, relativa a la transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica.

Por último, en España, hay que hacer énfasis en las malas prácticas laborales y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019, en virtud de la cual se considera que el seguro de responsabilidad de los administradores de una sociedad mercantil en que hubieran podido incurrir en el ejercicio de su cargo, su contenido natural no se limita a la responsabilidad civil regulada en la Ley de Sociedades de Capital, sino que alcanza también aquella que se prevé en la normativa administrativa (como puede ser Ley General Tributaria).

Otra Sentencia de interés es la Sentencia del Tribunal Supremo 430/2019, de 28 de marzo, Rec. 6360/2017) en la que fija como doctrina que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia puede imponer multas a personal directivo de empresas infractoras de las normas del derecho de la competencia, lo que viene a reforzar su actividad de los últimos años (téngase en cuenta que en 2019 la CNMC sancionó con 54 millones de euros a un cartel de empresas de servicios a la industria, y con 280.500 euros a sus directivos, y la Comisión Nacional del Mercado de Valores inicio 18 procedimientos en 2019 con multas a directivos por importe de 11,4 millones de euros, frente a los 21 procedimientos iniciados en 2018 con sanciones de 5 millones de euros; esto supone duplicar el importe de las multas en 2019).

Además, hemos de tener muy en cuenta las novedades legislativas tales como:

- la Ley Concursal de 2003 ha sido reemplazada por el Texto Refundido de la Ley Concursal (RD Legislativo 1/2020), que entró en vigor el 1 de septiembre de 2020. Esta norma incluye al director general entre los sujetos que pueden ser considerados responsables civiles, en línea con la reforma de la Ley de Sociedades de Capital del 2014. También prevé la posibilidad de la condena solidaria a los administradores, liquidadores o directores generales por el déficit patrimonial;
- además, la Ley 5/2021, de 12 de abril, que entró en vigor el 3 de mayo de 2021, ha modificado el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de

Capital del 2010. Esta ley refuerza el deber general de diligencia de los administradores, que deberán subordinar su interés particular al interés de la empresa. También establece que los consejeros de sociedades cotizadas deberán ser personas físicas, por razones de transparencia y de buen gobierno corporativo;

- adicionalmente, introduce en nuestro derecho societario las llamadas ‘acciones de lealtad’ en las sociedades cotizadas, permitiendo que sus estatutos otorguen derechos de voto adicionales a las acciones que su titular haya mantenido durante un período mínimo de 2 años;
- en materia concursal, la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019, sobre reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, deberá trasponerse al derecho español antes del 17 de julio de 2021, y su trasposición es importante para los directivos ya que la directiva les obliga a tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia.

### **3 COVID 19 Y PÓLIZAS DE D&O**

Actualmente, las pólizas vigentes no contemplan ninguna información respecto a la pandemia, mientras que en las renovaciones se están viendo diversas alternativas en el mercado: desde la exclusión absoluta hasta la solicitud de información específica en los cuestionarios de renovación. Este punto es especialmente importante porque es lo que va a marcar la diferencia entre estar cubierto o no. Por ello ahora hay nuevas exclusiones en las renovaciones de los seguros D&O para el año 2020 y 2021: el asegurador no será responsable de efectuar ningún pago por una pérdida, reclamación u otra cobertura de la presente póliza, causado directa o indirectamente, basada en derivada de, o relacionada con una enfermedad contagiosa

Por otro lado, los expertos alertan de que con la crisis aumenta los posibles fraudes perpetrados por los propios administradores de las empresas a tenor del sombrío escenario que tendrán que gestionar.

Ante esta situación por parte de los directivos es importante mantener informados a los accionistas sobre todas las maniobras que realice la empresa y sobre todos los planes de recuperación relacionados con el COVID-19, porque, en caso de no hacerlo, los accionistas podrían presentar denuncias, y deben tener en cuenta que cuando un trabajador o un cliente se infecte en el establecimiento comercial, existirá la posibilidad de alegar que los directores incumplieron su deber de cuidado hacia a los trabajadores y terceros sin haber atendido la legislación correspondiente al COVID-19.

En síntesis, siguiendo la tendencia en otros países, se espera repunte de reclamaciones por insolvencia/liquidaciones derivadas del COVID 19; así como en materia de despidos. En sociedades cotizadas, posible falta en la divulgación de información a accionistas, etc., etc.

## REFERENCIAS

MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. Breve aproximación a los riesgos cibernéticos y sus responsabilidades. En: **Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico**, Madrid, Ed. Sepin, p. 1-28, 2019.

MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. D&O y riesgos cibernéticos. En: MONTERROSO CASADO, Esther (Dir.); MUÑOZ VILLARREAL, Alberto (Coord.). **Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos**: responsabilidades y aseguramiento. Madrid: Tirant lo Blanch, 2019. p. 297-324.

MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. Seguro de administradores y directivos: clausulas limitativas y responsabilidad tributaria. Análisis de la STS 58/2019, de 29 de enero. En: **Revista de Contabilidad y Tributación**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Financieros (CEF), n. 434, p. 139-151, 2019.

MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. Seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos: *claim made*, cobertura temporal y prescripción. En: PIPO MALGOSA, Antonio (Comp.) **2019 Práctica contenciosa para abogados, los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2018 de los grandes despachos**. Madrid: La Ley, 2019. p. 596-613.

Submissão em: 4 de julho de 2021

Último Parecer favorável em: 4 de novembro de 2021

### Como citar este artigo científico

MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. Situación actual de los seguros de D&O. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 3, p. 16-34, set.-dez. 2021.

## O AGENTE INFILTRADO ONLINE NO DIREITO PORTUGUÊS

DUARTE RODRIGUES NUNES<sup>1</sup>

### RESUMO

O legislador português transpôs a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa para a ordem jurídica portuguesa através da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime), que inclui, nos artigos 12.º a 19.º, vários meios de obtenção de prova específicos para a obtenção de prova digital (os previstos na Convenção de Budapeste e outros dois, embora a Lei n.º 109/2009 não esgote os meios de obtenção de prova relativos à prova digital: perícias e exames estão no Código de Processo Penal), sendo um desses meios de obtenção de prova as ações encobertas *online*. As ações encobertas *online*, cuja eficácia pode ser potenciada através da utilização de meios ou dispositivos informáticos, têm-se mostrado úteis na resposta ao jogo ilícito, ao tráfico de estupefacientes, à pornografia infantil e à pedofilia *online*, tráfico de armas e ao branqueamento de capitais. Nas investigações na *Dark Web*, a integração do agente infiltrado numa comunidade *online* e a sua interação com criminosos pertencentes a essa comunidade permitem neutralizar os obstáculos criados por via da utilização de técnicas antiforenses, descobrir a identidade e a localização dos autores dos crimes e recolher provas dos crimes através da persuasão dos próprios suspeitos a cederem tais informações. No presente artigo, analisa-se, igualmente, a admissibilidade das ações encobertas *online* e os limites dessa admissibilidade no Direito português.

<sup>1</sup> Juiz de Direito. Professor Convidado da Universidade Europeia. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador integrado do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais e não integrado do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço, ambos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Conferencista. Autor de cinco monografias jurídicas: Os meios de obtenção de prova da Lei do Cibercrime (Gestlegal, Coimbra, 2018, reimpressão, 2021), Revistas e Buscas no Código de Processo Penal (Gestlegal, Coimbra, 2019); O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada (Dissertação de Doutoramento, Gestlegal, Coimbra, 2019), Os crimes previstos na Lei do Cibercrime (Gestlegal, Coimbra, 2020) e Curso de Direito Penal, Parte Geral, Tomo I (Gestlegal, Coimbra, 2021). Autor de mais de 20 artigos publicados em revistas jurídicas portuguesas e estrangeiras e contribuições em obras coletivas em matéria de Direito Penal e Processual Penal e Criminologia (em geral e também – e sobretudo – em matéria de criminalidade organizada, terrorismo, criminalidade económico-financeira, cibercrime e investigação criminal) e Direito Civil (Direito das Obrigações). Endereço eletrónico: [duarterodriguesnunes@hotmail.com](mailto:duarterodriguesnunes@hotmail.com)

**Palavras-chave:** Agente infiltrado *online*, Ações encobertas *online*, Cibercrime, Investigação criminal, Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa.

### ABSTRACT

The Convention on Cybercrime of the Council of Europe was transposed to the Portuguese legal order through Law N.º 109/2009, of September 15<sup>th</sup> (Cybercrime Law), which includes in articles 12 to 19 several specific means of obtaining evidence for obtaining digital evidence (those provided for in the Budapest Convention and two others, although Law N.º 109/2009 does not exhaust the means of obtaining evidence relating to digital evidence: Expert Evidence and Examinations are provided for in the Code of Criminal Procedure), being Online Undercover Operations one of such means of obtaining evidence. Online Undercover Operations, whose effectiveness can be enhanced through the use of computer means or devices, have proven to be useful in responding to Illegal Gambling, Drug Trafficking, Child Pornography and Online Pedophilia, Arms Trafficking and Money Laundering. In Dark Web investigations, the integration of the undercover agent in an online community and its interaction with criminals belonging to that community allows to neutralize the obstacles created through the use of anti-forensic techniques, discovering the identity and location of the perpetrators of crimes and the collection of evidence of crimes through the persuasion of the suspects themselves to give such information. This article also analyzes the admissibility of online undercover operations and the limits of its admissibility under Portuguese law.

**Keywords:** Online Undercover Agent, Online Undercover Operations, Cybercrime, Criminal investigation, Law No. 109/2009, of September 15<sup>th</sup>, Convention on Cybercrime of the Council of Europe.

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução das tecnologias da informação e das comunicações nas últimas décadas modificou de forma indelével o modo de relacionamento entre as pessoas. A Internet mudou radicalmente a vida de milhões de pessoas ao permitir o acesso, em questão de segundos, em qualquer parte do Mundo (desde que se possua uma ligação à Internet), a um manancial de informação armazenado em servidores localizados em todo o Mundo, bem como – graças ao surgimento do correio eletrónico, das comunicações por VoIP e das mensagens instantâneas – a comunicação praticamente instantânea e gratuita entre pessoas que, muitas vezes, se encontram em locais que distam centenas ou milhares de quilómetros. Também as empresas tiveram de passar a centrar muita da sua atividade económica no Ciberespaço para, beneficiando da possibilidade de se dirigirem a um universo de consumidores muito mais vasto, aumentarem

os seus lucros, sabendo que, não o fazendo, perderão competitividade face às empresas que apostam na presença no mundo virtual.

Do mesmo modo, surgiram as redes sociais, que permitem a troca de informações de cariz geral (*Facebook*) ou profissional (*LinkedIn*) e que também criaram uma enorme mutação na vida quotidiana das pessoas, potenciando a interação entre milhões de pessoas, que muitas vezes não se conhecem pessoalmente e vivem em locais que distam milhares de quilómetros entre si, mas possuem interesses, ideias, gostos e projetos em comum.

Contudo, esta evolução tecnológica trouxe igualmente aspetos negativos, pois as vantagens proporcionadas pelas novas tecnologias também podem ser aproveitadas – e são – para a prática de crimes<sup>2</sup>.

De acordo com a ONU<sup>3</sup>, o Cibercrime é uma forma de crime transnacional em evolução e uma realidade complexa, decorrendo essa complexidade do facto de ocorrer no território sem fronteiras do Ciberespaço e do crescente envolvimento de organizações criminosas e terroristas e de criminosos de colarinho branco (muitas vezes organizados)<sup>4</sup>. O que reclama a criação de uma resposta urgente, dinâmica e internacional.

Os meios informáticos poderão ser utilizados para a prática de crimes extremamente graves como o tráfico de droga, armas, seres humanos e órgãos ou espécies protegidas, homicídios, extorsões, abuso sexual de crianças (muitas vezes precedido de assédio), difusão de pornografia infantil, espionagem, destruição ou danificação de infraestruturas críticas (energia, transportes, telecomunicações, mecanismos de defesa nacional, hospitais, centrais elétricas ou nucleares e outros setores altamente dependentes da informática, etc.), branqueamento de capitais, burlas cometidas de forma massiva, etc., sendo particularmente elevado o número de crimes informáticos que são cometidos todos os anos, não se olvidando que os cibercriminosos têm utilizado a pandemia do SARS-Covid 19 e os seus efeitos para intensificarem – e de forma particularmente intensa – a prática de crimes informáticos e de crimes “comuns” cometidos com a utilização de meios informáticos (*v.g.*, as burlas cometidas na Internet).

A utilização dos meios informáticos deve-se a, entre outros fatores, permitir apagar as barreiras psicológicas que muitas vezes existem quando o criminoso tem de encarar a vítima, atingir um número elevado de pessoas em todo o Mundo e dificultar a identificação e a localização do criminoso e a recolha de provas. Na verdade, como referem Pinto Palacios e Pujol Capilla (2017, p. 189 e ss.), a cibercriminalidade caracteriza-se pelo anonimato, tecnologia de falsificação, extensão global e impunidade.

De acordo com o saber adquirido, o correio eletrónico<sup>5</sup>, as comunicações

<sup>2</sup> Como se enfatiza no Relatório Explicativo da Convenção sobre o Cibercrime.

<sup>3</sup> Vide [www.unodc.org/unodc/en/cybercrime/index.html](http://www.unodc.org/unodc/en/cybercrime/index.html).

<sup>4</sup> O uso de meios informáticos é, de resto, uma vertente essencial para a prossecução da atividade criminosa e para o apagamento das provas do cometimento de crimes no âmbito da criminalidade organizada, do terrorismo e da criminalidade económico-financeira.

<sup>5</sup> Definido, na al. b) do n.º 1 do art. 2.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, como “qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que possa ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até que este a recolha”.

por VoIP<sup>6</sup> e as mensagens instantâneas<sup>7</sup> são amplamente utilizados pelos criminosos para preparar e executar crimes e para suprimir as provas do seu cometimento, usufruindo da rapidez, anonimato e volatilidade das comunicações informáticas.

Tal dificulta de sobremaneira a sua deteção e, quando sejam utilizadas medidas antiforenses<sup>8</sup>, também a sua interceção e gravação. Tais meios de comunicação permitem suplantar a distância entre os criminosos participantes (para comunicarem entre si ou para cometerem crimes que, de outro modo, jamais conseguiriam cometer) e/ou entre os criminosos e as vítimas. E, ao permitirem enviar todo o tipo de anexos, poderão ser utilizados para difundir/instalar em sistemas informáticos alheios toda a espécie de *malware*<sup>9</sup>. Este, uma vez instalado, permitirá obter credenciais de acesso (ao *homebanking*, a cartões de débito ou crédito, ao *e-mail*, a redes sociais ou a *sites* de natureza reservada que requerem a introdução de uma *password*), copiar ou aceder a dados armazenados nesses sistemas (por exemplo, para exercer chantagem sobre a vítima ou para espionagem industrial) ou vigiar toda a atividade aí desenvolvida<sup>10</sup>. E também para abordar as vítimas para, posteriormente, as burlar (como sucedeu com as famosas “cartas da Nigéria” ou burlas 4-1-9<sup>11</sup>), assediar menores para posteriores abusos sexuais (*Child Grooming*), etc.

<sup>6</sup> A voz sobre o protocolo Internet (*Voice over Internet Protocol - VoIP*) – de que são exemplos o *Skype*, o *Facebook*, o *Whatsapp* ou o *Viber* – é uma tecnologia que permite ao utilizador realizar chamadas telefónicas através de uma rede de dados como a Internet, convertendo um sinal de voz analógico num conjunto de sinais digitais sob a forma de pacotes com endereçamento IP, que podem ser enviados através de uma ligação à Internet (preferencialmente em banda larga). A utilização de comunicações através de VoIP dificulta a sua interceção, pois, sendo os dados encriptados, tal obriga à sua interceção em momento prévio ao da sua encriptação, o que, por seu turno, requer a instalação sub-reptícia de *software* apropriado no sistema informático em causa por parte das autoridades (“vigilância nas fontes”). Deste modo, às dificuldades técnicas, somam-se as dificuldades jurídicas, dado que a admissibilidade da “vigilância nas fontes” (“*Quellenüberwachung*”) é extremamente controversa na Doutrina e na Jurisprudência [cfr. NUNES, 2018, p. 156 (incluindo nota 292)].

<sup>7</sup> Este tipo de serviço – de que são exemplos o *Whatsapp*, o *Signal* ou o *Telegram* – difere-se do *e-mail*, pois as conversações ocorrem em tempo real. Geralmente, os participantes na comunicação veem cada linha de texto imediatamente após ter sido escrita, tornando esse serviço mais próximo do serviço telefónico do que do serviço postal. As conversas podem ser transmitidas de forma criptografada para aumentar a privacidade.

Dos vários serviços de mensagens instantâneas, cumpre referir o *Telegram*, que é massivamente utilizado pelos criminosos, pela proteção da privacidade acrescida que proporciona. O *Telegram* baseia-se num protocolo criptográfico único em que são convertidas todas as conversações. Para um nível superior de segurança e de privacidade existem ainda os “*Secret Chat*” que se podem criar com qualquer contacto – em que há encriptação *end-to-end*, nada ficando nos servidores do *Telegram*. Nos restantes serviços do *Telegram*, as mensagens, fotos, vídeos e ficheiros são encriptados antes de serem armazenados nos servidores do *Telegram* com uma chave que só o *Telegram* possui, ficando protegidos das autoridades.

<sup>8</sup> *V.g.*, encriptação das mensagens, esteganografia, utilização de *firewalls*, *Botnets*, VPN ou *proxies*, da *Dark Web* e de programas como o *Tor*, *Freenet*, *I2P*, *GNUnet*, *RetrosShare* ou *SafetyGate Invisible* e de criptomoeças, etc.

<sup>9</sup> O *malware* é um programa informático que visa permitir a quem o utiliza infiltrar-se num sistema informático alheio, com o intuito de causar prejuízos ou de obter informações (confidenciais ou não), que, de outro modo, não poderia obter. O *malware* pode aparecer sob a forma de código executável, *scripts* de conteúdo ativo, etc.

<sup>10</sup> Cfr. RAMOS (2014; p. 24, 35 e 59), e GLENNY (2012, p. 11).

<sup>11</sup> Relativamente às “burlas 4-1-9”, *vide*, entre outros, ALBANESE (2007, p. 224-225) e ABADINSKY (2007, p. 206).

Daí a necessidade de as autoridades lançarem mão de meios investigatórios que permitam obter informações armazenadas em/acedidas a partir de sistemas informáticos, suportes informáticos autónomos (*v.g.*, discos rígidos externos, *pen drives*, cds e dvds), *clouds*, etc. ou transmitidas através de sistemas informáticos, bem como dados de tráfego de comunicações e dados de base e de localização dos sistemas informáticos.

Ciente de toda esta realidade e da necessidade de adequar a Lei processual penal à mesma, sob pena de ineficácia, o Conselho da Europa adotou a Convenção sobre o Cibercrime, aberta à assinatura em Budapeste em 23 de novembro de 2001 (CCiber)<sup>12</sup>, que inclui, nos seus arts. 16.º a 21.º, diversos meios de obtenção de prova dirigidos à obtenção de prova digital.

O legislador português previu e regulou, pela primeira vez no ordenamento jurídico português, meios de obtenção de prova específicos para a aquisição de prova digital na Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro<sup>13</sup>, diploma em que transpôs a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa para o Direito português.

Embora a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa tivesse sido aprovada em 23/11/2001 (e assinada por Portugal nessa mesma data) e entrado em vigor em 01/07/2004<sup>14</sup> e de ser inequívoca a insuficiência dos meios de obtenção de prova previstos no Código de Processo Penal para investigar eficazmente a criminalidade informática, só em 2009 é que legislador previu e regulou meios de obtenção de prova específicos para a aquisição de prova digital. Isto, apesar de o Código de Processo Penal (CPP)<sup>15</sup> ter sido alvo de uma profunda reforma em 2007 (Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto).

Até então, utilizavam-se os meios de obtenção de prova previstos no Código de Processo Penal, como as buscas e as apreensões. No entanto, estes meios de obtenção de prova estavam delineados para incidirem sobre realidades corpóreas e não para realidades incorpóreas, como são os dados informáticos<sup>16</sup>.

Diversamente do que sucedeu com a generalidade dos Estados que assinaram a Convenção sobre o Cibercrime, o legislador português optou por, em lugar de inserir a regulação desses meios de obtenção de prova no CPP ou noutra legislação avulsa preexistente, elaborar uma nova Lei, na qual regulou os meios de obtenção de prova específicos para investigar a criminalidade informática.

<sup>12</sup> E assinada por Portugal nessa mesma data, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 88/2009, de 15 de setembro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 91/2009, de 15 de setembro.

<sup>13</sup> Doravante referida como Lei n.º 109/2009. O texto da Lei n.º 109/2009 poderá ser encontrado no url [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1137&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis).

<sup>14</sup> A introdução, na ordem jurídica portuguesa, de meios de obtenção de prova específicos para a investigação do Cibercrime não dependia, nem da entrada em vigor da Convenção nem da sua transposição para o Direito português.

<sup>15</sup> O texto Código de Processo Penal poderá ser encontrado no url [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis).

<sup>16</sup> Definidos no art. 2.º, al. b), da Lei n.º 109/2009, como “qualquer representação de factos, informações ou conceitos sob uma forma suscetível de processamento num sistema informático, incluindo os programas aptos a fazerem um sistema informático executar uma função”.

O elenco dos meios de obtenção de prova previstos na Lei n.º 109/2009 (cfr. arts. 12.º a 19.º) é mais abrangente do que o elenco da Convenção sobre o Cibercrime, pois inclui dois meios de obtenção de prova [apreensão de correio eletrónico e registos de comunicação de natureza semelhante (art. 17.º) e ações encobertas *online* (art. 19.º)] que não estão previstos na Convenção sobre o Cibercrime.

Porém, os meios de obtenção de prova que podem ser utilizados na investigação do cibercrime não se limitam aos meios previstos na Lei n.º 109/2009, dado que meios de prova e de obtenção de prova que são tendencialmente utilizáveis na investigação desta forma de criminalidade como as perícias e os exames estão previstos no CPP (cfr. arts. 151.º e ss. e 171.º e ss., respetivamente).

## **2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DAS NORMAS RELATIVAS AOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA**

Nos termos do art. 11.º da Lei n.º 109/2009, salvo no caso da interceção de comunicações e das ações encobertas (que só poderão ser utilizados na investigação dos crimes especificados no art. 18.º, n.º 1, e no art. 19.º, n.º 1, dessa Lei, respetivamente), os demais meios de obtenção de prova poderão ser utilizados na investigação de crimes previstos nessa Lei<sup>17</sup> e de quaisquer crimes cometidos por meio de um sistema informático<sup>18</sup> ou cuja investigação requeira a recolha de prova em suporte eletrónico.

E, no n.º 2 desse art. 11.º, o legislador determina que o disposto nos arts. 12.º a 19.º da Lei n.º 109/2009 não prejudica o regime da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho (relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações)<sup>19</sup>. Trata-se de uma norma que levanta enormes dificuldades interpretativas, dado que não clarifica se o art. 9.º da Lei n.º 32/2008 (que regula a utilização, no processo penal, de dados previamente

---

<sup>17</sup> Crimes de falsidade informática, de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, de sabotagem informática, de acesso ilegítimo, de interceção ilegítima e de reprodução ilegítima de programa protegido (sobre cada um destes crimes, incluindo a finalidade da sua criminalização, o bem jurídico protegido, a natureza do crime, os elementos objetivos e subjetivos do tipo, as circunstâncias modificativas agravantes, a exclusão da ilicitude e da culpa, a prescrição, a punição (incluindo as molduras penais e a punibilidade da tentativa), as relações de concurso com outros crime, etc., *vide* NUNES, 2020b).

<sup>18</sup> Definido no art. 2.º, al. a), da Lei n.º 109/2009, como “qualquer dispositivo ou conjunto de dispositivos interligados ou associados, em que um ou mais de entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados, tratados, recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o seu funcionamento, utilização, proteção e manutenção”.

<sup>19</sup> Doravante referida como Lei n.º 32/2008. O texto da Lei n.º 32/2008 poderá ser encontrado no url [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=1264A0004&nid=1264&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1264A0004&nid=1264&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo).

conservados<sup>20</sup>) foi, ou não, revogado pelos arts. 12.º a 19.º da Lei n.º 109/2009<sup>21</sup>, sendo que aquela norma, que apenas se aplica a crimes graves, acaba por conter um regime de utilização de dados conservados mais restritivo do que os arts. 12.º a 19.º da Lei n.º 109/2009, que se aplicam a um elenco de crimes muito mais amplo.

### **3 OS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA PREVISTOS NA LEI N.º 109/2009 PARA ALÉM DAS AÇÕES ENCOBERTAS ON-LINE**

O primeiro meio de obtenção de prova regulado na Lei n.º 109/2009 (art. 12.º) é a preservação expedita de dados informáticos, que consiste em ordenar a quem tenha a disponibilidade ou o controlo de quaisquer dados informáticos específicos armazenados num sistema informático que adote as medidas necessárias para proteger esses dados de tudo o que possa alterar ou deteriorar a sua qualidade ou o seu estado atual, mantendo-os a salvo de toda e qualquer modificação, danificação ou eliminação, para não comprometer a produção de prova.

O destinatário da ordem de preservação deverá preservar de imediato os dados em causa, protegendo e conservando a sua integridade pelo tempo fixado, de modo a permitir à autoridade judiciária competente a sua obtenção, e fica obrigado a assegurar a confidencialidade da aplicação da medida processual (cfr. art. 12.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009).

A ordem deverá ser dada pela autoridade judiciária<sup>22</sup> ou pelo órgão de polícia criminal<sup>23</sup>, mediante autorização da autoridade judiciária competente ou em casos de perigo na demora, devendo aquele, neste último caso, dar notícia imediata do facto à autoridade judiciária e transmitir-lhe um relatório no qual se mencionam, de forma resumida, as investigações levadas a cabo, os seus

<sup>20</sup> As categorias de dados que são objeto de conservação constam do art. 4.º da Lei n.º 32/2008.

<sup>21</sup> A este respeito, entende-se maioritariamente que o art. 9.º da Lei n.º 32/2008 não foi revogado pelos arts. 12.º a 19.º da Lei n.º 109/2009, sendo minoritária a opinião contrária (que subscrevemos). Acerca desta questão, *vide* NUNES (2019, p. 557 e ss., com indicações bibliográficas).

<sup>22</sup> Conjugando o art. 12.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009 com o art. 1.º, al. b), do CPP (que contém o conceito legal de “autoridade judiciária), a competência para emitir tal ordem é do Ministério Público na fase do inquérito, do Juiz de Instrução Criminal na fase da instrução e do Juiz na fase de julgamento. O processo penal português é constituído por quatro fases, duas obrigatórias e duas facultativas. A primeira fase é o inquérito, findo o qual, será proferida uma decisão, no sentido de submeter (acusação), ou não (arquivamento), o arguido a julgamento. Essa decisão poderá ser impugnada mediante um requerimento de abertura de instrução, iniciando-se assim uma fase facultativa (a fase de instrução), no final da qual será proferida nova decisão, no sentido de submeter (pronúncia), ou não (não pronúncia), o arguido a julgamento; o requerimento de abertura de instrução será apresentado pelo arguido nos casos em que tenha existido acusação ou pelo assistente (que, em regra, será a vítima do crime) quanto o processo tenha sido alvo de arquivamento. Caso o arguido tenha sido acusado e, havendo instrução, tenha sido pronunciado, abrir-se-á uma nova fase obrigatória (a fase de julgamento). E, finda a fase de julgamento, poderá ocorrer uma outra fase facultativa, que é a fase de recurso.

<sup>23</sup> No art. 1.º, al. c), do CPP define-se “órgãos de polícia criminal” como “todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer atos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por este Código”.

resultados, a descrição dos factos apurados e as provas recolhidas (cfr art. 12.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009, conjugado com o art. 253.º do CPP ).

A preservação expedita de dados informáticos é determinada sempre que seja considerada necessária para a descoberta da verdade e/ou para a prova (cfr. art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 109/2009), relativamente a qualquer tipo de crime<sup>24</sup>.

A ordem de preservação terá de discriminar (sob pena de nulidade), a natureza dos dados a preservar, a sua origem e destino (se forem conhecidos) e o período de tempo pelo qual deverão ser preservados, até um máximo de três meses (prorrogável até ao limite máximo de um ano) (cfr. art. 12.º, n.ºs 3 e 5, da Lei n.º 109/2009).

De acordo com os arts. 2.º, al. b), e 12.º, ambos da Lei n.º 109/2009, a ordem de preservação poderá incluir qualquer tipo de dados informáticos (cfr. VERDELHO, 2006, p. 270; RODRIGUES, 2010, p. 439).

O segundo meio de obtenção de prova previsto na Lei n.º 109/2009, mais concretamente no art. 13.º, é a revelação expedita de dados de tráfego<sup>25</sup>, que consiste em o destinatário de uma ordem de preservação expedita de dados informáticos indicar à entidade que lhe deu a ordem de preservação, logo que saiba, outros fornecedores de serviço através dos quais aquela comunicação tenha sido efetuada, a fim de permitir identificar estes e de, por via disso, também eles serem alvo de uma ordem de preservação expedita de dados informáticos, sendo acessória face à preservação expedita de dados, pois a sua finalidade é apenas garantir a eficácia da preservação expedita de dados (no mesmo sentido, NUNES, 2018, p. 52; RODRIGUES, 2010, p. 444).

A revelação expedita de dados de tráfego visa, desde logo, solucionar as dificuldades que se poderão colocar, em termos de eficácia da preservação expedita de dados informáticos para a investigação, por força de, pelo modo de funcionamento da rede, o IP definir o modo como os dados informáticos são enviados através da rede, atribuindo um endereço numérico a cada sistema informático que esteja ligado à Internet (o endereço de IP) e fragmentando, se necessário, os dados que irão ser transmitidos em pacotes de dados ou datagramas (em que se incluem os dados da comunicação e a origem e o destino da comunicação), podendo cada pacote de dados seguir um trajeto diverso dos demais (como tenderá a ocorrer) para maior celeridade na transmissão (cfr. NUNES, 2018, p. 54).

Um terceiro meio de obtenção de prova previsto na Lei n.º 109/2009 (mais concretamente no art. 14.º) é a injunção para apresentação ou concessão do

<sup>24</sup> Cfr. NUNES (2018, p. 41), MESQUITA (2010, p. 98), e Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 06-01-2015 e 20-01-2015, in *www.dgsi.pt*. Existe um acervo de Jurisprudência dos Tribunais de recurso [Tribunal Constitucional, Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Administrativo e Tribunais de 2.ª Instância: Tribunais da Relação – Lisboa, Porto, Coimbra, Évora e Guimarães – e Tribunais Centrais Administrativos – Norte (Porto) e Sul (Lisboa) –] e de Pareceres da Procuradoria-Geral da República em *www.dgsi.pt*.

<sup>25</sup> Definidos no art. 2.º, al. c), da Lei n.º 109/2009, como “os dados informáticos relacionados com uma comunicação efetuada por meio de um sistema informático, gerados por este sistema como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando a origem da comunicação, o destino, o trajeto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente”.

acesso a dados, que corresponde às *Production Orders* do Direito anglo-saxónico e consiste em a autoridade judiciária ordenar a quem tenha a disponibilidade ou o controlo sobre dados informáticos específicos e determinados (salvo dados de tráfego e de conteúdo de comunicações) armazenados num dado sistema informático que os comunique ao processo ou permita o acesso ao sistema informático onde estão armazenados sempre que, no decurso do processo, a obtenção de tais dados se mostre necessária para a produção de prova (cfr. art. 14.º, n.º 1, da Lei n.º 109/2009).

Com base na injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados também pode ser ordenado aos fornecedores de serviço que comuniquem ao processo ou permitam o acesso a dados relativos aos seus clientes ou assinantes que não sejam dados de tráfego nem de conteúdo e que sejam por eles detidos. E permitam determinar o tipo de serviço de comunicação utilizado, as medidas técnicas tomadas a esse respeito e o período de serviço, bem como a identidade, a morada postal ou geográfica e o número de telefone do assinante, qualquer outro número de acesso, os dados respeitantes à faturação e ao pagamento disponíveis com base num contrato ou acordo de serviços ou qualquer outra informação sobre a localização do equipamento de comunicação disponível com base num contrato ou acordo de serviços (cfr. art. 14.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009).

A injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados incide sobre dados informáticos (salvo dados de tráfego ou de conteúdo de comunicações) e a chave de acesso à encriptação dos dados em causa (cfr. RAMALHO, 2017, p. 170). A ordem de fornecimento dos dados ou de permissão de acesso terá de especificar quais os dados cujo fornecimento ou acesso se pretende (cfr. art. 14.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009), para que o acesso incida apenas sobre os dados relevantes para a investigação e não ocorra um acesso indiscriminado a todos e quaisquer dados (cfr. VERDELHO, 2003, p. 377).

Todavia, nos termos do art. 14.º, n.º 5, da Lei n.º 109/2009, a ordem de apresentação ou concessão do acesso a dados não poderá ser dirigida ao arguido nem ao suspeito que ainda não tenha sido constituído arguido (cfr. NUNES, 2018, p. 72-73; VERDELHO, 2006, p. 271), a fim de salvaguardar o direito à não autoincriminação (cfr. NEVES, 2011, p. 235).

A injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados incide sobre dados informáticos que já foram recolhidos e arquivados pelos seus detentores, não incluindo a obtenção de dados informáticos em tempo real nem a conservação de futuros dados de tráfego nem o acesso em tempo real ao conteúdo das comunicações<sup>26</sup>, que terão que ser obtidos por via interceção de comunicações prevista no art. 18.º da Lei n.º 109/2009<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. RODRIGUES (2008, p. 336), NUNES (2018, p. 60), e Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 06-01-2015 e 20-01-2015, in *www.dgsi.pt*.

<sup>27</sup> Cfr. NUNES (2018, p. 60); PINHO (2012, p. 78), e Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 06-01-2015 e 20-01-2015, in *www.dgsi.pt*.

O não acatamento, pelo destinatário, da injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados fá-lo-á incorrer na prática de um crime de desobediência<sup>28</sup>.

A injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados de dados informáticos poderá ser utilizada na investigação de qualquer tipo de crime<sup>29</sup>.

Relativamente ao sigilo profissional, nos termos do art. 14.º, n.º 6, da Lei n.º 109/2009, a ordem de apresentação ou concessão do acesso a dados não poderá ser dirigida relativamente a sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia, das atividades médica e bancária e da profissão de jornalista. Apesar de se especificarem alguns casos de sigilo profissional, consideramos que a norma abrange todas as atividades sujeitas a sigilo profissional.

Assim, à primeira vista, parece que o recurso à injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados não é admissível em tais casos. Contudo, prevê-se no n.º 7 desse art. 14.º a possibilidade de quebrar o sigilo profissional.

Por isso, é possível dirigir uma ordem de apresentação ou de concessão do acesso a dados relativamente a dados armazenados em sistemas informáticos utilizados para o exercício de atividades sujeitas a sigilo profissional, desde que o sigilo profissional tenha sido quebrado, por autorização do Juiz ou, nos casos previstos na Lei, do Ministério Público<sup>30</sup>.

Por fim, não é compreensível que o art. 14.º da Lei n.º 109/2009 não preveja qualquer procedimento tendente a esconjurar situações de perigo na demora como sucede nos arts. 12.º, n.º 2, 15.º, n.º 4, e 16.º, n.º 2 (cfr. NUNES, 2018, p. 83-84). Em primeiro lugar, as situações de perigo na demora também poderão surgir no âmbito da injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados.

E, em segundo lugar, tal possibilidade está prevista quanto à pesquisa de dados informáticos e à apreensão de dados informáticos, não se compreendendo uma tal diferença, pois a injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados não é mais lesiva para os direitos fundamentais do que a pesquisa de dados informáticos e a apreensão de dados informáticos (podendo até ser menos lesiva do que a pesquisa de dados informáticos).

O quarto meio de obtenção de prova previsto na Lei n.º 109/2009 (art. 15.º) é a pesquisa de dados informáticos, que é uma busca no sistema informático ou em parte dele (ou num suporte de armazenamento de dados independente), consistindo em, quando tal seja necessário para a descoberta da verdade ou para a prova, as autoridades acederem a um sistema informático, a fim de localizarem dados informáticos que aí estejam armazenados.

<sup>28</sup> Cfr. arts. 14.º, n.ºs 1 e 3, da Lei n.º 109/2009, e 348.º, n.º 1, al. a), do Código Penal. O texto Código Penal poderá ser encontrado no url [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis).

<sup>29</sup> Cfr. NUNES (2108, p. 69); MESQUITA (2010, p. 98), e Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 06-01-2015 e 20-01-2015, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>30</sup> Acerca desta questão, com maiores desenvolvimentos, NUNES (2018, p. 73 e ss., com indicações bibliográficas).

A pesquisa de dados informáticos poderá ser utilizada na investigação de qualquer tipo de crime<sup>31</sup>, sendo autorizada pela autoridade judiciária (que, sempre que possível, deverá presidir à diligência), tendo o despacho que a autoriza um prazo de validade máximo de 30 dias, sob pena de nulidade (cfr. art. 15.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009).

Nos termos do art. 15.º, n.º 3, da Lei n.º 109/2009, a pesquisa também poderá ser realizada pelo órgão de polícia criminal sem prévia autorização da autoridade judiciária em duas situações:

- a) mediante o consentimento de quem tiver a disponibilidade ou controlo dos dados informáticos em causa (devendo o consentimento ficar, por qualquer forma, documentado); ou
- b) em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa.

Terá de ser apresentado, em ambas as situações, à autoridade judiciária, um relatório que contenha, de forma resumida, as investigações levadas a cabo, os seus resultados, a descrição dos factos apurados e as provas recolhidas e, na situação referida em b), a realização da pesquisa terá de ser comunicada no mais curto espaço de tempo possível à autoridade judiciária competente, para validação (cfr. art. 15.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009).

Se, no decurso da diligência, surgirem razões para crer que os dados procurados se encontram noutro sistema informático ou numa parte diferente do sistema pesquisado (o que inclui os casos em que os dados estão armazenados numa *cloud*), mas são legitimamente acessíveis a partir do sistema inicial, o n.º 5 do art. 15.º da Lei n.º 109/2009 permite que a pesquisa seja estendida ao outro sistema informático ou à outra parte do sistema pesquisado mediante autorização da autoridade judiciária competente.

Relativamente ao sigilo profissional, nos termos do art. 15.º, n.º 6, da Lei n.º 109/2009, as pesquisas informáticas em sistemas informáticos utilizados para o exercício de uma atividade sujeita a sigilo profissional<sup>32</sup> terão de ser autorizadas e presididas pelo Juiz (não podendo sê-lo pelo Ministério Público, mesmo em casos de *periculum in mora* – ainda que com ratificação *a posteriori* do Juiz –, o que pode comprometer seriamente a eficácia da investigação), devendo ser previamente avisado o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, o presidente do conselho diretivo ou de gestão do estabelecimento de saúde em que o médico em causa exerce funções, o presidente do conselho regional da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, o presidente da organização sindical dos jornalistas com maior

<sup>31</sup> Cfr. NUNES (2018, p. 95-96), MESQUITA (2010, p. 98), e Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 06-01-2015 e 20-01-2015, in *www.dgsi.pt*.

<sup>32</sup> Entendemos que, apesar de se afirmar, no art. 15.º, n.º 6, da Lei n.º 109/2009, que se aplica ao sigilo profissional de médico, advogado ou jornalista, tal regime deverá aplicar-se em todos os casos em que a pesquisa informática seja realizada num sistema informático utilizado para o exercício de uma atividade sujeita a sigilo profissional.

representatividade ou, nos demais casos, entidade equiparada, para que esteja presente ou se faça representar. E o profissional visado pela diligência também poderá estar presente.

O quinto meio de obtenção de prova previsto na Lei n.º 109/2009, mais concretamente, no art. 16.º, é a apreensão de dados informáticos, que consiste em as autoridades obterem, para o processo, dados informáticos que se encontrem num sistema informático ou num suporte autónomo que tenham sido alvos de uma pesquisa informática ou de outro acesso legítimo<sup>33</sup>, bem como dos programas necessários para aceder a esses dados<sup>34</sup>.

A apreensão de dados informáticos é autorizada pela autoridade judiciária, sempre que tal seja necessário para a descoberta da verdade material e/ou para a prova (cfr. art. 16.º, n.º 1, da Lei n.º 109/2009), podendo ser utilizada na investigação de qualquer tipo de crime<sup>35</sup>.

Nos termos do art. 16.º, n.ºs 2 e 4, da Lei n.º 109/2009, a apreensão poderá ser realizada pelo órgão de polícia criminal no decurso de pesquisa informática legitimamente ordenada e executada nos termos do art. 15.º da Lei n.º 109/2009 ou quando haja urgência ou perigo na demora, devendo ser dado conhecimento, no prazo de 72 horas, à autoridade judiciária competente, para validação.

Dispõe o art. 16.º, n.º 3, da Lei n.º 109/2009, que, no caso de serem apreendidos dados informáticos cujo conteúdo seja suscetível de revelar dados pessoais ou íntimos que possam pôr em causa a privacidade do respetivo titular ou de terceiro, esses dados ou documentos são, sob pena de nulidade, apresentados ao Juiz, que ponderará a sua junção aos autos, tendo em conta os interesses do caso concreto<sup>36</sup>.

Nos termos do art. 16.º, n.ºs 5 e 6, da Lei n.º 109/2009, as apreensões de dados em sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia e das atividades médica e bancária terão de ser autorizadas e presididas por Juiz, devendo ser previamente avisado o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, o presidente do conselho diretivo ou de gestão do estabelecimento de saúde em que o médico em causa exerce funções, o presidente do conselho regional da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, o presidente da organização sindical dos jornalistas com maior representatividade ou, nos demais casos, entidade equiparada, para que esteja presente ou se faça representar. E o profissional visado pela diligência também poderá estar presente.

<sup>33</sup> A que poderemos subsumir a recolha dos dados informáticos por um especialista no local onde se encontra o sistema informático, uma busca no local onde se encontra o sistema informático, uma revista ou o acesso ao sistema informático ou ao suporte autónomo por via de uma injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados (cfr. RAMALHO, 2017, p. 133-134).

<sup>34</sup> A impressão, pelas autoridades, daquilo que consta de uma página da Internet ou de um perfil de uma rede social constitui uma apreensão de dados informáticos (cfr. Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 13-04-2016 e 05-04-2017, *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>35</sup> Cfr. NUNES (2018, p. 127), MESQUITA (2010, p. 98), e Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 06-01-2015 e 20-01-2015, *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>36</sup> Acerca desta questão, com maiores desenvolvimentos, NUNES, 2018, p. 120 e ss. (com indicações bibliográficas).

De acordo com o art. 16.º, n.º 7, da Lei n.º 109/2009, a apreensão de dados informáticos poderá ser executada mediante:

- a) a apreensão do suporte onde está instalado o sistema ou apreensão do suporte onde estão armazenados os dados informáticos, bem como dos dispositivos necessários à respetiva leitura;
- b) a realização de uma cópia dos dados, em suporte autónomo, que será junto ao processo;
- c) a preservação, por meios tecnológicos, da integridade dos dados, sem realização de cópia nem remoção dos mesmos; ou
- d) a eliminação não reversível ou bloqueio do acesso aos dados.

E, no n.º 8 do mesmo preceito, no caso de a apreensão consistir na realização de uma cópia dos dados em suporte autónomo, a cópia terá de ser efetuada em duplicado, sendo uma das cópias selada e confiada ao secretário judicial dos serviços onde o processo correr os seus termos e, se tal for tecnicamente possível, os dados apreendidos serão certificados por meio de assinatura digital.

A opção por uma das formas de execução da apreensão não é arbitrária, devendo as autoridades optarem por aquela que, sendo adequada a prosseguir as finalidades da investigação, seja menos lesiva para os direitos fundamentais das pessoas atingidas pela diligência (cfr. NUNES, 2018, p. 136-137).

O sexto meio de obtenção de prova previsto na Lei n.º 109/2009, mais concretamente, no art. 17.º, é a apreensão de mensagens de correio eletrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante. Este preceito regula as situações em que, no decurso de uma pesquisa informática ou de outro acesso legítimo a um sistema informático, sejam encontradas mensagens de correio eletrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante<sup>37</sup>, sujeitando a sua apreensão ao regime da apreensão de correspondência prevista no Código de Processo Penal (arts. 179.º e 252.º)<sup>38</sup>.

A apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de registos de comunicações de natureza semelhante é autorizada pelo Juiz sempre que essa apreensão seja de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova (cfr. art. 17.º da Lei n.º 109/2009), podendo ser utilizada na investigação de qualquer tipo de crime<sup>39</sup>. Pela especificidade face à apreensão de correspondência, a autorização só poderá ser concedida *a posteriori* (cfr. NUNES, 2018, p. 153)

<sup>37</sup> V.g., SMS, MMS, conversações no *Messenger*, mensagens de voz relativas a comunicações via *Whatsapp*, *Viber*, *Skype*, *Facebook*, etc.

<sup>38</sup> Esta opção do legislador português (pois não consta da Convenção sobre o Cibercrime um regime similar para a apreensão de mensagens de correio eletrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, que, não se tratando de comunicações intercetadas em tempo real, são apreendidos como quaisquer outros dados informáticos) é alvo de forte crítica, entendendo-se que a apreensão deveria ser regulada pelo art. 16.º da Lei n.º 109/2009 (cujo n.º 3 constitui uma salvaguarda suficiente) e não pelo regime da apreensão de correspondência, entendimento que também acolhemos. Acerca desta questão, com maiores desenvolvimentos, NUNES, 2018, p. 141-146 (com indicações bibliográficas).

<sup>39</sup> Cfr. NUNES (2018, p. 147), MESQUITA (2010, p. 98), e Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 06-01-2015 e 20-01-2015, in *www.dgsi.pt*.

e não será possível proceder à restituição do correio eletrónico apreendido que seja irrelevante, pelo que o disposto nos n.ºs 1 e 3 do art. 179.º do CPP terá de ser aplicado com as necessárias adaptações à apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de registos de comunicações de natureza semelhante.

Em situações de *periculum in mora*, os órgãos de polícia criminal poderão utilizar a medida cautelar e de polícia prevista no art. 252.º do CPP (cfr. ALBUQUERQUE, 2011, p. 510), embora apenas se coloque a possibilidade de aplicação da medida prevista no n.º 3, pois, por força da especificidade do correio eletrónico e de registos de comunicação de natureza semelhante, que não inclui realidades equiparáveis a encomendas, jamais será possível aplicar a medida prevista no n.º 2 à apreensão de correio eletrónico ou de registos de comunicação de natureza semelhante (cfr. NUNES, 2018, p. 154).

Por força da remissão do art. 17.º da Lei n.º 109/2009 para o regime da apreensão de correspondência, nos termos do art. 179.º, n.º 1, al. a), do CPP, apenas poderão ser apreendidas mensagens de correio eletrónico ou outras realidades análogas que tenham sido enviadas pelo arguido ou suspeito ou que lhe tenham sido dirigidas, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa.

Relativamente ao sigilo profissional e começando pelo defensor do arguido ou suspeito, nos termos do art. 179.º, n.º 2, do CPP, só poderá haver apreensão ou outra forma de controlo da correspondência quando existam fundadas razões para crer que essa correspondência constitui objeto ou elemento de um crime.

Quanto aos demais casos de sigilo profissional, os arts. 17.º da Lei n.º 109/2009 e 179.º do CPP nada referem a este aspeto. Contudo, dado que estamos perante uma apreensão, vale aqui *mutatis mutandis* o que afirmámos em matéria de apreensão de dados informáticos à luz do art. 16.º da Lei n.º 109/2009.

O sétimo meio de obtenção de prova previsto na Lei n.º 109/2009 (art. 18.º), é a interceção de comunicações, que consiste na interceção<sup>40</sup> de comunicações informáticas, onde se inclui a obtenção de dados de conteúdo de comunicações em tempo real<sup>41</sup> (correio eletrónico, SMS, MMS, conversações no Messenger, comunicações realizadas no âmbito de *newsgroups*, chats, videoconferências e Webconferências, etc. (cfr. ALBUQUERQUE, 2011, p. 542; VENÂNCIO, 2011, p. 119), e comunicações realizadas por VoIP<sup>42</sup>) e de dados de tráfego (seja em tempo real seja de dados conservados nos termos da Lei n.º 32/2008) (cfr. art. 18.º, n.º 3, da Lei n.º 109/2009).

A interceção e o registo de transmissões de dados informáticos só podem ser autorizados durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do Juiz de Instrução Criminal. E mediante requerimento do Ministério Público (cfr. art. 18.º, n.º 1, da Lei n.º 109/2009), devendo ser fixado um período que não pode

<sup>40</sup> Definida no art. 2.º, al. e), da Lei n.º 109/2009 como “o ato destinado a captar informações contidas num sistema informático, através de dispositivos eletromagnéticos, acústicos, mecânicos ou outros”.

<sup>41</sup> Cfr. MESQUITA (2010, p. 122), VENÂNCIO (2011, p. 119), e Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 03-05-2016 e 07-03-2017, in *www.dgsi.pt*.

<sup>42</sup> Cfr. NUNES, 2019, p. 572, e também em 2020a, p. 31 e ss., e VENÂNCIO (2011, 2011, p. 119); contra, ANDRADE, 2009a, p. 165; e RAMALHO, 2017, p. 339 e ss.

ser superior a três meses, embora podendo ser sucessivamente prorrogado ilimitadamente. Desde que continuem a verificar-se os pressupostos legais da interceção de comunicações. E que cada prorrogação não ultrapasse o prazo máximo de três meses (cfr. art. 187.º, n.º 6, do CPP, aplicável *ex vi* do art. 18.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009).

Nos casos de *periculum in mora*, a autorização da interceção de comunicações poderá concedida pelo Juiz do lugar onde eventualmente puder ocorrer a conversação ou comunicação ou da sede da entidade competente para a investigação criminal (embora apenas quando esteja em causa a investigação de um dos crimes previstos nas várias alíneas do n.º 2 do art. 187.º do CPP) (cfr. art. 187.º, n.º 2, do CPP, aplicável *ex vi* do art. 18.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009). Do mesmo modo, a autoridade de polícia criminal poderá requerer diretamente a realização de uma interceção de comunicações ao Juiz sem qualquer intermediação do Ministério Público (cfr. art. 269.º, n.ºs 1, al. e), e 2, conjugado com o art. 268.º, n.º 2, *in fine*, ambos do CPP).

Porém, nos termos do art. 11.º, n.º 2, al. b), do CPP, compete ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça autorizar a interceção, gravação e transcrição de conversações ou comunicações em que intervenham o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República ou o Primeiro-Ministro. E determinar a respetiva destruição, o que inclui a interceção de comunicações nos termos do art. 18.º da Lei n.º 109/2009.

Nos termos do art. 18.º, n.º 1, da Lei n.º 109/2009, a interceção de comunicações apenas poderá ser utilizada na investigação de crimes previstos na Lei n.º 109/2009 (arts. 3.º a 8.º) ou de crimes cometidos por meio de um sistema informático ou em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico. Desde que constem do elenco do art. 187.º, n.ºs 1 e 2, do CPP<sup>43</sup> e visar as comunicações do arguido ou de suspeito que

<sup>43</sup> Artigo 187.º

1 - A interceção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, quanto a crimes:

- a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos;
- b) Relativos ao tráfico de estupefacientes;
- c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas;
- d) De contrabando;
- e) De injúria, de ameaça, de coação, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone;
- f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou
- g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores.

2 - A autorização a que alude o número anterior pode ser solicitada ao juiz dos lugares onde eventualmente se puder efetivar a conversação ou comunicação telefónica ou da sede da entidade competente para a investigação criminal, tratando-se dos seguintes crimes:

- a) Terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada;
  - b) Sequestro, rapto e tomada de reféns;
  - c) Contra a identidade cultural e integridade pessoal, previstos no título iii do livro ii do Código Penal e previstos na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário;
  - d) Contra a segurança do Estado previstos no capítulo i do título v do livro ii do Código Penal;
  - e) Falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda prevista nos artigos 262.º, 264.º, na parte em que remete para o artigo 262.º, e 267.º, na parte em que remete para os artigos 262.º e 264.º, do Código Penal;
  - f) Abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.
- [...].

ainda não tenha sido constituído arguido, de pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido (intermediário) ou da vítima de crime (mediante o respetivo consentimento) (cfr. art. 187.º, n.º 4, do CPP, aplicável *ex vi* do art. 18.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009).

As provas obtidas num processo através da interceção de comunicações apenas poderão ser utilizadas noutros processos (em curso ou a instaurar) se tiverem resultado de interceções de comunicações que tenham incidido em meio de comunicação utilizado pelo suspeito, arguido, intermediário ou pela vítima e apenas quando seja indispensável à prova de crime relativamente ao qual seja possível recorrer a este meio de obtenção de prova. Sem prejuízo de os elementos obtidos poderem ser utilizados como *notitia criminis* (permitindo a instauração de um novo processo ou a ampliação do objeto daquele processo) (cfr. art. 187.º, n.º 7, do CPP, aplicável *ex vi* do art. 18.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009).

De acordo com o art. 187.º, n.º 5, do CPP (aplicável *ex vi* do art. 18.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009), terão de existir razões fundadas para crer que as comunicações entre o arguido e o seu defensor constituem objeto ou elemento de crime, podendo as provas ser utilizadas contra o arguido e o defensor<sup>44</sup>. Embora a Lei apenas se refira às comunicações entre o arguido e o seu defensor, discute-se se a norma inclui também os demais casos de comunicações em que intervenham pessoas sujeitas ao dever de guardar segredo profissional<sup>45</sup>.

O órgão de polícia criminal que efetuar a interceção de comunicações terá de lavrar o competente auto e elaborar um relatório, no qual indica as passagens relevantes para a prova, descreve de modo sucinto o respetivo conteúdo. E explica o seu alcance para a descoberta da verdade (cfr. art. 188.º, n.º 1, do CPP, aplicável *ex vi* do art. 18.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009).

Nos termos do art. 188.º, n.º 3 a 5, do CPP, o órgão de polícia criminal deverá, no prazo de 15 em 15 dias, contado desde o início da primeira interceção efetuada nos autos ou da anterior apresentação, levar ao conhecimento do Ministério Público os correspondentes suportes técnicos e os respetivos autos e relatórios (cfr. art. 188.º, n.º 3, do CPP, aplicável *ex vi* do art. 18.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009). Seguidamente, o Ministério Público, no prazo máximo de quarenta e oito horas, deverá levá-los ao conhecimento do Juiz (cfr. art. 188.º, n.º 4, do CPP, aplicável *ex vi* do art. 18.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009). O Juiz, para se inteirar do conteúdo das comunicações, poderá ser coadjuvado, quando entender conveniente, por órgão de polícia criminal. E nomear, se necessário, intérprete para proceder à tradução das comunicações (cfr. art. 188.º, n.º 5, do CPP, aplicável *ex vi* do art. 18.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009), devendo determinar

<sup>44</sup> Cfr. LEITE (2004, p. 46); SUSANO, (2009, p. 39); NUNES, 2019, p. 637, e ALBUQUERQUE (2011, p. 527); contra (entendendo que as provas apenas poderão ser utilizadas contra o defensor, a fim de não prejudicar a defesa), CONCEIÇÃO (2009, p. 112), e ANDRADE (2005, p. 221).

<sup>45</sup> Entendem que o art. 187.º, n.º 5, do CPP não se aplica a tais casos, NUNES (2019, p. 639 e ss.), e LEITE (2004, p. 48).

Diversamente, a Doutrina maioritária considera que o art. 187.º, n.º 5, do CPP também se aplica nestes casos, cfr. ANDRADE (2005, p. 220); ALBUQUERQUE (2011, p. 527); SILVA (2008, p. 252), SUSANO (2009, p. 41), NEVES (2011, p. 295 e ss.), RODRIGUES (2008, p. 291 e ss.), CONCEIÇÃO (2009, p. 111) e VALENTE, (2008, p. 92).

a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios que, sendo manifestamente estranhos ao objeto do processo<sup>46</sup>, digam respeito a pessoas que não pudessem ser alvo interceção de comunicações, abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado ou cuja divulgação possa afetar gravemente direitos, liberdades e garantias (cfr. art. 188.º, n.º 6, do CPP, aplicável *ex vi* do art. 18.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009).

O último meio de obtenção de prova expressamente previsto na Lei n.º 109/2009, mais concretamente, no seu art. 19.º, são as ações encobertas *online* ou em ambiente-informático-digital, de que nos vamos ocupar no presente artigo. Trata-se de mais um exemplo de consagração, na Lei n.º 109/2009, de um meio de obtenção de prova não previsto na Convenção sobre o Cibercrime, situação que, nas várias ordens jurídicas que conhecemos, apenas tem paralelo (e apenas a partir de 2015) na ordem jurídica espanhola (cfr. art. 282 bis, n.º 6, da Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Existe, ainda, um meio de obtenção de prova que não está expressamente previsto na Lei n.º 109/2009: a busca *online*, que consiste na “infiltração clandestina num sistema informático para observação da sua utilização e leitura dos dados nele armazenados” (ANDRADE, 2009a, p. 166), que é realizada *online*, com recurso a meios técnicos e através da instalação sub-reptícia, nesse sistema informático, de um programa informático do tipo “Cavalo de Troia” (cfr. ALBUQUERQUE, 2011, p. 502 e 541; ANDRADE, 2009a, p. 166), podendo consistir num único acesso ou ocorrer de forma contínua e prolongada no tempo.

Não possuindo a nossa ordem jurídica preceito que preveja expressamente este meio de obtenção de prova, não existe acordo na Doutrina quanto à sua admissibilidade<sup>47</sup> e, entre os defensores da admissibilidade, não existe acordo quanto à norma habilitante<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> A “manifesta estranheza” deverá ser interpretada como absoluta e manifesta irrelevância para a boa decisão da causa (cfr. CUNHA, 2008, p. 218).

<sup>47</sup> ALBUQUERQUE (2011, p. 502 e 545); CORREIA (2014, p. 42 e ss.) (embora apenas no âmbito de uma ação encoberta em ambiente informático-digital), e NUNES (2019, p. 809 e ss.), e também NUNES (2020a, p. 40 e ss.), pronunciam-se pela admissibilidade, ao passo que RAMALHO (2013b, p. 227), e também em RAMALHO (2017, p. 346 e ss.), NEVES (2011, p. 196 e ss., 248 e 273), RODRIGUES (2010, p. 474-475), RAMOS (2014, p. 91), BRITO (2018, p. 97), FIDALGO (2020, p. 153 e ss.), CAMPOS (2021, p. 81 e ss.), e JESUS (2011, p. 196), pronunciam-se no sentido oposto. RAMALHO (2013b, p. 227), e também em RAMALHO (2017, p. 346 e ss.), FIDALGO (2020, p. 154), e CAMPOS (2021, p. 96), entendem que o art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009 não observa as exigências de segurança jurídica, densificação e qualidade da lei restritiva de direitos fundamentais e é incompatível com os ditames do princípio da proporcionalidade quando permite o recurso à busca *online* (e o mesmo sucede quanto à ação encoberta em ambiente informático-digital) para investigar crimes de pequena gravidade e, por isso, é inconstitucional quando aplicado às buscas *online*.

<sup>48</sup> Ao passo que ALBUQUERQUE (2011, p. 502 e 545), considera que a norma habilitante é o art. 15.º da Lei n.º 109/2009 (sendo uma eventual inconstitucionalidade decorrente de a obtenção de dados íntimos ou privados ocorrer sem intervenção judicial afastada pelo art. 16.º, n.º 3, da mesma Lei, ao impor uma intervenção judicial, ainda que *a posteriori*, no caso de serem obtidos dados informáticos dessa natureza no decurso da pesquisa informática ou de outro acesso legítimo a um sistema informático), CORREIA (2014, p. 42 e ss.), entende que a norma habilitante é o art. 19.º, n.º 2, do Lei n.º 109/2009, que permite a utilização de meios e dispositivos informáticos no decurso de uma ação encoberta *online*. Pela nossa parte, concordamos com Paulo Pinto de Albuquerque (2011), embora com as especificidades que referiremos no texto e que sempre temos defendido noutras publicações.

Consideramos que a busca *online* é admissível no Direito português, à luz do art. 15.º da Lei n.º 109/2009. Todavia, quando a busca *online* seja executada de forma contínua e prolongada no tempo (*Daten-Monitoring*), possuirá uma danosidade à da interceção de comunicações. Por isso, operando-se uma interpretação conforme à Constituição, ainda que esta forma de execução da busca *online* seja admissível à luz do art. 15.º da Lei n.º 109/2009, deverá ser-lhe aplicado o regime (mais restritivo) da interceção de comunicações prevista no art. 18.º da Lei n.º 109/2009<sup>49</sup>.

#### 4 CONCEITO DE AÇÃO ENCOBERTA. A UTILIDADE DA AÇÃO ENCOBERTA ONLINE

O legislador define ação encoberta no art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto<sup>50</sup>, como “aquela(s) que seja(m) desenvolvida(s) por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária<sup>51</sup> para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade”, existindo na nossa ordem jurídica dois tipos de ação encoberta: a “clássica” (que corresponde à infiltração de um polícia ou de uma pessoa não pertencente às forças de segurança mas que atue sob a direção destas, no *milieu* criminoso e que está regulada na Lei n.º 101/2001) e a realizada em ambiente informático-digital<sup>52</sup> (regulada no art. 19.º da Lei n.º 109/2009).

Tendo em conta o conceito de ação encoberta do art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001, sendo hoje possível criar programas informáticos que simulam pessoas reais sem que quem esteja a interagir com estas pessoas virtuais se aperceba de que não se trata de uma pessoa verdadeira<sup>53</sup>, suscita-se a questão

<sup>49</sup> Acerca da nossa opinião, com maiores desenvolvimentos, *vide* NUNES (2019, p. 809 e ss.), e também em NUNES (2020a, p. 40 e ss.).

<sup>50</sup> O texto da Lei n.º 101/2001 poderá ser encontrado no url [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=89&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis).

<sup>51</sup> Ou do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), nos casos em que a competência para a investigação do crime em causa seja do SEF (cfr. ALBUQUERQUE, 2011, p. 681; e art. 188.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho).

O texto da Lei n.º 23/2007 poderá ser encontrado no url [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=920&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=920&tabela=leis).

<sup>52</sup> Na epígrafe do art. 19.º da Lei n.º 109/2009, o legislador apenas fala em “ações encobertas”. Contudo, a Doutrina vem-se referindo a estas ações encobertas como “ações encobertas em ambiente informático-digital”, a fim de as destrinçar das ações encobertas previstas na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto.

<sup>53</sup> Veja-se, por exemplo, o caso real em que uma imagem virtual, tipo *robot*, simulando uma menina filipina de 11 anos de idade, atraiu diversos predadores sexuais, levando à identificação de vários abusadores em diversos países (Caso Sweetie). Nesta situação, uma ONG (*Terre des Hommes*), constatando que existiam na Internet inúmeros casos de turismo sexual de crianças (uma forma de prostituição que leva à exploração sexual de mais de dois milhões de crianças em todo o Mundo, em regra, crianças de parques recursos económicos, que são incentivadas a despir-se perante *webcams* a troco de quantias monetárias ínfimas e a, posteriormente, realizarem encontros pessoais com pedófilos, que culminam com abusos sexuais), sendo as imagens de abusos gravadas e partilhadas, em grupos restritos na Internet, com maior incidência na *Dark Web*. Por isso, esta ONG criou uma imagem virtual de uma menina filipina de 11 anos de idade (por serem as Filipinas o país mais afetado), que esteve *online* em salas de conversação pública durante 10 semanas, permitindo à ONG identificar mais de 1.000 adultos,

da admissibilidade do uso de *Cybercops* (agentes policiais virtuais) em ações encobertas em ambiente informático-digital. Na nossa ótica, entendemos que nada na Lei portuguesa o impede (pelo que as provas obtidas são lícitas e utilizáveis) (contra, RAMOS, 2017, p. 194), sendo que o argumento de que o art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001 exige que as ações encobertas sejam realizadas por “funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária” (esgrimido por RAMOS, 2017, p. 194), ou seja, por pessoas físicas, reais e que, por isso, tal possibilidade está vedada, não colhe.

Em primeiro lugar, nas ações encobertas “clássicas”, é óbvio que o agente infiltrado só poderá ser uma pessoa real, sendo absolutamente impossível que a utilização de um agente infiltrado “virtual” no mundo físico pudesse ter alguma utilidade investigativa, pelo que o disposto no art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001 não é uma imposição de que o agente infiltrado seja uma pessoa física.

Em segundo lugar, a Lei n.º 101/2001 aplica-se *mutatis mutandis* às ações encobertas em ambiente informático-digital.

Em terceiro lugar, o que o art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001 prevê é que as ações encobertas sejam realizadas por agentes policiais ou particulares sob o controlo das autoridades e não por particulares agindo *motu proprio*, pelo que, desde que o *Cybercop* seja controlado pelas autoridades, diretamente ou mediante o controlo do particular que controla o *Cybercop* (*v.g.*, uma empresa que produza esses programas informáticos), não vemos em que medida a Lei não é observada.

Em quarto lugar, não se antolha que a utilização do *Cybercop* (que terá de ficar devidamente documentada para ulterior controlo da legalidade da obtenção das provas) constitua uma lesão mais intensa de direitos fundamentais do que no caso de o agente infiltrado ser uma pessoa física, sendo que a legalidade da prova e a ausência de provocação ao crime poderão ser perfeitamente controladas.

E, por último, nada impede que um particular, sem agir sob o controlo das autoridades, leve a cabo uma “ação encoberta” e que as provas obtidas sejam lícitas e utilizáveis, contanto que não tenham sido obtidas mediante a prática de um crime ou, no mínimo, de um ilícito-típico (por funcionamento do princípio da unidade da ordem jurídica) ou de um modo que configure uma “violação particularmente grave da dignidade humana”, porquanto o art. 19.º da Lei n.º 109/2009 (tal como as demais normas que regulam os meios de obtenção de prova) apenas se aplica às autoridades e aos particulares que atuem sob a direção das autoridades (cfr. NUNES, 2019, p. 544 e ss. e 909 e ss.; RAMALHO, 2017, p. 301).

---

de 71 países, dispostos a pagar para visualizar atos sexuais da referida “menor” através de *webcam*. Após a obtenção da identificação dos IPs dos abusadores, a ONG entregou essas informações à Interpol para que procedesse a uma investigação criminal. Trata-se de uma conduta subsumível à figura do agente encoberto e não do agente infiltrado (não se tratando, por isso, de uma ação encoberta) e que é levada a cabo por particulares sem a direção das autoridades, razão pela qual jamais estaremos perante uma conduta subsumível ao conceito legal de ação encoberta do art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001 e, conseqüentemente, à aplicação do regime jurídico das ações encobertas.

No entanto, no caso do *Cybercop*, que não ouve nem visiona o que se passa no sítio da Internet, *chat*, *newsgroup*, etc., limitando-se a registar o que aí se passa, estamos perante o uso de meios e dispositivos informáticos, pelo que haverá que observar o disposto no art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009<sup>54</sup>.

As ações encobertas *online* têm-se mostrado úteis na resposta ao jogo ilícito, ao tráfico de estupefacientes, à pornografia infantil e à pedofilia *online* (cfr. RAMALHO, 2013a, p. 408), ao tráfico de armas e ao branqueamento de capitais. E, nas investigações na *Dark Web*, a sua utilização permite ultrapassar os obstáculos à descoberta da identidade e da localização dos autores do crime e das respetivas vítimas e à obtenção das provas necessárias para a investigação (neutralizando-se os obstáculos criados por via da utilização de técnicas antiforenses) através da persuasão dos próprios suspeitos a cederem elementos que permitam a sua identificação e outras informações relevantes para a investigação por via da integração do agente infiltrado numa comunidade *online* e da sua interação com criminosos pertencentes a essa comunidade (que, nas relações com os demais membros, poderão descurar as suas defesas e cometer erros que permitam a sua identificação e proporcionem meios de prova às autoridades) (assim, RAMALHO, 2013a, p. 408-409).

A eficácia da ação encoberta pode, ainda, ser potenciada com a utilização de meios ou dispositivos informáticos (*v.g.*, realizando uma busca *online*), o que é permitido pelo art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009.

Contudo, quando os *websites* não permitam a interação entre o agente infiltrado e os outros membros, este meio de obtenção de prova terá pouca utilidade (cfr. RAMALHO, 2013a, p. 409).

Por fim, cumpre referir que o êxito da ação encoberta em ambiente informático-digital depende de o agente possuir uma “pegada digital”, ou seja, um histórico credível e sedimentado na Internet e que seja compatível com a personalidade que assumirá na ação encoberta (cfr. RAMOS, 2017, p. 77-78).

## 5 OS VÁRIOS “ATORES” DAS AÇÕES “ENCOBERTAS”

Ao nível das ações “encobertas”, encontramos diversos tipos de “atores”, os quais, apesar da sua proximidade, não se confundem. E nem todos são subsumíveis ao regime legal de ação encoberta, que apenas inclui o agente infiltrado.

Começando pelo agente encoberto (*Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte*), o agente encoberto é aquele que, sem revelar a sua identidade verdadeira ou qualidade e com a finalidade de obter provas para a incriminação do suspeito ou obter uma *notitia criminis*, frequenta os meios conotados com a prática de

<sup>54</sup> E o mesmo sucederá no caso de o agente infiltrado *online* ser uma pessoa física que, em vez de assistir “presencialmente” (sempre ou apenas durante alguns períodos) ao que se vai passando no sítio da Internet, *chat*, *newsgroup*, etc., coloca o seu sistema informático a registar as ocorrências, sendo que, desde que seja observado o disposto no art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009, a prova obtida é lícita e utilizável (daí discordarmos de RAMALHO, 2017, p. 296, quando afirma que essa prova será, “*por natureza, ilícita*”).

crimes, sendo que, naquela ocasião, poderia estar qualquer outra pessoa e as coisas aconteceriam da mesma forma (cfr. MEIREIS, 1999, p. 155; NUNES, 2019, p. 831). Embora sem ganhar a confiança do visado, o agente encoberto poderá ir um pouco além da mera frequência de tais locais, assumindo o papel de comprador simulado de droga ou de outra mercadoria ilícita (*Scheinkäufer*) ou de vítima potencial (mendigo, toxicodependente, comerciante, prostituta, motorista de táxi, idoso, etc.) para acionar o chamamento de outros agentes estrategicamente colocados, para que estes, intervindo imediatamente, detenham o criminoso em flagrante delito (cfr. ROXIN; SCHÜNEMANN, 2012, p. 306; NUNES, 2019, p. 831), podendo mesmo entabular conversa com os suspeitos que ali se encontrem (cfr. SOINÉ, 2010, p. 601; NUNES, 2019, p. 831-832).

No plano informático-digital, a conduta do agente encoberto pode consistir no “patrulhamento” de sítios da Internet, *chats* ou *newsgroups* abertos ou acedidos com o consentimento de um dos participantes<sup>55</sup>, de redes *peer to peer* ou de outras “zonas de risco” do mundo virtual ou na criação de *websites* para identificar suspeitos da prática de um determinado crime (*v.g.*, em matéria de pornografia infantil) (assim, NACK, 2008, p. 542)<sup>56</sup>.

E continuamos perante um agente encoberto nos casos em que o agente participa em *chats*, *websites*, *blogs* ou fóruns livremente acessíveis (ainda que mediante registo prévio e a utilização de um *nickname*, em que não se distingue do *modus operandi* dos demais frequentadores), desde que não tome a iniciativa de interagir com os demais participantes e se limite a visionar os conteúdos que vão sendo partilhados<sup>57</sup>.

A atuação do agente encoberto não está sujeita ao regime das ações encobertas da Lei n.º 101/2001 nem do art. 19.º da Lei n.º 109/2009, sendo um meio de obtenção de prova atípico admissível à luz do art. 125.º do CPP<sup>58</sup>.

Por seu turno, o agente infiltrado (*Verdeckte Ermittler, Undercover agent*) é aquele que, sem revelar a sua identidade verdadeira e a sua qualidade, ganha a confiança pessoal do suspeito e infiltra-se no meio criminoso em causa (*v.g.*, numa organização criminosa), mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos e praticando atos preparatórios ou mesmo de execução (caso tal se mostre necessário, mas sem determinar quem quer que seja a prática de infrações), com a finalidade de obter provas para a incriminação do suspeito ou para obter uma *notitia criminis*, atuando de forma prolongada no tempo e, tratando-se de um elemento das autoridades policiais, atuando com uma identidade fictícia (cfr. NUNES, 2019, p. 832-833).

<sup>55</sup> No caso do agente encoberto, o participante que consente/permite que o agente aceda a um sítio da Internet, *chat* ou *newsgroup* fechado terá de estar “conluído” (*v.g.*, ser um informador da polícia) com o agente encoberto, conhecendo as finalidades do mesmo. Pelo contrário, se o agente tiver “usufruído” da confiança desse participante (que desconhece as finalidades do agente), estaremos perante um agente infiltrado, precisamente porque existiu um ganho de confiança, que caracteriza o agente infiltrado (no mesmo sentido, RAMALHO, 2017, p. 295).

<sup>56</sup> Um exemplo disso é o Caso Sweetie a que fizemos referência.

<sup>57</sup> Neste sentido, embora em termos não totalmente coincidentes com o nosso entendimento, RAMALHO (2017, p. 297).

<sup>58</sup> Cfr. NUNES (2018, p. 201) e ss., e também em NUNES (2019, p. 838-839, com maiores desenvolvimentos e referências bibliográficas); contra, RAMALHO (2017, p. 289).

No plano informático-digital, a conduta do agente infiltrado consistirá em frequentar o mundo virtual utilizando uma identidade fictícia (*in casu*, bastará um *nickname*, não havendo que aplicar, por desnecessidade, o regime do art. 5.º da Lei n.º 101/2001) (cfr. SOINÉ, 2014, p. 250; NUNES, 2019, p. 833, incluindo a nota 2.817), ganhando a confiança dos visados, mantendo-se a par dos acontecimentos e acompanhando a execução dos factos, interagindo com outros participantes em *chats*, *websites*, *blogs* ou fóruns (livremente acessíveis ou de acesso reservado) (cfr. RAMALHO, 2017, p. 295-296) e praticando atos preparatórios ou mesmo de execução (caso tal se mostre necessário, mas sem determinar ninguém à prática de infrações).

A atuação do agente infiltrado está sujeita ao regime das ações encobertas da Lei n.º 101/2001 e do art. 19.º da Lei n.º 109/2009 (cfr. NUNES, 2019, p. 838).

Por seu turno, o agente provocador (*Lockspitzel*, *agent provocateur*) é aquele que, embora sem querer o crime em si mesmo, mas pretendendo sujeitar o visado a um processo penal e, conseqüentemente, a uma pena, convence-o a cometer um crime que, não fosse a atuação do agente provocador, jamais cometeria (cfr. NUNES, 2019, p. 833)<sup>59</sup>. Ao nível da participação criminosa, consoante o modo como atua, o agente provocador poderá assumir o papel de instigador ou mesmo de autor mediato (cfr. NUNES, 2019, p. 834).

No plano informático-digital, a conduta do agente provocador consiste em frequentar o mundo virtual, com utilização de uma identidade fictícia e convencer outra pessoa a cometer um crime que, se não fosse a conduta do agente, jamais cometeria (assim, NUNES, 2019, p. 834.).

A conduta do agente provocador, pela violação das garantias fundamentais do processo penal que acarreta, constitui um método proibido de prova nos termos do art. 126.º, n.º 2, al. a), do CPP (cfr. ANDRADE, 1992, p. 231-232).

O “homem de confiança” (*V-Mann* ou *V-Person*) é uma pessoa não pertencente às instâncias formais de controlo (podendo mesmo pertencer ao *milieu* criminoso) que coopera com estas (sob a direção destas), assumindo uma conduta que, consoante a situação em concreto, configurará a atuação de um agente encoberto, infiltrado ou provocador (cfr. ELLBOGEN, 2004, p. 45; NUNES, 2019, p. 835). No plano informático-digital, a conduta do “homem de confiança” corresponderá à atuação do tipo de agente que “encarnar” (cfr. NUNES, 2019, p. 835).

A atuação do “homem de confiança” apenas estará sujeita ao regime das ações encobertas da Lei n.º 101/2001 e do art. 19.º da Lei n.º 109/2009 nos casos em que seja subsumível ao *modus operandi* do agente infiltrado, tal como definido supra.

A utilização de “homens de confiança” nas ações encobertas em ambiente informático-digital tenderá a ser muito menos necessária do que no caso das ações

<sup>59</sup> Contudo, para que se possa falar em provocação ao crime, não basta que o agente provocador atue sobre o provocado para o convencer a cometer o crime, sendo ainda necessária a existência de um nexo de causalidade entre a conduta do agente provocador e o facto praticado pelo provocado que permita concluir que, se não fosse a atuação daquele, este jamais teria praticado esse facto (cfr. ALBUQUERQUE, 2011, p. 682-683).

encobertas “clássicas”, pois o agente policial não tem de agir “presencialmente” e pode ocultar a sua identidade utilizando *nicknames*. Todavia, o recurso aos “homens de confiança” em ações encobertas *online* poderá ser necessário em casos em que o êxito da ação encoberta requeira que o agente seja um particular integrado no *milieu* criminoso ou possua conhecimentos técnicos específicos sem os quais as autoridades não conseguiriam infiltrar-se em determinadas áreas (*v.g.*, no caso de *hackers* contratados pelas autoridades para utilização dos seus especiais conhecimentos para fins legítimos) (no mesmo sentido, RAMALHO, 2017, p. 299), bem como em situações em que o agente tenha de ser alguém com uma “pegada digital” credível e consonante com a personalidade que terá de assumir na ação encoberta e nenhum agente policial possua uma tal “pegada” nem seja possível “construí-la” em tempo útil.

## 6 AS AÇÕES ENCOBERTAS NO DIREITO PORTUGUÊS

O regime geral das ações encobertas consta da Lei n.º 101/2001, na qual se consagra o conceito legal de ação encoberta (art. 1.º, n.º 2), o catálogo de crimes e demais requisitos materiais e procedimentais (arts. 2.º e 3.º), o regime da inquirição do agente infiltrado (art. 4.º), a possibilidade de utilização de identidade fictícia e o respetivo procedimento de atribuição (art. 5.º) e uma causa de exclusão da ilicitude da conduta do agente infiltrado (art. 6.º)<sup>60</sup>

Por seu turno, o art. 19.º da Lei n.º 109/2009 contém o regime específico das ações encobertas em ambiente informático digital, embora apenas quanto ao catálogo de crimes (n.º 1) e à possibilidade de utilizar cumulativamente meios e dispositivos informáticos (n.º 2), contendo uma remissão para o regime contido na Lei n.º 101/2001 no seu prómio.

## 7 REQUISITOS LEGAIS DAS AÇÕES ENCOBERTAS EM AMBIENTE INFORMÁTICO-DIGITAL

O regime jurídico das ações encobertas em ambiente informático-digital resulta do art. 19.º da Lei n.º 109/2009, conjugado com a Lei n.º 101/2001<sup>61</sup>, aplicando-se aquele preceito às matérias nele reguladas e este diploma às matérias não reguladas no citado preceito, com as necessárias adaptações às especificidades das ações encobertas *online*.

<sup>60</sup> Também a Lei n.º 144/99, de 31 de agosto, no seu art. 160.º-B, prevê a possibilidade de funcionários de investigação criminal de outros Estados poderem realizar ações encobertas em Portugal com estatuto idêntico aos funcionários de investigação criminal portugueses, mediante autorização do Juiz do Tribunal Central de Investigação Criminal, precedido de proposta do Magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Ação Penal.

<sup>61</sup> Para onde remete o art. 19.º, n.º 1, da Lei n.º 109/2009.

## 7.1 Catálogo de Crimes

Nos termos do art. 19.º, n.º 1, da Lei n.º 109/2009, as autoridades só poderão lançar mão das ações encobertas *online* quando estiver em causa a investigação de<sup>62</sup>:

- a) crimes previstos nos arts. 3.º a 8.º da Lei n.º 109/2009 (e outros crimes que venham a ser introduzidos neste diploma);
- b) crimes puníveis com pena de prisão de máximo superior a cinco anos que sejam cometidos por meio de um sistema informático; e
- c) independentemente da pena aplicável, crimes dolosos contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, burla qualificada, burla informática e nas comunicações, discriminação racial, religiosa ou sexual, os crimes previstos no Título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e infrações económico-financeiras quando sejam cometidos por meio de um sistema informático.

## 7.2 A Cumulação com Outros Meios de Obtenção da Prova

Resulta do art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009 que é admissível cumular as ações encobertas em ambiente informático-digital com a utilização de meios técnicos (com possibilidade de inclusão de uma busca *online*). O que se justifica, visto que, pelo conhecimento empírico adquirido, o êxito da investigação de determinados tipos de criminalidade (*v.g.*, no caso da criminalidade organizada e económico-financeira e do terrorismo) passa pelo uso cumulativo de meios de obtenção de prova altamente restritivos de direitos fundamentais, incluindo as ações encobertas.

No que tange à cumulação com outros meios de obtenção de prova não subsumíveis ao art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009, nada o impede, sem prejuízo de, no caso concreto, essa cumulação, jamais poder violar os ditames do princípio da proporcionalidade na vertente de proibição do excesso (cfr. ANDRADE, 2009a, p. 115). Significa que essa cumulação nunca poderá conduzir a uma “vigilância total” (*i. e.*, à obtenção, de forma prolongada no tempo e através do uso de medidas de observação, de informações relativas à totalidade da vida do visado, construindo-se, desse modo, um “*umfassendes Persönlichkeitsbild*”) (cfr. WOLTER, 2004, p. 745, nota 61), embora, na nossa perspetiva, a eventual existência de “vigilância total” deva ser aferida à luz da situação concreta e não em abstrato.

---

<sup>62</sup> MESQUITA (2010, p. 126) considera que a possibilidade de aplicar este método “oculto” a crimes como os previstos nos arts. 3.º, n.º 1, 5.º, n.ºs 1 e 2, 6.º, n.ºs 1 e 3, e 7.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 109/2009, aos crimes dolosos puníveis com penas inferiores a 5 anos de prisão referidos no art. 19.º, n.º 1, al. b), e aos crimes negligentes que sejam puníveis com pena superior a 5 anos de prisão é inconstitucional; também ALBUQUERQUE, 2011, p. 681-682, critica a amplitude do catálogo, propondo uma redução teleológica do mesmo.

### **7.3 O “Interrogatório” do Arguido e/ou de Pessoas que Possam Recusar a Prestação de Depoimento pelo Agente Infiltrado sem os Advertir da Faculdade de não Prestarem Declarações**

De acordo com os arts. 61.º, n.º 1, al. d), 141.º, n.º 4, als. a) e b), 143.º, n.º 2, 144.º, n.º 2, e 343.º, n.º 1, *in fine*, do CPP, o arguido, antes de prestar declarações acerca dos factos que lhe são imputados, deve ser informado de que goza do direito a não prestar declarações acerca desses factos, sob pena de inutilizabilidade dessas declarações como prova, nos termos do art. 58.º, n.º 5, do CPP.

As pessoas adstritas ao dever de guardar segredo profissional estão obrigadas a não prestar depoimento relativamente a questões que tenham a ver com o exercício da sua profissão, pelo que, se se recusarem a depor com esse fundamento e, caso a recusa seja legítima, só terão de o prestar no caso de quebra do sigilo profissional nos termos do art. 135.º do CPP.

Também as pessoas referidas no art. 134.º do CPP<sup>63</sup> terão de ser advertidas da faculdade de não prestarem depoimento, sob pena de o seu depoimento não poder ser valorado como prova.

Do mesmo modo, a testemunha, o assistente e as partes civis podem recusar-se a responder a perguntas de que possa resultar a sua responsabilidade penal (cfr. arts. 132.º, n.º 2, e 145.º, n.º 3, do CPP).

E, por fim, as autoridades estão obrigadas a constituir como arguido qualquer pessoa que esteja numa das situações previstas no art. 58.º, n.º 1, do CPP ou que se encontre na situação a que alude o art. 59.º, n.º 2, do CPP e solicite a sua constituição como arguida.

Estas normas visam o interrogatório formal no âmbito de um processo penal, não sendo, pelo menos diretamente, aplicáveis aos “interrogatórios” realizados pelo agente infiltrado, que, pelo seu carácter informal, poderão levar o interlocutor a fornecer informações autoincriminatórias ou cujo fornecimento poderia validamente recusar num interrogatório formal. Todavia, é controversa a admissibilidade da utilização probatória de tais informações (cfr. NUNES, 2019, p. 874 e ss., com vastas indicações doutrinárias e jurisprudenciais).

No entanto, apesar de poderem ser fornecidas informações que, no âmbito de um interrogatório formal, poderiam não o ser, consideramos que tais informações poderão ser utilizadas como prova, pois, em primeiro lugar, ainda que o “depoente” desconheça a qualidade do agente infiltrado e as suas finalidades, a atuação do agente infiltrado assenta precisamente em, ocultando a sua qualidade e finalidades, ver e ouvir o que acontece à sua volta (incluindo os “depoimentos” destas pessoas) (cfr. KÖHLER, 2019, p. 524; LIAÑO FONSECA-HERRERO, 2004, p. 222; ELLBOGEN, 2004, p. 93).

<sup>63</sup> Os descendentes, os ascendentes, os irmãos, os afins até ao 2.º grau, os adotantes, os adotados e o cônjuge do arguido, bem como quem tiver sido cônjuge do arguido ou quem, sendo de outro ou do mesmo sexo, com ele conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges, relativamente a factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação.

Em segundo lugar, não se trata de um expediente para “contornar” as regras do interrogatório formal e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (contra, ROXIN, 1997, p. 18 e ss.; ANDRADE, 2009b, p. 544-54) pois o recurso a agentes infiltrados tende a ocorrer antes de o arguido e as testemunhas que possam recusar-se a depor serem ouvidos.

Em terceiro lugar, não estando o agente infiltrado obrigado a informar essas pessoas dos seus direitos processuais nem da sua qualidade e finalidades, não ocorre qualquer fornecimento de elementos falsos acerca de depoimentos ou outros elementos fácticos existentes nos autos para determinar o interrogado a modificar as suas declarações e, como tal, estamos no âmbito da astúcia (cfr. LAMMER, 1992, p. 110 e ss., 119 e 169-170).

Em quarto lugar, exigir que o agente infiltrado advirta tais pessoas da sua qualidade e finalidades e da imputação e direitos processuais não é compatível com a (necessária) natureza “oculta” da ação encoberta e poria em causa a eficácia da diligência e, sobretudo, a segurança do agente (cfr. GERCKE, 2012, p. 585).

Em quinto lugar, a pessoa que “confidencia” ao agente infiltrado está livre na sua pessoa e fora de qualquer coerção decorrente de estar a prestar depoimento perante uma autoridade<sup>64</sup>, sendo livre de fazer, ou não, tais “confidências”, tudo se assemelhando a uma qualquer conversa em que uma pessoa, confiando no seu interlocutor, lhe confidencia a prática de um crime e este denuncia o facto às autoridades<sup>65</sup>.

E, em sexto lugar, o *nemo tenetur* não tutela “descuidos” do arguido ou do suspeito (cfr. OTT, 2008, p. 74; LAMMER, 1992, p. 110 e ss.; ELLBOGEN, 2004, p. 89 e ss.; contra, ROXIN, 1997, p. 19-20) nem é absoluto, estando sujeito às restrições necessárias para salvaguardar interesses superiores.

#### **7.4 O Depoimento do Agente Infiltrado. O Relato da Ação Encoberta**

Nos termos do art. 4.º, n.º 3, da Lei n.º 101/2001, oficiosamente ou a requerimento da Polícia Judiciária, a autoridade judiciária competente (que, no inquérito, será o Magistrado do Ministério Público e, na instrução, o Juiz de Instrução Criminal) pode, mediante decisão fundamentada, autorizar que o agente infiltrado, quando atue com identidade fictícia, preste depoimento sob essa identidade no processo relativo aos factos objeto da sua atuação, como forma de proteção do agente infiltrado (e dos seus familiares) contra eventuais pressões e represálias por parte dos arguidos/suspeitos e para permitir a utilização daquele agente em futuras investigações (cfr. NUNES, 2019, p. 882).

Iguais finalidades presidem ao regime previsto no n.º 4 do mesmo preceito, no qual se prevê que, quando o Juiz, por indispensabilidade da prova, determinar

<sup>64</sup> Cfr. ELLBOGEN (2004, p. 89-90), e Acórdão Bykov c. Rússia do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. in <https://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>65</sup> Cfr. ELLBOGEN (2004, p. 91) e Acórdão Bykov c. Rússia do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, in <https://hudoc.echr.coe.int>; contra, ROXIN (1995, p. 465), e LIAÑO-FONSECA HERRERO, 2004, p. 222.

a comparência do agente infiltrado na audiência de julgamento, esta deverá decorrer *sempre* com exclusão de publicidade nos termos do art. 87.º, n.º 1, 2.ª parte, do CPP, havendo que aplicar o disposto na Lei n.º 93/99, de 14 de julho. Embora a medida de reserva do conhecimento da identidade da testemunha não seja de aplicação automática (carecendo de decisão fundamentada do Juiz) (assim, NUNES, 2019, p. 882-883), o agente infiltrado prestará tendencialmente o seu depoimento sem que a sua identidade seja revelada e com recurso à ocultação de imagem, distorção de voz e videoconferência (cfr. NUNES, 2019, p. 882). Pois só assim será possível salvaguardar a possibilidade de voltar a utilizar aquela pessoa noutras ações encobertas e proteger essa pessoa e os seus familiares de represálias. No caso do agente infiltrado *online*, ainda que não se coloque a questão da possibilidade de voltar a utilizar aquela pessoa noutras ações encobertas (podendo sempre utilizar um outro *nickname*, ainda que podendo ser necessário criar uma nova “pegada digital”), continuará a, tal como nas ações encobertas “clássicas”, colocar-se a questão da proteção da vida e da integridade física do agente infiltrado e dos seus familiares (contra, RAMOS, 2017, p. 79).

Relativamente ao valor probatório do depoimento do agente infiltrado, nos termos do disposto no art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99, nenhuma condenação poderá assentar, exclusiva ou decisivamente, no depoimento ou nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi revelada, pelo que o depoimento de um ou mais agentes infiltrados jamais poderá fundar, exclusiva ou decisivamente, qualquer decisão condenatória (para uma crítica a esta solução legal, *vide* NUNES, 2019, p. 884 e ss.).

Passando ao relato da ação encoberta, de acordo com os arts. 3.º, n.º 6, e 4.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 101/2001, a PJ terá de elaborar, no prazo de 48 horas contadas do termo da ação, o relato da ação encoberta, que só será junto ao processo penal se a autoridade judiciária considerar a inquirição do agente infiltrado absolutamente indispensável em termos probatórios.

## 7.5 O Cometimento de Crimes pelo Agente Infiltrado

No decurso da ação encoberta *online*, o agente infiltrado poderá ter de cometer crimes para assegurar o êxito da investigação (pois precisa de ganhar a confiança dos visados) ou evitar um crime mais grave. No âmbito da atuação do agente infiltrado *online*, é pensável a partilha de pornografia infantil num dado *chat* (que terá de estar relacionado com a partilha de pornografia infantil<sup>66</sup>) ou o fornecimento aos visados de informações sigilosas relativas a investigações em curso, com a finalidade de ganhar a confiança dos demais participantes ou de, por essa via, instalar *benware*<sup>67</sup> nos sistemas informáticos dos visados para levar a cabo, por exemplo, buscas *online*.

<sup>66</sup> Caso contrário, poderemos estar perante uma conduta de provocação ao crime.

<sup>67</sup> Por oposição ao *malware* (*malicious software: software* malicioso), que visa finalidades ilícitas, o *benware* (*benign software: software* benigno), que consiste em programas informáticos similares aos que são utilizados como *malware*, visa interesses legítimos, como sejam a prevenção e a repressão criminais.

O legislador, entendendo que, em determinados casos, será admissível que o agente infiltrado cometa crimes no âmbito da ação encoberta sem incorrer em responsabilidade criminal, previu, no art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001, uma causa de justificação (neste sentido, ALBUQUERQUE, 2011, p. 686; VALENTE, 2010, p. 557; PINTO, 2013, p. 746; NUNES, 2019, p. 893.). E, nos casos em que o art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001 não permita excluir a ilicitude da conduta do agente infiltrado, será possível recorrer a causas de justificação, exclusão da culpa ou da punibilidade gerais para afastar a punição (cfr. NUNES, 2019, p. 893).

Para que ocorra a exclusão da ilicitude nos termos do art. 6.º da Lei n.º 101/2001, a prática de atos preparatórios ou de execução de uma infração deverá constituir um meio adequado e necessário à prossecução das finalidades da ação encoberta, deverá ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse face à natureza ou ao valor do interesse ameaçado e o interesse a salvaguardar terá de ser superior ao interesse sacrificado (cfr. PEREIRA, 2004, p. 36-37; NUNES, 2019, p. 893). Tais requisitos são cumulativos.

No que concerne às formas de participação criminosa que o agente infiltrado poderá adotar, a Lei exclui inequivocamente a autoria mediata e a instigação, não se levantando dúvidas quanto à admissibilidade da coautoria e da cumplicidade (cfr. MEIREIS, 1999, p. 164). No entanto, poderão surgir algumas dúvidas relativamente à autoria material, devendo a análise ser casuística, pois, ainda que o legislador não exclua a autoria material no art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001 e o agente infiltrado nem sempre execute o crime conjuntamente com outros indivíduos (tudo dependendo das instruções recebidas), se cometer um crime por sua livre iniciativa, a ilicitude não será excluída por via do art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001, dado que a finalidade da atuação do agente infiltrado é a recolha de provas e não o cometimento de crimes por sua iniciativa (assim, MEIREIS, 1999 p. 164, nota 36; NUNES, 2018, p. 221).

#### **7.6 As Pessoas que Poderão ser Alvo de Ações Encobertas Online. As Pessoas que Podem Recusar-se Validamente a Depor**

Quanto às pessoas cujos dados poderão ser obtidos por via do recurso às ações encobertas *online*, consideramos que haverá que aplicar analogicamente o art. 187.º, n.º 4, do CPP, por imposição do princípio da proporcionalidade na vertente de proibição do excesso, dado que se nos afigura que a sua utilização dificilmente será útil relativamente a outros alvos que não o arguido, o suspeito, o intermediário ou a vítima (neste caso, mediante consentimento) e, para além disso, estamos perante um meio de obtenção de prova altamente restritivo de direitos fundamentais e inclusivamente mais lesivo do que as escutas telefónicas (cfr. NUNES, 2018, p. 222).

Passando às pessoas que se possam recusar validamente a depor, quanto às pessoas sujeitas ao segredo religioso e de Estado, gozando tais segredos de uma tutela absoluta (cfr. arts. 135.º, n.ºs 1 e 5, e 137.º do CPP), não poderão

valorar-se as informações obtidas cujo conteúdo esteja abrangido por algum desses segredos.

Relativamente às pessoas obrigadas a guardar sigilo profissional e começando pela situação do defensor, apesar de o regime das ações encobertas não conter qualquer norma similar ao art. 187.º, n.º 5, do CPP, ainda assim consideramos que, pela necessidade de salvaguardar o exercício cabal do direito de defesa, não poderão ser valoradas as provas obtidas no âmbito de uma ação encoberta mediante a ingerência nas relações entre o arguido e o defensor, *salvo* se constituírem ou existirem razões para crer que essas relações constituem objeto ou elemento de um crime. Quanto às demais pessoas sujeitas ao dever de guardar segredo profissional, a valoração de tais provas não é proibida, não sendo aplicável o regime do art. 187.º, n.º 5, do CPP (cfr. NUNES, 2018, p. 223 e 184 e ss., com argumentos e indicações bibliográficas), sem prejuízo de dever considerar-se a circunstância de poderem ser obtidas informações protegidas pelo sigilo profissional em sede de ponderação no momento de autorizar a realização da ação encoberta.

Por fim, quanto às pessoas que, por via de especiais relações com o arguido, têm o direito a recusar a prestação de depoimento nos termos do art. 134.º do CPP, não há que aplicar, ainda que analogicamente, o regime do art. 187.º, n.º 5, do CPP (assim, NUNES, 2018, p. 223 e 186 e ss., com argumentos e indicações bibliográficas).

## 7.7 A Competência Autorizativa

De acordo com o art. 3.º, n.ºs 3 a 5, da Lei n.º 101/2001, a competência autorizativa é do Magistrado do Ministério Público (quando ocorram no âmbito de um inquérito) ou do Juiz de Instrução Criminal que exerça funções no Tribunal Central de Instrução Criminal (quando ocorram na prevenção criminal), sendo o art. 19.º da Lei n.º 109/2009 omissivo a este respeito.

As ações encobertas constituem uma restrição de direitos fundamentais particularmente intensa, pelo que, por imposição do art. 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, o recurso às ações encobertas insere-se na reserva de Juiz (cfr. ALBUQUERQUE, 2011, p. 683; RODRIGUES, 2010, p. 126; NUNES, 2019, p. 902). No entanto, o regime do art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 101/2001, não viola a Constituição, uma vez que, ainda que a reserva de Juiz se deva à necessidade da intervenção prévia por parte de uma entidade “neutra” para obstar à existência de arbítrio na limitação dos direitos fundamentais e que, como tal, fosse preferível uma autorização prévia do Juiz de Instrução Criminal, a sua intervenção *a posteriori* ainda permite observar a imposição do art. 32.º, n.º 4, da Constituição (cfr. VALENTE, 2010, p. 551; NUNES, 2019, p. 902-903; RODRIGUES, 2010, p. 126).

Contudo, consideramos que o art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 101/2001, na parte em que admite a ratificação tácita do Juiz de Instrução Criminal, é inconstitucional (por violação do art. 32.º, n.º 4, da Constituição), na medida em que, aí sim, as finalidades da reserva de Juiz não são prosseguidas, pois o legislador permite que uma restrição intensa de direitos fundamentais possa

ocorrer sem qualquer ponderação judicial ou meramente com uma ficção ou presunção de ponderação judicial (assim, VALENTE, 2009, p. 172; RODRIGUES, 2010, p. 126; NUNES, 2019, p. 903; contra, RAMOS, 2017, p. 45, nota 64).

A omissão da comunicação ao Juiz de Instrução Criminal configura uma nulidade (sanável, nos termos do art. 120.º, n.º 2, al. d), do CPP), sendo que, pelas razões aduzidas supra, a confirmação, pelo Juiz, terá de ser expressa, pois o art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 101/2001, na parte em que admite a confirmação tácita, é inconstitucional.

Outra reserva que o regime vigente nos suscita prende-se com o facto de não detetarmos quaisquer diferenças em termos de ingerência nos direitos fundamentais entre a prevenção criminal e a repressão criminal que possam justificar a adoção de um regime autorizativo diverso ao nível da competência.

Por fim, nos termos do art. 19.º, n.º 2, sempre que seja necessário recorrer a meios e dispositivos informáticos no âmbito da ação encoberta, essa utilização depende de autorização judicial, ainda que a entidade competente para autorizar a ação encoberta no caso concreto seja o Ministério Público.

## 8 CONCLUSÕES

1. O cibercrime é filho do extraordinário desenvolvimento tecnológico das últimas décadas ao nível da informática e das comunicações.
2. Esse desenvolvimento tecnológico, a par dos aspetos positivos, trouxe igualmente aspetos negativos, pois os novos instrumentos que “disponibilizou” também podem ser usados para fins ilícitos, incluindo a preparação, a execução e o apagamento das provas com cometimento de crimes (inclusivamente de crimes graves como atos terroristas, tráfico de droga/armas/seres humanos/órgãos, homicídios, abuso sexual de crianças e difusão de pornografia infantil, espionagem, destruição ou danificação de infraestruturas críticas e branqueamento de capitais.
3. O cibercrime é uma forma de crime transnacional em evolução e uma realidade complexa, decorrendo essa complexidade: (1) do facto de ocorrer no território incomensurável, imaterial e sem fronteiras do Ciberespaço e (2) do crescente envolvimento de organizações criminosas e terroristas e de criminosos de colarinho branco.
4. A utilização dos meios informáticos permite (1) apagar as barreiras psicológicas que muitas vezes existem quando o criminoso tem de encarar a vítima e (2) atingir um número elevado de pessoas em todo o Mundo com grande facilidade e rapidez, (3) dificulta a localização e a identificação dos criminosos e a recolha de provas (por via do aproveitamento da rapidez, anonimato e volatilidade das comunicações informáticas e da utilização de medidas antiofensivas, como a encriptação de mensagens, a esteganografia, a utilização de *firewalls*, *Botnets*, VPN ou *proxies*, da *Dark Web*, de programas como o Tor, *Freenet* e I2P e de criptomonedas, etc.).

5. Ciente de toda esta realidade e da necessidade de adequar a Lei processual penal, o Conselho da Europa adotou a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa, aberta à assinatura em Budapeste em 23 de novembro de 2001, na qual preveem vários meios de obtenção de prova específicos para a obtenção de prova digital.
6. O legislador português transpôs essa Convenção para a ordem jurídica portuguesa através da Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro), que inclui, nos artigos 12.º a 19.º, vários meios de obtenção de prova específicos para a obtenção de prova digital (os previstos na Convenção de Budapeste e mais dois, embora essa Lei não esgote os meios de obtenção de prova relativos à prova digital: as perícias e os exames estão previstos e regulados no CPP).
7. Um desses meios são as ações encobertas *online*, de que nos ocupamos no presente artigo.
8. As ações encobertas *online* têm-se mostrado úteis na resposta ao jogo ilícito, ao tráfico de estupefacientes, à pornografia infantil e à pedofilia *online*, ao tráfico de armas e ao branqueamento de capitais.
9. Nas investigações na *Dark Web*, a integração do agente infiltrado numa comunidade *online* e a sua interação com criminosos pertencentes a essa comunidade permitem neutralizar os obstáculos criados por via da utilização de técnicas antiforenses, descobrir a identidade e a localização dos autores dos crimes e a recolha de provas dos crimes através da persuasão dos próprios suspeitos a cederem tais informações.
10. A eficácia da ação encoberta pode ser potenciada através da utilização de meios ou dispositivos informáticos (*v.g.*, realizando uma busca *online*).
11. O legislador português define ação encoberta no art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001 como “aquela que seja desenvolvida por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade”.
12. A Lei portuguesa permite o uso de *Cybercops*, sendo as provas obtidas lícitas, apenas havendo que dar cumprimento ao disposto no art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009.
13. Ao nível das ações “encobertas”, encontramos diversos tipos “atores” (agente encoberto, agente infiltrado, agente provocador e “homem de confiança”).
14. Apenas o agente infiltrado e o “homem de confiança” quando a sua atuação seja subsumível ao conceito de agente infiltrado estão sujeitos ao regime jurídico das ações encobertas, sendo a atuação do agente encoberto um meio de obtenção de prova atípico admissível à luz do art. 125.º do CPP e a atuação do agente provocador um método proibido de prova nos termos do art. 126.º, n.º 2, al. a), do CPP, por violar as garantias fundamentais do processo penal.

15. Nos termos do art. 19.º, n.º 1, da Lei n.º 109/2009, as autoridades só poderão lançar mão das ações encobertas em ambiente informático-digital quando estiver em causa a investigação de um dos crimes aí previstos.
16. O art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009 permite cumular as ações encobertas *online* com a utilização de meios técnicos (onde se poderá incluir uma busca *online*) e, pelo conhecimento empírico adquirido, o êxito da investigação de determinados tipos de criminalidade exige o uso cumulativo de meios de obtenção de prova altamente restritivos de direitos fundamentais, onde se incluem as ações encobertas. Nada impede essa cumulação, desde que estejam verificados os pressupostos de cada um desses meios de obtenção de prova e essa cumulação, em concreto, não viole o princípio da proporcionalidade, não podendo jamais ocorrer a uma “vigilância total”.
17. São admissíveis como prova as declarações do agente infiltrado na parte em que se refiram a informações que lhe tenham sido “fornecidas” pelo arguido ou por pessoas que possam recusar a prestação de depoimento sem terem sido advertidos da qualidade e finalidades prosseguidas pelo agente infiltrado.
18. O agente infiltrado prestará tendencialmente o seu depoimento sem que a sua identidade seja revelada e com recurso à ocultação de imagem, distorção de voz e videoconferência, embora, nos termos do art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99, nenhuma condenação possa assentar, exclusiva ou decisivamente, no depoimento de um ou mais agentes infiltrados, precisamente porque o seu depoimento foi prestado nas referidas condições.
19. No decurso da ação encoberta *online*, o agente infiltrado poderá ter de cometer crimes para assegurar o êxito da investigação ou evitar um crime mais grave, sendo a ilicitude da sua conduta excluída sempre que estejam verificados os pressupostos da causa de justificação prevista no art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001 e, nos casos em que tal não seja possível, se estiverem verificados os pressupostos de uma qualquer outra causa de justificação, de exclusão da culpa ou da punibilidade “gerais”, o agente não será punido.
20. Por imposição do princípio da proporcionalidade só é admissível utilizar ações encobertas visando o arguido, o suspeito, o intermediário ou a vítima (neste caso, mediante consentimento), havendo que aplicar analogicamente o art. 187.º, n.º 4, do CPP (relativo às escutas telefônicas).
21. Pela necessidade de salvaguardar o exercício cabal do direito de defesa, não podem ser valoradas as provas obtidas no âmbito de uma ação encoberta mediante a ingerência nas relações entre o arguido e o defensor, *salvo* se existirem razões para crer que essas relações constituem objeto ou elemento de um crime.

22. Nada impede a utilização de provas obtidas no âmbito de uma ação encoberta relativamente a pessoas sujeitas ao dever de guardar segredo profissional sem prévia quebra do sigilo profissional ou a pessoas que, por via de especiais relações com o arguido, têm o direito a recusar a prestação de depoimento sem serem previamente advertidas de que têm esse direito.
23. A competência para autorizar as ações encobertas *online* é do Magistrado do Ministério Público (quando ocorram no âmbito de um inquérito) ou do Juiz de Instrução Criminal que exerça funções no Tribunal Central de Instrução Criminal (quando ocorram na prevenção criminal)
24. As ações encobertas constituem uma restrição de direitos fundamentais particularmente intensa, pelo que se inserem na reserva de Juiz; todavia, o art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 101/2001, na parte em que atribui a competência autorizativa ao Ministério Público não é inconstitucional, pois, a intervenção judicial *a posteriori* ainda permite observar a imposição do art. 32.º, n.º 4, da Constituição.
25. No entanto, o art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 101/2001 é inconstitucional (por violação do art. 32.º, n.º 4, da Constituição) na parte em que admite a ratificação tácita do Juiz, pois permite que uma restrição intensa de direitos fundamentais possa ocorrer sem qualquer ponderação judicial ou meramente com uma presunção de ponderação judicial.

## BIBLIOGRAFIA

ABADINSKY, Howard. **Organized crime**. 9. ed. Belmont: Wadsworth Cengage, 2007.

ALBANESE, Jay S. **Organized crime in our times**. 5. ed. Newark: Matthew Bender, 2007.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário ao código de processo penal à luz da constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4. ed. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2011.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Bruscamente no verão pasado**: a reforma do código de processo penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Ed., 2009a.

ANDRADE, Manuel da Costa. Das escutas telefónicas. In: I Congresso de Processo Penal. **Memórias...** Coimbra: Almedina, 2005. p. 215 e ss.

ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (plädoyer para uma teoria geral). In: MONTE, Mário Ferreira (Coord.). **Que futuro para o**

**direito processual penal:** simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português. Coimbra: Coimbra Ed., 2009b. p. 525 e ss.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal.** Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

BRITO, Maria Beatriz Seabra de. **Novas tecnologias e legalidade da prova em processo penal.** Coimbra: Almedina, 2018.

CAMPOS, Juliana Filipa Sousa. **O malware como meio de obtenção de prova em processo penal.** Coimbra: Almedina, 2021.

CONCEIÇÃO, Ana Raquel. **Escutas telefónicas:** regime processual penal. Lisboa: Quid Juris, 2009.

CORREIA, João Conde. Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 139, p. 29 e ss., 2014.

CUNHA, José Manuel Damião da. O regime legal das escutas telefónicas: algumas breves reflexões. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, (Especial) Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, número 9, p. 205 e ss, 2008.

ELLBOGEN, Klaus. **Die verdeckte ermittlungstätigkeit der strafverfolgungsbehörden durch zusammenarbeit mit V-Personen und informanten.** Berlim: Duncker & Humblot, 2004.

FIDALGO, Sónia. A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital: direitos fundamentais (ainda mais) em perigo. In: MIRANDA, Anabela Rodrigues (Coord.). **A inteligência artificial no direito penal.** Coimbra: Almedina, 2020. p. 129 ss.

GERCKE, Björn. §110c. In: GERCKE, Björn; JULIUS, Karl-Peter; TEMMING, Dieter (Hrsg.). **Heidelberger kommentar:** zur strafprozessordnung, 5. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 584 e ss.

GLENNY, Misha. **Darkmarket:** como os hackers se tornaram a nova máfia. Lisboa: Civilização, 2012.

JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção de prova em processo penal.** Coimbra: Almedina, 2011.

KÖHLER, Marcus. §110c. In: MEYER-GOßNER, Lutz; SCHMITT, Bertram. **Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen**. 62. ed. Munique: C. H. Beck, 2019. p. 523-524.

LAMMER, Dirk. **Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß**: zugleich eine studie zum menschenwürdegehalt der grundrechte. Berlim: Duncker & Humblot, 1992.

LEITE, André Lamas. As escutas telefônicas: algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação. In: Separata da **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Coimbra, Coimbra Ed., ano I, p. 9 e ss, 2004.

LIAÑO-FONSECA HERRERO, Marta Gómez de. **Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación**. Madrid: Colex, 2004.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal**. Coimbra: Almedina, 1999.

MESQUITA, Paulo Dá. **Processo penal, prova e sistema judiciário**. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

NACK, Armin. §110a. In: HANNICH, Rolf (Ed.). **Karlsruher kommentar zur strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK**. 6. ed. Munique: C. H. Beck, 2008. p. 540 e ss.

NEVES, Rita Castanheira. **As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal**: natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

NUNES, Duarte Rodrigues. Da admissibilidade da utilização de *benware* no direito português. In: *Ciberlaw*, n.º 10 (setembro-dezembro de 2020a), p. 10 e ss. Disponível em: <<https://www.cijic.org/publicacao/da-admissibilidade-da-utilizacao-de-benware-no-direito-portugues/>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

NUNES, Duarte Rodrigues. O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada (Tese de Doutoramento). Coimbra: Gestlegal, 2019.

NUNES, Duarte Rodrigues. **Os crimes previstos na lei do cibercrime**. Coimbra: Gestlegal, 2020b.

NUNES, Duarte Rodrigues. **Os meios de obtenção de prova previstos na lei do cibercrime**. Coimbra: Gestlegal, 2018.

OTT, Katharina. **Verdeckte ermittlungen im strafverfahren:** die deutsche rechtsordnung und die rechtslage nach der EMRK in einer rechtsvergleichenden betrachtung. Frankfurt: Peter Lang, 2008.

PEREIRA, Rui. O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa. In: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.** Lisboa: Centro de Estudos Judiciários / Coimbra Ed., 2004. p. 11 e ss.

PINHO, Carlos. Os problemas interpretativos resultantes da lei n.º 32/2008, de 17 de julho. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 129, p. 63 e ss., 2012.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **A categoria da punibilidade na teoria do crime.** t. II. Coimbra: Almedina, 2013.

PINTO PALACIOS, Fernando; PUJOL CAPILLA, Purificación. **La prueba en la era digital.** Madrid: Wolters Kluwer, 2017.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão de 6 de janeiro de 2015 (Processo 6793/11.6TDLSB-A.E1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão de 20 de janeiro de 2015 (Processo 648/14.6GCFAR-A.E1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 3 de maio de 2016 (Processo 73/16.4PFCSC-A.L1-5). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 7 de março de 2017 (Processo 1585/16.5PBCSC-A.L1-5). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 13 de abril de 2016 (Processo 471/15.0T9AGD-A.P1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 5 de abril de 2017 (Processo 671/14.0GAMCN.P1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

RAMALHO, David Silva. A investigação criminal na Dark Web. In: **Revista de Concorrência e Regulação**, Coimbra, Ed. Almedina, ano IV, n.ºs 14-15, p. 383 e ss., 2013a.

RAMALHO, David Silva. **Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital.** Coimbra: Almedina, 2017.

RAMALHO, David Silva. O uso de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal. In: **Revista de Concorrência e Regulação**, Coimbra, Ed. Almedina, ano IV, n.º 16, p. 195 e ss., 2013b.

RAMOS, Armando Reis Dias. **A prova digital em processo penal**: o correio eletrónico. Lisboa: Chiado, 2014.

RAMOS, Armando Reis Dias. **O agente infiltrado digital**: contributo para o estudo das vicissitudes da recolha de prova em direito penal informático. Tese de Doutoramento em Direito. Lisboa, 2017.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal**: bruscamente... a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal. t. II. Lisboa: Rei dos Livros, 2010.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Das escutas telefónicas**. t. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

ROXIN, Claus. Nemo tenetur: die rechtsprechung am scheideweg. In: **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Munique e Frankfurt, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, p. 465 e ss., 1995.

ROXIN, Claus. Zur hörfällen-beschluss des grossen senats für strafsachen, In: **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Munique e Frankfurt, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, p. 18 e ss., 1997.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 27. ed. Munique: C.H.Beck, 2012.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. v. II. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2008.

SOINÉ, Michael. Kriminalistische list im ermittelungsverfahren. In: **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Munique e Frankfurt, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, p. 596 e ss., 2010.

SOINÉ, Michael. Personale verdeckte ermittlungen in sozialen netzwerken zur strafverfolgung. In: **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Munique e Frankfurt, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, p. 248 e ss., 2014.

SUSANO, Helena. **Escutas telefónicas**: exigências e controvérsias do atual regime. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Acórdão Bykov c. Rússia (de 10 de março de 2009). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int>>.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord). In: **Criminalidade organizada e criminalidade de massa: interferências e ingerências mútuas**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 159 e ss.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Escutas telefónicas, da excepcionalidade à vulgaridade**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo penal**. t. I, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

VENÂNCIO, Pedro Dias. **Lei do cibercrime**: anotada e comentada. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

VERDELHO, Pedro. A convenção sobre o cibercrime do conselho da Europa: repercussões na lei portuguesa. In: **Direito da Sociedade da Informação**, Coimbra, Ed. Coimbra, v. VI, p. 257 e ss., 2006.

VERDELHO, Pedro. “Cibercrime”. In: **Direito da Sociedade da Informação**, Coimbra, Ed. Coimbra, v. IV, p. 347 e ss., 2003.

WOLTER, Jürgen. Potenzial für eine totalüberwachung im strafprozess: und Polizeirecht. In: **Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70: geburtstag**. Neuwied: Luchterhand, 2004. p. 733 e ss.

Submissão em: 13 de julho de 2021

Último Parecer favorável em: 11 de novembro de 2021

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

NUNES, Duarte Rodrigues. O agente infiltrado *online* no direito português. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 3, p. 35-72, set.-dez. 2021.

# LA PONDERACIÓN EN UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA

EDGAR J. MOYA MILLÁN<sup>1</sup>

## 1 INTRODUCCIÓN

Cuando dos normas constitucionales de igual jerarquía se encuentran enfrentadas, se recurre a la teoría de la ponderación que es utilizada con demasiada frecuencia por los juzgadores a la hora de dictar sus fallos. Existen diversos criterios sobre la ponderación, ya que los doctrinarios no se ponen de acuerdos y cada uno de ellos sostienen criterios disimiles. Se ha criticado que la ponderación es una forma de actuar que tienen los jueces constitucionales cuando quieren inclinar sus fallos a favor de ciertos sectores, dejando a un lado la objetividad para actuar de manera subjetiva.

La ponderación pasa por definir o tener claro los principios y las reglas. Algunos doctrinarios consideran que los principios son la distinción entre dos tipos de normas, esto es, entre reglas y principios. Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, u otorgan un poder de manera definitiva.

Para llegar a una decisión ponderada es necesario que se tengan en consideración los derechos fundamentales en conflictos, ya que como ha venido reiterando la doctrina del tribunal constitucional español no existen derechos fundamentales que sean absolutos. No existe una tabla de valoración o jerarquía que nos indique cual de esos derechos se debe aplicar con preeminencia uno sobre otro.

---

<sup>1</sup> Abogado con cursos de doctorado en Ciencias, mención derecho en la Universidad Central de Venezuela y en Derecho Civil por la Universidad de Buenos Aires. Magister Scienturium en Derecho Tributario; Especialista en: Derecho Procesal Constitucional; Derecho Administrativo; Derecho Penal, Derecho Tributario y en Derecho Mercantil. Ex Juez de Municipio, ex Defensor Público Penal; ex Juez Superior en lo Contencioso Administrativo y ex Juez de la Corte Contencioso Administrativo. Profesor de pre y postgrado en Derecho Procesal Constitucional; Derecho Administrativo, legislación Minera y Petrolera; Finanzas Publicas y Derecho Tributario. Autor de 12 publicaciones en derecho. Este Trabajo fue realizado en septiembre de 2019. Correo electrónico: jamedus@gmail.com; y moyamillanabogado@gmail.com.

La jurisprudencia en el derecho argentino y en el derecho comparado reconocen que el ejercicio de los derechos no es absoluto y puede dar lugar a restricciones, sobre todo en circunstancias excepcionales o de crisis, por razones de orden público superior, pero no pueden ni por esa razón, los derechos ser destruidos o aniquilados, sino solo mermados en forma prudente o razonable. De aquí surge la idea de que no existe una tabla de valores que jerarquice los derechos fundamentales a la hora de su aplicación.

La proporcionalidad vendría a ser una exigencia común y constante para la constitucionalidad de los derechos fundamentales cuando exista una amenaza o una limitación a los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad ha sido recogido e incorporado como principio constitucional por el Tribunal Constitucional Español.

La proporcionalidad viene unida con lo que consideramos como un requisito intrínseco de la razonabilidad y es que la palabra razonabilidad no está registrada en el Diccionario de la Real Academia Española. Este último alude como expresión próxima a la “racionalidad”, entendida como “facultad intelectual que juzga de las cosas con razón, discerniendo lo bueno de lo malo y lo verdadero de lo falso”. Este principio de razonabilidad significa que las leyes que establecen derechos y deberes, y los decretos reglamentarios del poder ejecutivo deben ser acordes al espíritu de la constitución Nacional, a la que no deben contradecir.

En el presente trabajo monográfico se va analizar una sentencia en recurso de amparo dictada por el Tribunal Constitucional español signada bajo el número 3468/97, mediante la cual fueron impugnadas dos sentencias, ambas de fecha 27 de junio de 1997, dictadas por la Sala Penal del Tribunal Supremo en el recurso de Casación número 3248/96. La primera de ella en consideración del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 20 de noviembre de 1996, que había absuelto a los demandantes de amparo. Se encuentran enfrentados el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a la libertad religiosa. Tomando en consideración los criterios de la ponderación, idoneidad, razonabilidad, principios y reglas, así como criterios doctrinarios y jurisprudenciales, deontológicos y teleológicos, sin pretender agotar el tema por extenso y complejo del mismo debido a los diferentes criterios jurisprudenciales y doctrinarios existentes en el campo del derecho.

## **2 LOS HECHOS**

En una sentencia en recurso de amparo dictada por el Tribunal Constitucional español signada bajo el número 3468/97, mediante el cual fueron impugnadas dos fallos, ambos de fecha 27 de junio de 1997, dictadas por la Sala Penal del Tribunal Supremo en el recurso de Casación número 3248/96. La primera de ella en consideración del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 20 de noviembre de 1996, que había absuelto a los demandantes

de amparo. Luego, mediante una segunda Sentencia de igual fecha, que expresamente aceptó los fundamentos fácticos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, entre ellos la relación de hechos probados, que condenaba a los recurrentes a la pena de prisión y pago de las costas correspondientes.

Los puntos planteados en el recurso de amparo son sobre lo siguiente:

1. la persona por cuya muerte se condena a los demandantes de amparo, era hijo de estos, quien contaba con 13 años de edad;
2. la condena es por la omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de este;
3. la conducta omitida consistía bien en una condición de los ahora recurrentes en amparo dirigida a persuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre, bien, en la autorización de aquellos en que se procediese a la transfusión de sangre al menor;
4. la causa de actuación de los padres se sustentaba en sus creencias religiosas, pues dada su condición de Testigos de Jehová, entienden, evocando al efecto diversos pasajes de los Libros Sagrados, que la transfusión está prohibida por la ley de Dios.

### **3 LA TEMÁTICA JURÍDICA**

Se encuentran enfrentadas normas de carácter constitucional como son, el derecho a la salud, a la vida y a la libertad religiosa. En la demanda de amparo se alega la “violación de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la integridad física y moral”, protegidos por los artículos 16.1 y 15 de la Constitución española. Se afirma que dicha violación se produjo

al haber basado la Sentencia recurrida la culpabilidad de los recurrentes en la supuesta exigibilidad a éstos de que, abdicando de sus convicciones religiosas, actuaran sobre la voluntad expresa de su hijo, negativa a la transfusión de sangre en su persona, conculcando así la libertad religiosa y de conciencia de éste y su derecho a su integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano o degradante.

En síntesis, en la demanda de amparo se cuestionan las dos bases que, según la misma, sustentan la condena penal impuesta: en primer lugar, la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años estando en juego su propia vida; en segundo lugar, la exigibilidad a los padres de una acción disuasoria de la negativa de su hijo a dejarse transfundir, al extremo de imputarles, a causa de su omisiva conducta, el resultado de muerte.

El Tribunal Constitucional debía decidir sobre la impugnación de las sentencias, referidas sobre los padres del menor fallecido por su negativa de aceptar la transfusión de sangre alegando motivos religiosos que, han vulnerado

o no el derecho consagrado el artículo 16 de la Constitución española<sup>2</sup>. Aquí además se debe tomar en consideración el derecho a la vida o integridad de la persona, el Tribunal Constitucional se encuentra que existen dos derechos fundamentales enfrentados.

## 4 ALCANCE Y CONTENIDO

### 4.1 La Demanda

La demanda de amparo recuerda que el alcance y contenido de los derechos contemplados en el artículo 16.1 de la Constitución Española se ha de interpretar, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10.2 Constitucional, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España, en particular, atendiendo a las peculiaridades del supuesto que nos ocupa, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) y la Convención de los derechos del niño.

El artículo 18.1 PIDCP proclama el derecho de toda persona a la “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, y que los límites de la libertad religiosa se hallan relacionados en el art. 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, el cual se refiere a la “protección del derecho de los demás” y a la “salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley”. De ello deduce que tales límites “no entran en juego en el caso individual de un paciente que se niega por razones religiosas a una transfusión de sangre, pues dichos límites protegen bienes públicos y no individuales”, e indica que “la salud pública actuaría como límite al ejercicio de la libertad religiosa”, de modo que la negativa a un tratamiento “sería inoperante si no existiera riesgo alguno para la salud pública en la expresión de tal negativa”.

Con explícita referencia a la Convención de los derechos del niño, que el menor, según previsión explícita de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor, “tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión” (art. 6.1) y tiene igualmente “el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal”, derecho que podrá ejercitar por sí mismo, o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga suficiente juicio (art. 9). Asimismo, tras mencionar el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, que

---

<sup>2</sup> Artículo 16.

1 Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2 Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3 Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones. (Disponible en: <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>).

proclama el art. 15 CE, indica la demanda de amparo que, como consta en el relato de hechos probados, la advertencia de la inminencia de una transfusión provocó en el menor una reacción de auténtico terror, que no pudo ser disipado o neutralizado pese a toda la fuerza de persuasión desplegada por el personal sanitario.

Se concluye en este particular la demanda, “resulta evidente la violación de los derechos que al menor Marcos garantizan los artículos 16.1 y 15 de la Constitución Española, negando validez y relevancia a su libre y consciente voluntad y consentimiento”.

#### **4.2 El Segundo Elemento**

El segundo elemento sustentador de la condena penal, cuestiona la demanda la tesis de la Sentencia recurrida, que “plantea la cuestión en términos de un presunto conflicto entre las convicciones religiosas de los padres y la vida de un menor”, conflicto que estima meramente “presunto”, y cuya realidad niega, porque ni el menor buscaba suicidarse ni los padres quisieron su muerte, pues la contradicción se planteaba entre la conciencia religiosa del menor y un tratamiento médico al que éste, por su propio derecho y convicción, se oponía.

### **5 DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

La decisión fue la de otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

1. reconocer que a los recurrentes en amparo se le ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa (artículo 16.1 de la Constitución Española – CE).
2. restablecer en su derecho a los recurrentes en amparo y, a tal fin, anular las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ambas —primera y segunda— de fecha 27 de junio de 1997, con el número 950/1997, dictadas en el recurso de casación núm. 3248/96.

### **6 COMENTARIOS**

La Corte Constitucional española considera que la aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades, así como la laicidad y neutralidad del Estado. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho

—que no es ilimitado o absoluto— a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 CE, limita sus manifestaciones.

Citando a Dworkin y a Alexi, las normas jurídicas pueden presentarse o expresar una estructura de reglas y principios, “las reglas responden a la regla tradicional de una norma jurídica, como enunciado que consta de un supuesto y una consecuencia jurídica”. Los principios constituyen mandatos de optimización de un determinado valor (DÍAZ REVORIO, 1997), cuya observancia pretende ser potenciada en la mayor medida posible (DIEZ-PICAZO, 2008, p. 46). Alexi considera que los principios son la distinción entre dos tipos de normas, esto es, entre reglas y principios. Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, orden, prohíben, u otorgan un poder de manera definitiva.

La doctrina del tribunal constitucional español ha expresado que:

en principio, se puede afirmar que el aspecto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales y existentes. Por eso se afirma que los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la medida de su cumplimiento no depende de las posibilidades de hecho, sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser o no cumplidas; si una regla es válida, ha de hacerse lo que ella exige, no más no menos” (DIEZ-PICAZO, 2008, p. 46-47). Así, mientras las reglas normalmente son aplicables mediante la técnica de la “subsunción” (en cuya razón lo que se persigue es determinar si un caso real encaja o no en un supuesto de hecho o, en otras palabras, dilucidar si debe aplicar la consecuencia jurídica si se produce o no ese supuesto).<sup>3</sup>

Alexy (2002, p. 82-83) ha expresado que, la distinción entre reglas y principios no es nueva. El de la generalidad es el más frecuentemente utilizado (RAZ, 1972, p. 838). Según él, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas son normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. A pesar de su antigüedad y su frecuente utilización, impera

---

<sup>3</sup> Según Aparicio Pérez (2009, p. 295), los conflictos entre reglas jurídicas, como es de sobra conocido mayoritariamente son resueltos mediante aplicación de criterios tradicionales para la resolución de los conflictos normativos, entre ellos el criterio jerárquico (en que la norma de mayor rango prevalece sobre la inferior), el criterio cronológico (la norma posterior deroga la norma anterior) y el de competencia (que se verifica en un plano horizontal, prefiriéndose la aplicación de la regla jurídica especialmente diseñada especialmente para ese caso). Así en lo que toca a los alcances del criterio jerárquico, el prenombrado autor ha explicado “con ello la conclusión siempre es la misma: una norma superior, sea por jerarquía formal o, sea por función superior, siempre se debe imponer a la norma de rango jerárquico o funcional inferior, al menos en su campo aplicativo, Y, por eso también, en cuanto afectan las formas de producción normativas, estos principios solo pueden operar en el interior o en un ordenamiento simple o, en un subordenamiento y no lo pueden hacer cuando en liza ordenamientos engarzados cada uno de ellos con sus propias reglas de composición.

al respecto confusión y polémica, ya que existe una desconcertante variedad de criterios de distinción. Son numerosos los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización<sup>4</sup>

Para Zagrebelsky (1995, p. 109), “por lo general, las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios” –aunque la Constitución también contiene reglas<sup>5</sup>, al tiempo que pueden encontrarse principios jurídicos fuera de ella<sup>6</sup>, por lo general, los principios no se estructuran según una jerarquía de valores, pues si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. Ciertamente, en caso de conflicto, el principio de más rango se erigiría en soberano entre todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él, privando de eficacia a todos los principios inferiores y dando lugar a una “tiranía del valor” esencialmente destructiva (ZAGREBELSKY, 1995, p. 109).

Sostiene Prieto Sanchís (1998, p. 61-63) de que, a la hora de aplicar principios, el juez es mucho más protagonista y, por tanto, más libre, que en la aplicación de reglas según el modelo tradicional. Y, lo que es más importante, la ponderación no solo aparece cuando estamos en presencia de un conflicto explícito entre principios o derechos, sino que puede recurrirse a ella siempre que el resultado de la aplicación de reglas le parezca al intérprete insatisfactorio o injusto, pues la técnica de los principios es aplicable siempre, y no sólo en presencia de enunciados normativos dotados de ciertas características, toda vez que siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte.

Considera Guastini (1999, p. 34 y 40) que la identificación de un principio en cuanto tal –siempre que se trate de disposiciones que no estén expresamente etiquetadas como principio por la propia autoridad normativa–, comporta discrecionalidad, pues a menudo, si bien no siempre, una misma disposición normativa puede ser interpretada como una regla o como un principio.

Por su parte Dworkin (1967) expresa que, los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en los que las reglas no la determinan. Alexy (1988, p. 139) cuestiona la tesis de Dworkin, según la cual los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en los que las reglas no la determinan. A su juicio, esto sólo sería factible si fuese posible un “orden fuerte

<sup>4</sup> El concepto de mandato es utilizado en un sentido amplio, que abarca también permisiones y prohibiciones.

<sup>5</sup> El artículo 17.2 de la Constitución española, que prescribe que “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

<sup>6</sup> En el artículo 7.1 del Código civil: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

de principios”, esto es, si se pudiera crear una lista completa de los principios de un sistema jurídico y, además, pudieran establecerse todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos, determinándose así unívocamente la decisión en cada uno de los casos; “si fuera posible una teoría tal de los principios, sería acertada la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta”.

Dworkin construye su teoría sobre la distinción entre reglas y principios como un ataque al positivismo jurídico y, especialmente, a la versión de H. L. A. Hart<sup>7</sup>, a quien acusa de concebir el derecho como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas, las cuales son identificadas como tales por la manera en que son adoptadas o desarrolladas (lo que Dworkin denomina su *pedigree*). Sin embargo, cuando los juristas razonan, no solo utilizan reglas, sino también otro tipo distinto de normas como son los principios, algo que el positivismo parece haber olvidado. La crítica de Dworkin ataca las dos tesis básicas del positivismo, a saber, la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral y la tesis de la discreción judicial.

Conforme a la primera de estas tesis, la validez de una norma jurídica no depende de su bondad moral –ni de la bondad moral de una norma puede derivarse su validez jurídica–, sino de su conformidad con los criterios establecidos en lo que Hart denomina la “regla de reconocimiento”. Sin embargo, para Dworkin esta tesis no se sostiene, puesto que el ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su *pedigree*), sino por la adecuación de su contenido a la moral.

Indudablemente, para Dworkin un principio es una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y, de hecho, la existencia de los mismos constituye una de las vías para la introducción de la moral en el derecho –constituyendo éste, por tanto, uno de los argumentos utilizados por los críticos del positivismo jurídico para rechazar la separación conceptual entre derecho y moral–.

Infiere Gregorio Peces-Barba que, los valores, los principios y los derechos no son derecho si no se incorporan al sistema jurídico por las puertas por las que entra la moralidad en el derecho: el derecho legal y el derecho judicial. Por tanto,

no es evidente la contradicción entre principios y reglas, ni es necesaria la aproximación iusnaturalista de que existe Derecho al margen de lo que Hart llama la regla de reconocimiento y yo la norma fundante básica de identificación de normas. Por el contrario, aparece en la realidad que los principios, los valores y los derechos [...] no se imponen a la colectividad desde su verdad, desde la racionalidad, sino que los imponen los operadores jurídicos desde su autoridad.

[...]. Ambos, principios y reglas, sólo son relevantes para el Derecho como Derecho, cuando la voluntad normativa, a través de los operadores

<sup>7</sup> Nota del Editor: El magistrado británico Herbert Lionel Adolphus Hart se conoce como H. L. A. Hart. Fue filósofo del derecho, con estudios sobre moral y filosofía política. Nacido en Harrogate, Reino Unido (18-07-1907) e fallecido en Oxford, Reino Unido (29-12-1992).

jurídicamente habilitados, los incorpora al sistema. Ambos son pues, normas, aunque con contenidos y efectos diferentes en su acción del mecanismo del Derecho. Así se puede hablar de normas principio y de normas regla. No veo que esta interpretación ponga en entredicho el valor de una aproximación positivista (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1997, p. 13).

Atienza y Ruiz Manero (1996, p. 11-15) se centran en el papel o la función que las normas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios. Conforme al enfoque estructural, la distinción puede plantearse de la siguiente manera:

aceptado que las reglas pueden formularse siempre recurriendo a un esquema condicional, esto es, de correlación caso/solución [...] ¿puede decirse lo mismo de los principios?; esto es, se trata de ver si los principios tiene la misma estructura condicional y/o si los operadores deónticos que rigen para las reglas son los mismos que los de los principios (ATIENZA RODRÍGUEZ ; RUIZ MANERO, 1991, p. 107).

Aarnio (2000, p. 539), sostiene que las opiniones sobre la distinción estructural entre reglas y principios pueden ser divididas, a grandes rasgos, en dos tesis principales. Por un lado, la “tesis débil de la separación”, según la cual, entre reglas y principios existe una diferencia de grado, no cualitativa y desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico; generalmente, sostienen sus partidarios, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas, sino tan sólo distintos modos de interpretarlos y aplicarlos. Conforme a la “tesis fuerte de la separación”, en cambio, la diferencia entre reglas y principios no se refiere, exclusivamente, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa, esto es, por su estructura, reglas y principios pertenecen a categorías diferentes, pues son estructuralmente distintos.

Y, por último, Alexy (2002, p. 81-98) señala que la distinción entre reglas y principios es vital para la teoría de los derechos fundamentales, pues sin ella no puede existir una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Un punto decisivo para la distinción entre reglas y principios radica en que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes.

Es decir, los principios son “mandatos de optimización”, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas –el ámbito de las posibilidades jurídicas estaría determinado por los principios y las reglas opuestos–. En cambio, las reglas, serían “mandatos definitivos” o, lo que es lo mismo, normas que sólo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Todo esto demostraría que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.

Es evidente las diversas opiniones doctrinarias existentes, cada teórico intenta dar una opinión como la más acertada, pero debido a lo dinámico del derecho se hace difícil que estos actores coincidan plenamente en sus pensamientos, por lo que he citado a varios de ellos para tratar de tener una idea clara y precisa sobre las definiciones conceptuales de estos puntos debatidos, –principios y reglas–, sus límites en el ejercicio de los derechos fundamentales, ya que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido<sup>8</sup> ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone<sup>9</sup> y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ 4 a 6; 12/1990, FJ 8, y 137/1990, FJ 6).

Al referirnos a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone, debemos dar algunas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales sobre: la proporcionalidad, racionalidad y ponderación. El principio de proporcionalidad ha sido recogido e incorporado como principio constitucional por el Tribunal Constitucional Español<sup>10</sup> sobre la base de tres razones fundamentales: i) que se sustenta en la negación u oposición de la arbitrariedad, ii) que es una expresión del principio de Estado de Derecho y, iii) tiene una justificación material. El Tribunal Constitucional español, ha asimilado la teoría del principio de proporcionalidad entendiéndolo como un juicio de análisis de los tres sub principios.<sup>11</sup>

Para Bernal Pulido (2005, p. 82), el principio de proporcionalidad “admite varias fundamentaciones complementarias, a saber: (i) la propia naturaleza de los principios de los derechos fundamentales; (ii) el principio del Estado de Derecho; (iii) el principio de justicia; (iv) el principio de interdicción de la arbitrariedad”.

<sup>8</sup> España. Tribunal Constitucional. SSTC 69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2.

<sup>9</sup> España. Tribunal Constitucional. STC 37/1989, FJ 7.

<sup>10</sup> En la sentencia n.º 66/1995, señaló que, el principio de proporcionalidad (con sus tres subprincipios), constituye un juicio. En efecto, indicó: “5. Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto –la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

<sup>11</sup> Sentencia N.º 106/2013, de 6 de mayo de 2013 indicó:

“4. [...] En aquel caso, al igual que en el presente “al tratarse en este caso del derecho de acceso a la jurisdicción y operar, en consecuencia, en toda su intensidad el principio pro actione, nuestro canon de control no se limita a la verificación de si la resolución de inadmisión o desestimación incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino que también comprende el análisis de si resulta o no desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos, debiendo ponderarse en ese juicio de proporcionalidad, de una parte, los fines que ha de preservar la resolución cuestionada, y, de otra, los intereses que con ella se sacrifican”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso: Kimel vs Argentina)<sup>12</sup> al respecto ha dejado asentado lo siguiente:

#### 1.4 Estricta Proporcionalidad de la Medida

83. En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. La Corte ha hecho suyo este método al señalar que: para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

84. Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

Hay quienes consideran al principio de proporcionalidad como sinónimo al de la ponderación, en tal sentido, el test de proporcionalidad en sentido estricto o juicio de ponderación supone la presencia de dos principios que, en concreto, explicitan una situación de conflicto o tensión de manera que se requiere disipar o extinguir tal alteración relacional, a fin de mantener un clima de equilibrio y armonía. El principio de proporcionalidad es un método elaborado por el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania para resolver casos que involucren la aplicación de las normas de la Ley Fundamental de ese país que reconocen derechos fundamentales (COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 23-32).

Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional español, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales [...] viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad [...].

<sup>12</sup> Los hechos del presente caso se iniciaron en noviembre de 1989 con la publicación de un libro titulado "La masacre de San Patricio". Este libro analizaba el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar. Asimismo, se criticaba la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas la de un juez en particular.  
- El autor del libro es Eduardo Kimel, el cual se desempeñaba como periodista, escritor e investigador histórico. En octubre de 1991, el juez mencionado por el señor Kimel en su libro entabló una acción penal en contra de él por el delito de calumnia. Luego de concluido el proceso penal seguido en su contra, se resolvió que el señor Kimel fuese condenado a un año de prisión y al pago de una multa de veinte mil pesos por el delito de calumnia. <[http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=291](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=291)>.

En este sentido hemos destacado que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Así pues para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes (F.J. 4º).

Muchas de estas sentencias o fallos, con el tiempo conllevaría al Tribunal Constitucional español a la aplicación del llamado “test alemán de proporcionalidad”. Como consecuencia de la aplicación del llamado “test alemán de proporcionalidad”, el precitado Tribunal Constitucional ha dejado sin efecto numerosas sentencias judiciales y medidas administrativas que, a su juicio, no lo superaban (SSTC 37/1998, 136/1999, 136/2000, 89/2006 y 90/2006).

Como ya se ha hecho referencia *up supra*, la palabra razonabilidad no está registrada en el Diccionario de la Real Academia Española. Este último alude como expresión próxima a la “racionabilidad”, entendida como “facultad intelectual que juzga de las cosas con razón, discerniendo lo bueno de lo malo y lo verdadero de lo falso” (EL DERECHO). Este principio de razonabilidad significa que las leyes que establecen derechos y deberes, y los decretos reglamentarios del poder ejecutivo deben ser acordes al espíritu de la constitución Nacional, a la que no deben contradecir.

La jurisprudencia en el derecho argentino reconoce que el ejercicio de los derechos no es absoluto y puede dar lugar a restricciones, sobre todo en circunstancias excepcionales o de crisis, por razones de orden público superior, pero no pueden ni por esa razón, los derechos ser destruidos o aniquilados, sino solo mermados en forma prudente o razonable. De aquí surge la idea de que no existe una tabla de valores que jerarquice los derechos fundamentales. Bidart Campos ha afirmado que en todo conflicto jurídico debe prevalecer, o mejor aún, debe preferirse al bien jurídico de mayor jerarquía (BIDART CAMPOS, 1986, p. 304). Pero nos preguntamos: ¿cuál sería el bien jurídico de mayor jerarquía, como los clasificamos o determinamos?, si no existe una tabla de jerarquía de esos derechos fundamentales.

El tribunal constitucional español ha expresado que la relacionada existencia de límites en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa es expresión o manifestación de que, en general, los derechos fundamentales no

tienen carácter absoluto (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, citada al efecto por la STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3) ya que “los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos” (SSTC 11/1981, FJ 7, y 1/1982, FJ 5, entre otras ), y que, “en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable” (STC 53/1986, FJ 3).

Se ha afirmado que la problemática en relación a la existencia de un orden jerárquico entre los derechos constitucionales, no puede ser resuelta por medio de enunciados generales o estructuras gramaticales, sino que más bien debe recurrirse a la casuística jurisprudencial y a la valoración del intérprete de las normas, el pretor, quien, en cada caso particular, dilucidará, de acuerdo a las circunstancias y hechos del asunto en cuestión, el derecho que tiene preeminencia o que ha sido conculcado, no significando ello el otorgamiento de un rango superior, sino simplemente la resolución de un conflicto jurídico concreto. Es notorio que el Derecho no puede ser aplicado en abstracto, y por ende tampoco pueden solucionarse los conflictos normativos, excepto analizando cada situación conflictiva específica (FEDERICO BLASI, 2006).

## **7 LA PONDERACIÓN**

Cuando el juez actúa, –al dictar un fallo–, lo hace muchas veces de manera subjetiva, apartándose de la objetividad, incurriendo en lo que se ha denominado el decisionismo judicial. Alexy (1988, p. 157) considera que muchas veces se ha objetado en contra el concepto de la ponderación que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan por sí mismo su aplicación, es decir, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y método. Se abriría así el campo para el subjetivismo y decisionismo judiciales.

Prieto Sanchís (2000, p. 181) sostiene que si bien la ponderación no equivale a irracionalidad, no significa tampoco que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas, esto es, el que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por el Derecho; “es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin “red normativa”, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo”, pues “decidir que el sacrificio circunstancial de un principio merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña sin duda una valoración, valoración en la que –aunque no se quiera– pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia “cuantificación” de costes y beneficios en el caso concreto”.

Continuando con Alexy, cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia

de la satisfacción de otro. Esta regla expresa que, una ley que vale para la ponderación de principios, de cualquier tipo que ellos sean. Puede ser llamada ley de la ponderación (ALEXY, 1980, p. 206). Con respecto a una formulación algo diferente, aquí se renunciará a mayores especificaciones de esta regla. Se presupone que los principios de los que aquí se habla entran en colisión, es decir, que un principio puede ser satisfecho solo a costa del otro. Se producen colisiones solo con respecto a la solución de casos. Por lo tanto, lo que es relacionado por las reglas es la afección de un principio a través de una determinada solución de un determinado caso y la importancia del cumplimiento de otro principio en este caso.

Indica Alexy, que cuando dos principios entran en colisión, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Esto es evidente, ya que, si se hace una interpretación conforme al texto constitucional, el principio desplazado, no será declarado inválido.

La ponderación o *balancing* es una técnica que puede distinguirse en “ponderación- actividad” (PINO, 2003, p. 577) o “ponderación-procedimiento” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2000, p. 48), es decir, como una actividad (intelectual o psicológica) de decisión de un conflicto entre derechos o entre éstos y principios. Desde este punto de vista, la ponderación se traduciría en un modo de argumentar o fundamentar decisiones en derecho, caracterizada por seguir un esquema que se estructura en tres fases: en primer lugar, investigar e identificar los principios en conflicto. Esta fase se identifica con lo que Roberto Bin denomina señalar la “topografía del conflicto”). Es decir, describir, en el caso específico de que se trate, la forma cómo

la norma que tutela un determinado interés incide en el ámbito de tutela de un interés concurrente [...]. Trazar la topografía del conflicto significa, pues, responder a dos preguntas: a) si, y por qué extensión, el área de tutela del interés perseguido por la norma impugnada se sobrepone al área que debe ser garantizada por el interés con el cual se lamenta la compresión; b) qué espacio (identificada la zona de sobre posición) queda al ejercicio de alguno de los dos derechos en conflictos) (BIN, 1992, p. 60-61).

## 8 CONCLUSIONES

En este trabajo se han tomado en consideración los valiosos aportes de Alexi, Dworkin, Guastini entre otros, para hacer una distinción entre principios y reglas, para coincidir con la doctrina más calificada en el sentido que los derechos fundamentales han sido consagrados en las constituciones bajo las fórmulas de principios o de mandatos de optimización. Estos mandatos de optimización tienden a generar mayores dificultades en su aplicación que en las reglas jurídicas, las cuales como ya se ha indicado se apoyan en la técnica de la “subsunción”, determinándose si un caso encaja o no en un supuesto de hecho o, si bien, se debe aplicar una consecuencia jurídica a ese supuesto de hecho.

En lo relacionado a la colisión de normas jurídicas enfrentadas entre sí, se ha comentado la ponderación realizada por el Tribunal Constitucional español en la sentencia de amparo 154/2000 de 18 de julio relacionada con los valores de vida y la libertad religiosa. En esa decisión se resolvió un recurso de amparo contra dos sentencias a los padres de un menor que por alegar motivo religioso se negó a recibir una transfusión de sangre. En estas sentencias se tuvo por acreditada la responsabilidad penal de los progenitores, ante el deceso del menor, quien se negó a recibir el tratamiento por motivo religioso y tampoco fue obligado a recibirlo por sus padres por igual motivo.

El Tribunal al ponderar resolvió reconocer que a los recurrentes en amparo se le ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa, otorgándole un valor absoluto de este derecho fundamental, superior al derecho a la vida. El Constitucional hizo explícita referencia a la Convención de los derechos del niño, es decir, que aplico el control de convencionalidad en protección del menor, que consagra el derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión

Decisión que no compartimos, por no considerarlo como juicio idóneo, si bien es cierto, como se ha explicado que no hay una tabla que tase o le dé jerarquía a un derecho por encima de otro como absoluto y prioritario, el derecho a la vida debería ser calificado como primordial y más importante de todos los derechos fundamentales.

Existía la posibilidad de dictar otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; la misma al ser ponderada se derivaría de ella como más beneficiosa o ventajosa para el interés general que perjuicios sobre otros valores en conflicto. Desde el punto de vista teleológico, la intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad era idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, era necesaria o imprescindible para ello, no existían otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física o con menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulta desmedido en comparación con la gravedad de los hechos.

## REFERENCIAS

AARNIO, Aulis. Reglas y principios en el razonamiento jurídico. En: **Anuario da Facultade de Dereito de la Universidade da Coruña**, Coruña, Ed. Universidad da Coruña, n. 4, p. 593-602, 2000.

ALEXY, Robert. Die logische analyse juristischer entscheidungen. In: **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, Beiheft, n. 14, p. 181-212, 1980.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante (Spain), Ed. Universidad de Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. Ordenamiento jurídico y sistema de fuentes. En: APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè (Coord.). **Manual de derecho constitucional**. Barcelona: Atelier, 2009.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. Sobre principios y reglas. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante (Spain), Ed. Universidad de Alicante, n. 10, p. 101-120, 1991.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del derecho**. Barcelona: Ariel, 1996.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El derecho de los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, setiembre 2005. 2.<sup>da</sup> reimpresión.

BIDART CAMPOS, Germán J. Noticias erróneas difundidas por la prensa y resarcimiento del daño moral a la víctima (libertad de expresión y derecho al honor). En: **El Derecho**, tomo 118, p. 304 y ss., 1986.

BIN, Roberto. **Diritti e argomenti**: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. Milano: Giuffrè, 1992.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and constitutional culture**. Nueva York: Cambridge University Press, 2013. Colección *Cambridge Studies in Constitutional Law*, 7.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=291](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=291)>.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. **Valores superiores e interpretación constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

DIEZ-PICAZO, Luís María. **Sistema de derechos fundamentales**, 3<sup>a</sup> edición. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. In: **University of Chicago Law Review**, Chicago, Ed. University of Chicago, v. 35, n. 1, p. 14-46, 1967.

EL DERECHO. Buenos Aires. Disponible en: <<http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/08/03082017.pdf>>.

ESPAÑA. Constitución Española. Madrid, 27 de diciembre de 1978.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 106/2013, de 6 de mayo de 2013.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. SSTC 11/1981, FJ 7, y 1/1982, FJ 5, entre otras.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ 4 a 6; 12/1990, FJ 8, y 137/1990, FJ 6.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. SSTC 37/1998, 136/1999, 136/2000, 89/2006 y 90/2006.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. SSTC 69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. STC 37/1989, FJ 7.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. STC 53/1986, FJ 3.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, citada al efecto por la STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3.

FEDERICO BLASI, Gastón. ¿Existe una jerarquía entre los derechos fundamentales plasmados en la Constitución federal argentina?: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad. 2006. Disponible en: <[http://www.eldial.com/nuevo/suple-publico\\_ant2.asp?mes=4&anio=2006](http://www.eldial.com/nuevo/suple-publico_ant2.asp?mes=4&anio=2006)>.

GUASTINI, Riccardo. Principios de derecho y discrecionalidad judicial. Traducción de P. Andrés Ibáñez. En: **Jueces Para la Democracia**, Madrid, Ed. Asociación Profesional de la Magistratura (APM), n. 34, p. 39-46, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Prólogo. In: SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier. **Los valores superiores en la jurisprudencia del tribunal constitucional**: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Madrid: Universidad de Burgos / Dykinson, 1997.

PINO, Giorgio. Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale. En: **Danno e Responsabilità**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 6, p. 577-586, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luís. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998. Colección *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, 7.

PRIETO SANCHÍS, Luís. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante (Spain), Ed. Universidad de Alicante, n. 23, p. 161-195, 2000.

RAZ, Joseph. Legal principles and the limits the law. En: **The Yale Law Journal**, n. 81, p. 823 y ss.; 1972.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. **La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

Submissão em: 25 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 17 de outubro de 2021

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

MOYA MILLÁN, Edgar J. La ponderación en una sentencia del Tribunal Constitucional español en materia de libertad religiosa. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 3, p. 73-90, set.-dez. 2021.

## LA EPOCA POSTCLÁSICA DEL DERECHO ROMANO: REGULACIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LAS *ARRHAE SPONSALICIAE*<sup>1</sup>

ENCARNACIÓN ABAD ARENAS<sup>2</sup>

### RESUMEN

**E**n el presente trabajo se analiza la regulación de los esponsales en la tercera época postclásica del derecho romano. En ella, esta figura experimenta un brusco cambio, debido a que la libertad de incumplimiento desaparece. Los efectos jurídicos de los esponsales aumentaron, aproximándose esta institución al matrimonio, toda vez que alguna de las consecuencias que producía en los prometidos se aproximaba a las que el matrimonio generaba entre los cónyuges, aun cuando el compromiso esponsalicio no llegó a equipararse a él. Además, se alude a la consolidación de la práctica de las *arrhae sponsaliciae*. Práctica consistente en el intercambio de bienes entre los prometidos como prueba garantista de la promesa celebrada. También, se produce un cambio de cierta importancia en la restitución de las donaciones para el supuesto de inexistencia del consentimiento necesario para la celebración del matrimonio, admitiéndose nuevamente como consecuencia del incumplimiento de la promesa de futuro matrimonio una sanción patrimonial. Finalmente, nos detenemos en la época de Justiniano en la que será causa justificativa de la disolución de los esponsales la elección por uno de los promitentes de la vida monástica. Además, se subrayan los importantes efectos jurídicos imputados a los esponsales equiparándose, en algunos extremos, los promitentes a los cónyuges.

**Palabras Clave:** Esponsales, *arrhae Sponsaliciae*, donaciones, edad, *paterfamilias*.

<sup>1</sup> La autora quiere dejar constancia expresa al profesor Waldir de Pinho Veloso de su infinito agradecimiento por su amable invitación para que colabore en esta prestigiosa publicación jurídica brasileña. Es un honor para mí volver a colaborar contigo.

<sup>2</sup> Doctora Europea *cum laude* en Derecho y, premio extraordinario de doctorado por la UNED. Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Madrid-España. *e-mail*: encarnaabad@gmail.com

## THE POST-CLASSIC AGE OF ROMAN LAW: REGULATION AND CONSOLIDATION OF THE *ARRHAE SPONSALICIAE*

### ABSTRACT

The present work analyzes the regulation of betrothal in the third post-classical period of Roman law. In it, this figure undergoes an abrupt change, because the freedom of non-compliance disappears. The legal effects of the betrothal increased, this institution approaching marriage, since some of the consequences it produced in the fiancées approached those that marriage generated between the spouses, even when the betrothal commitment did not reach the same level. In addition, it refers to the consolidation of the practice of *arrhae sponsaliciae*. Practice consisting of the exchange of goods between the promised ones as proof of the promise made. Also, there is a change of some importance in the restitution of donations for the assumption of non-existence of the consent necessary for the celebration of the marriage, admitting again as a consequence of the breach of the promise of future marriage a patrimonial sanction. Finally, we stop at the time of Justinian in which the election of one of the promisors of the monastic life will be the justifying cause for the dissolution of the betrothal. In addition, the important legal effects attributed to the betrothal are highlighted, equating, in some extremes, the promisors to the spouses.

**Keywords:** Betrothal, *arrhae Sponsaliciae*, donations, age, *paterfamilias*.

### I INTRODUCCIÓN

Los esponsales conocidos en Roma como *sponsio* consistían en una promesa jurídica formal concretada en una pregunta solemne realizada por el estipulante en la que se solicitaba de la contraparte la aceptación de la obligación para realizar una determinada prestación en la forma prescrita. Obligación que quedaba aceptada por el promitente quedando éste obligado por su respuesta.

En la antigüedad los esponsales exigían de la forma solemne de la *sponsio*, como negocio oral en el que se hacía solemne la promesa utilizando el verbo *spondere* del cual únicamente se podía servir los ciudadanos romanos [Gayo 3, 93]. Las partes se concretaban en el estipulante o futuro acreedor y en el promitente o futuro deudor.

De lo dicho, resulta innegable que el término *sponsalia*<sup>3</sup> –vocable que se puede traducir por la palabra moderna compromiso, que indica la promesa de

<sup>3</sup> Sobre la derivación etimológica del término *sponsalia* de los verbos *sponsio* y *spondere* y, de su confirmación por fuentes jurídico-literarias, *vid.*, [D. 23, 1, 2 (ULPIANUS, *libro singulari de sponsalibus*)]; [D. 23, 1, 1 (FLORENTINUS, *libro tertio institutionum*)]; [D. 23, 1, 3 (FLORENTINUS, *libro tertio institutionum*)]; [VARRONE, *De lingua latina*, 70-72]; [GELLIUS, *Noctes Atticae* 4, 4 (SERVIO SULPICIUS, *in libro dotibus*)]; SERVIO., *Aen.* 10, 79; ISIDORO., *orig.* 9, 7, 3; PLAUTUS., *Aulularia*, 255 ss.; PLAUTUS., *Curc.* 672 ss.

futuro matrimonio– procedía del verbo *spondeo* [Prometo], lo que permite trazar el perfil originario de este instituto, en gran parte olvidado en el Derecho clásico, encuadrándolo en el género de la promesa productora de efectos obligatorios.

En particular, Gaudimet (1955, p. 23) sostiene que, debido a la relativa escasez de textos jurisprudenciales romanos en materia de compromiso, las instituciones gyanas y de Justiniano no mencionan en absoluto este término, mientras que en el Digesto se recuerda únicamente la monografía Ulpiana de *Sponsalibus*. Por otra parte, trae a colación que los compiladores de las Pandectas reservaron a los esponsales un único título que comprende 18 fragmentos breves contenidos en [D. 23, 1].

Por otra parte, esta aclaración resulta oportuna debido a los profundos cambios que han marcado la promesa de matrimonio. Primero entendida en la plenitud de su rigor formal, como causa de una obligación perseguida en juicio, con la finalidad de obtener, en virtud del incumplimiento una condena de carácter pecuniario; posteriormente, confinada entre los compromisos revocables de naturaleza prevalentemente social y, finalmente presentada por los legisladores postclásicos y por Justiniano a un régimen temperado que reafirmó –indirectamente o, por el influjo de otras culturas– el principio de coercibilidad de un vínculo asimilable a la primera etapa del matrimonio (vid. BALESTRI FUMAGALLI, 1990, p. 500; VOLTERRA, 1971, p. 34; VOLTERRA, 1991a, p. 339 y ss.; y, FAYER, 1994, p. 15-16).

En suma, este término utilizado en la actualidad por la lengua jurídica para designar el compromiso de unirse en matrimonio con una determinada persona se puede asumir de distintas formas. Aceptación a la que se le ha atribuido diferente eficacia jurídica en los distintos ordenamientos jurídicos –antiguos o modernos–.

A mayor abundamiento, conviene puntualizar que la evolución de los esponsales ha sido objeto de un profundo progreso a lo largo de las diferentes etapas del Derecho romano, por lo que conviene precisar que en el Derecho preclásico únicamente cabían suposiciones, debido a que el término *sponsalia* procedía, indudablemente, de la forma *sponsio*, promesa formal que servía para la constitución del vínculo matrimonial. Esta promesa tenía lugar entre el padre de la novia y el futuro contrayente, por lo que los esponsales implicaban la obligación de contraer matrimonio. Sin embargo, aunque este régimen fue mantenido por las comunidades latinas hasta el año 90 a. C., con posterioridad, serían los romanos los que procediesen a excluir la eficacia vinculante de los esponsales (vid. ABAD ARENAS, 2014, p. 47-59).

Por su parte, en la época clásica ya no se requería de una forma especial para los esponsales, desapareciendo tanto el formalismo que los caracterizaba como la sanción indemnizatoria para el supuesto de su incumplimiento y, llegando a tener la consideración de nula para el supuesto de su previsión. Este compromiso quedaba circunscrito a un simple convenio no formal que no creaba vínculo jurídico alguno y que se podía romper libremente, sin más repercusiones que las de orden social y, finalmente, se establece de forma expresa la necesidad del consentimiento de los contrayentes, siendo suficiente en el caso de la hija de familia su falta de oposición. (vid. ABAD ARENAS, 2014, p. 60-87).

Finalmente, y por lo que en este estudio interesa será en la época post-clásica, cuando esta figura experimente un brusco cambio, debido a la desaparición de la libertad de incumplimiento y, los efectos jurídicos de los esponsales aumenten, aproximándose esta institución al matrimonio –ya que en algunos aspectos los efectos que producían en los prometidos tendían a aproximarse a los que el matrimonio generaba en los cónyuges– aún a pesar de que el compromiso esponsalicio no llegó a equipararse a éste.

Además, los rescriptos imperiales acogieron la práctica de las *arrhae sponsaliciae*, las cuales consistían en sumas de dinero –u otros bienes– que los prometidos se intercambiaban entre ellos como prueba y garantía de la promesa de matrimonio celebrada.

Por cuanto atañe a las donaciones consistentes en la entrega de regalos por parte del novio a la novia, la regla general consistía en la devolución de éstos en el supuesto de la no celebración del matrimonio, cuando no mediase culpa del novio.

En definitiva y, como analizaremos en las siguientes líneas del presente estudio, se puede concluir que se admite nuevamente la sanción patrimonial como consecuencia del incumplimiento de la promesa de futuro matrimonio, lo que se pone de manifiesto en lo previsto al efecto en materia de donaciones y *arrhae sponsaliciae*. Régimen que será cambiado por Constantino para el supuesto de que hubiese mediado *ósculo interveniente*. Y, finalmente, en la época de Justiniano se extienden a los esponsales los impedimentos establecidos para el matrimonio y, se equiparan sus efectos para determinados fines patrimoniales y penales (ABAD ARENAS, 2014, p. 88-123).

## **II LA CONSOLIDACIÓN DE LAS *ARRHAE SPONSALICIAE* EN LA EPOCA POSTCLÁSICA DEL DERECHO ROMANO**

Como ya hemos anunciado en líneas previas será en la época post-clásica –Siglo IV d. C.– cuando se origine un cambio radical en los esponsales, debido a que la influencia ejercida por el cristianismo originó que el compromiso de constituir un futuro matrimonio no solo comportara el hecho de que surgiera un vínculo jurídico obligatorio entre los futuros cónyuges y sus familiares –a este vínculo el Derecho positivo le reconocía eficacia jurídica en algunos aspectos–, sino que además se añadió una relación personal entre los prometidos, que para muchos efectos parecían equiparados a la que mediaba entre los propios cónyuges.

Esta transformación se puso de manifiesto tras el análisis de las Constituciones imperiales posteriores a dicho Siglo y, sería fruto de la introducción y regulación de una figura de esponsales estructurada de forma diversa a la de los esponsales previstos por los textos de los juristas clásicos, por lo que su consideración era distinta. Este nuevo compromiso matrimonial, nacido de la influencia cristiana, se caracterizó por la realización de determinadas formas que indicaron, tanto el inicio de los esponsales como del nacimiento de efectos jurídicos de carácter personal y patrimonial que estaban ligados a éstos. Estas

formas que se correspondían con los actos del ritual cristiano de los esponsales que estaban en uso en las antiguas Iglesias orientales y occidentales, evidencia que la pretensión última de los Emperadores cristianos fue dar al compromiso un valor jurídico.

En este sentido, los presupuestos introducidos por estos Emperadores se concretaron en la reciprocidad de Derechos personales entre los prometidos y, en el establecimiento de sanciones con penas de carácter patrimonial aplicables a la disolución unilateral del compromiso, fuera de algunas justas causas determinadas por la nueva Legislación (vid. VOLTERRA, 1986, p. 656; FERNÁNDEZ BARREIRO; PARICIO SERRANO, 2000, p. 19; LUCIEN, 1941, p. 5 y ss.).

En definitiva, este nuevo régimen jurídico asumido por los esponsales originó la desaparición de la libertad de incumplimiento que regía en la época clásica y, la aproximación de los efectos –en algunos aspectos– que producían en los prometidos a los que el matrimonio generaba en los cónyuges, pero no comportó que el compromiso sponsalicio –en sí mismo considerado– llegará a equipararse al matrimonio.

### 3.1 Las Donaciones Realizadas Entre los Prometidos

Constantino, con la Constitución inserta en el Título V del Libro III del Código Theodosiano [C. Th. 3, 5, 2] bajo la rúbrica: *De sponsalibus et ante nuptias donationibus*, del año 319, plasmada con algunas variaciones en el Código Justiniano [C. 5, 3, 15<sup>4</sup>] con el título: *De donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis*, estableció la no aceptación de la *veterum*

<sup>4</sup> “Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi condiciones iubemus, ut, sive adfinitatis coeundae causa sive non ita, vel in potestate patris degentes vel ullo modo proprii iuris constituti tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponsus vel parens eius sortiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit nec repetatur traditum est, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes eius submotis ambagibus transferatur. -1. Quod si sponsa vel is in cuius agit potestate causam *non contrahendi* matrimonii praeberit, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua deminutione per conditionem aut per utilem in rem actionem redhibeantur. -2. Quae similiter observari oportet et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit” (KRÜGER, 1954, p. 194). Trad.: “No pareciéndonos bien la resolución de los antiguos, que prescribió que fuesen válidas las donaciones hechas á la esposa aun no habiéndose seguido las nupcias, mandamos, que las convenciones que entre esposos y esposas se celebran en derecho con ánimo de hacerse donación, se acomoden á condiciones de esta naturaleza, que, si por causa de contraer afinidad, ó no por esto, ora viviendo bajo la potestad del padre, ora constituidos de algun modo de propio derecho, se hicieran ellos mismos alguna donación como por causa de futuro matrimonio, ó con el mútuo consentimiento de los padres, si verdaderamente el esposo ó sus padres no quisieren que el hijo se case, no se repita habiendo sido entregado lo que por él hubiere sido donado, y si alguna cosa quedó en poder del donador, sea transferida á la esposa y á sus herederos prescindiéndose de rodeos. -1. Pero si la esposa, ó aquél bajo cuya potestad vive, diere motivo para que no se celebre el matrimonio, en este caso devuélvanse las cosas al esposo y á sus herederos sin disminución alguna por medio de la condición ó por la acción real útil. -2. Lo que del mismo modo debe observarse, también si por parte de la esposa se le hubiera hecho al esposo una donación” [C. Th. 3, 5, 2 = C. I. 5, 3, 15 (Imp. Const. A. Ad MAXIMUM P.U.)] (GARCÍA DEL CORRAL, 1892, p. 554-555).

*sententia*, puesto que para este Emperador las donaciones entre prometidos eran válidas, aunque no se celebrara el matrimonio (vid. FERRETTI, 1997, p. 233).

[C. Th. 3, 5, 2 = C. I. 5, 3, 15 (Imp. Const. A. Ad Maximum P.U.)]: “Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi condiciones iubemus, ut, sive adfinitatis coeundae causa sive non ita, vel in potestate patris degentes vel ullo modo proprii iuris constituti tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponsus vel parens eius sortiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit nec repetatur traditum est, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes eius submotis ambagibus transferatur. -1. Quod si sponsa vel is in cuius agit potestate causam *non contrahendi* matrimonii praebuerit, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua deminutione per conditionem aut per utilem in rem actionem redhibeantur. -2. Quae similiter observari oportet et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit” (KRÜGER, 1954, p. 194). Trad.: “No pareciéndonos bien la resolución de los antiguos, que prescribió que fuesen válidas las donaciones hechas á la esposa aun no habiéndose seguido las nupcias, mandamos, que las convenciones que entre esposos y esposas se celebran en derecho con ánimo de hacerse donación, se acomoden á condiciones de esta naturaleza, que, si por causa de contraer afinidad, ó no por esto, ora viviendo bajo la potestad del padre, ora constituidos de algun modo de propio derecho, se hicieran ellos mismos alguna donación como por causa de futuro matrimonio, ó con el mútuo consentimiento de los padres, si verdaderamente el esposo ó sus padres no quisieren que el hijo se case, no se repita habiendo sido entregado lo que por él hubiere sido donado, y si alguna cosa quedó en poder del donador, sea transferida á la esposa y á sus herederos prescindiéndose de rodeos. -1. Pero si la esposa, ó aquél bajo cuya potestad vive, diere motivo para que no se celebre el matrimonio, en este caso devuélvase las cosas al esposo y á sus herederos sin disminución alguna por medio de la condición ó por la acción real útil. -2. Lo que del mismo modo debe observarse, también si por parte de la esposa se le hubiera hecho al esposo una donación” (GARCÍA DEL CORRAL, 1892, p. 554-555).

En suma, este Emperador que al inicio del fragmento hizo alusión únicamente a las *donationes in sponsam*, teniendo presente las donaciones que provenían del prometido, al final del mismo extendió a estas donaciones las normas establecidas para las donaciones realizadas por el *sponsus* (vid. FERRETTI, 2000, p. 99; FAYER, 1994, p. 107). Además, estableció que todas las donaciones *inter sponsos et sponsas* debían tener la consideración de realizadas con antelación de un futuro matrimonio, con ello soluciona el supuesto de que el compromiso no siguiese al matrimonio.

Los supuestos que resumen la disciplina que regulaba estas donaciones, son: de una parte, que en caso de que los prometidos *fliifamilias* –con el consentimiento de su padre– ó *sui iuris* –por propia iniciativa– se hubiesen intercambiado regalos en previsión del futuro matrimonio sí, con posterioridad, por voluntad propia el prometido rompía la promesa de futuro matrimonio, no tenía derecho a reclamar las donaciones dadas, debido a que la *sponsa* debía tener todo don nupcial –ya fuera *simplex* o *adfinitatis contrahendae causa datum*

*vel prosissum*; de otra, en el supuesto de que fuese la prometida o su padre – debido a que la tenía bajo su patria potestad– el que disolviese el compromiso, las donaciones se debían restituir de forma íntegra al prometido o a sus herederos. También esta regla regía para el supuesto de que las donaciones hubiesen sido realizadas por la prometida al prometido (vid. FERRETTI, 1997, p. 233).

De modo que la correlación existente entre la ruptura del compromiso y la restitución de los regalos nupciales, evidencia que las donaciones recíprocas entre los novios se encontraban sometidas a la condición tácita del cumplimiento del matrimonio, por tanto, establecidos los esponsales y no contraído aquél, la parte afectada podía restituir todo lo donado en caso de que los regalos hubiesen sido otorgados –exclusivamente– en virtud del futuro matrimonio siempre que la disolución del compromiso no fuese por su culpa. Este derecho no era ostentado por la parte que con su conducta hubiese dado lugar a la no celebración de las nupcias (vid. TORRENT, 1987, p. 540; GARCÍA GARRIDO, 2008, p. 159; BERNARD MAINAR, 2001, p. 529; VOCI, 1985, p. 468).

Asimismo, si el compromiso se disolvía por voluntad de una de las partes, ni se admitía justa causa de disolución, ni alegar como motivo la conducta de vida o la baja condición social de uno de los prometidos, debido a que todo ello debía haber sido previsto con anterioridad a la constitución de los esponsales.

[C. Th. 3, 5, 2, 2 (Imp. Constantinus A. ad Maximum Pf. U)]: Después de *donatio facta sit*: “2. nullis caussis ulterius requirendis, ne forte mores aut origo dicatur, vel quicquam aliud opponatur, quod sibi quisquam non convenire existimat, cum longe ante, quam sponsalia contrahantur, haec cuncta prospici debuerint [...]” (HAENEL, 1842, p. 295-296).

Por tanto, el único motivo tenido en cuenta era la voluntad manifestada por una de las partes de romper el compromiso y de su indisponibilidad en el futuro para el matrimonio.

Observamos que la disciplina dictada por este Emperador en el año 319 d. C., en comparación con la vigente durante la época clásica, comporta una profunda innovación respecto de la restitución o no de las donaciones en el supuesto de inexistencia de consentimiento para la celebración de la boda, puesto que ya no depende de la voluntad de las partes, sino que será la Ley y no los prometidos la que establecerá la pérdida o no de las donaciones en caso de que el consentimiento a la boda sea negado.

En definitiva, la parte inicial de esta Constitución se cierra con la categórica exclusión como justa causa del repudio, por lo que la restitución o no de las donaciones está en función únicamente de la voluntad contraria a la celebración del matrimonio, ya que poco interés tiene a quién le sea atribuible la disolución de los esponsales, sino únicamente quién lo pone de manifiesto. Por tanto, este régimen catalogado de severo no admite justa causa de disolución de los esponsales para la revocación de las donaciones.

También se muestra la voluntad imperial de reforzar la eficacia coercitiva de las donaciones *inter sponsum et sponsam*, ya que una cosa era admitir que

los prometidos –si así lo deseaban– podían acordar la pérdida o restitución de las donaciones y, otra muy distinta imponer *ex lege* a ésta el mismo régimen. De modo que resulta indiscutible que Constantino introduce un fuerte obstáculo a la disolución del compromiso, en una política encaminada a reforzar el instituto matrimonial (vid. GOTHOFREDUS, 1736, p. 303).

Sin embargo, Constantino con posterioridad admitió como causa de disolución del compromiso el fallecimiento de uno de los prometidos, debido a que, distinguía, que en caso de muerte del donatario –*sponsus o sponsa*– el donante superviviente podía solicitar la restitución de la donación siempre. Mientras que, si fallecía el donante, la podían pedir únicamente algunos herederos – el padre, la madre y también los hijos habidos de matrimonios anteriores del difunto– y, en ausencia de éstos, la donación era irrevocable, es decir que, si los sucesores del donante eran parientes de otro grado, el donatario retenía las donaciones para sí, de forma que limitaba la justificación de la disolución del compromiso únicamente al supuesto de que falleciese de una de las partes.

[C. Th. 3, 5, 2, 3 (Imp. Constantinus A. ad Maximum Pf. Urbe)]: “-3. Et quoniam fieri potest, ut moriatur alter adhuc incolumi voluntate prius, quam nuptiae contrahantur, congruum duximus, eo, in quem fuerat facta donatio, ante matrimonii diem functo, quae sponsalierum titulo vel data vel ullo genere donata sunt, ad eum, qui donaverat, revocari: eo etiam, qui donaverat, ante nuptias mortuo, mox infirmari donationem, et ad eius heredes sine aliqua difficultate retrahi res donatas.

Téngase presente que este párrafo no fue trasladado por Justiniano en [C. I. 5, 3, 15], debido a que estableció una nueva disciplina en otra Constitución posterior de Constantino (año 336 d. C.), en concreto en [C. Th. 3, 5, 6 = C. 5, 3, 16 (Imp. Constantinus A. ad Tiberiarum, Vic. Hispaniarum)] en la que se hizo alusión a una nueva disciplina en caso de fallecimiento de uno de los prometidos.

Con el tiempo se atenuó el rigor de la disposición precedente, y en el año 332 d. C., establece, de una parte, como justa causa de disolución del compromiso a favor de la *sponsa* el supuesto en el que el *sponsus* no hubiese mantenido la promesa y hubiesen transcurrido más de dos años desde que se efectuó el compromiso; de otra, reconoce que no se comporta deslealmente *nihil fraudis ei sit* la prometida que no habiendo contraído nupcias dentro de los dos años siguientes al compromiso, contrae matrimonio con otra persona y, finalmente, es lícito disolver cualquier compromiso cuya duración hubiese sido superior a dicho periodo de tiempo (vid. VOCI, 1985, p. 468; FAYER, 1994, p. 108; BIONDI, 1954, p. 341).

Posteriormente, en el año 336 d. C., en otra Constitución, retoma nuevamente el supuesto en el que el compromiso había sido disuelto por muerte de uno de los prometidos, estableciendo una nueva disciplina y corrigiendo la dictada en el año 319 d. C.

Esta Constitución que se caracteriza por ser la primera en la que se menciona el cambio del beso *ósculo interviniente* entre los *sponsi* otorgaba

efectos jurídicos en el supuesto de donaciones entre los prometidos cuando se producía el fallecimiento de uno de ellos –*sponsus* o *sponsa*–.

No obstante, conviene precisar que, las fuentes literarias cristianas y, no cristianas anteriores a Constantino que entienden *l'osculum* como el resultado intrínsecamente vinculado al matrimonio, a la vida conyugal o, a su inicio como elemento del rito nupcial. (vid. FERRONI, 1585, p. 264). Punto en el que conviene puntualizar que la costumbre del beso como elemento de la celebración de los esponsales sería atestiguada después de Constantino por diversas fuentes literarias y jurídicas cristianas y no cristianas (vid. TAMASSIA, 1885, p. 494).

Dicho lo anterior, procede ahora puntualizar que Constantino en la Constitución dirigida a Tiberiano, Vicario de las Españas hace pensar que se trataba de una costumbre propia de la zona española del Imperio [C. Th. 3, 5, 6 = C. 5, 3, 16] al precisar que:

Si ab sponso rebus sponsae donatis interveniente osculo ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes, cuiuslibet gradus sint et quocumque iure successerint, ut donatio stare pro parte media et solvi pro parte media videatur: osculo vero non interveniente, sive sponso sive sponsa obierit, totam infirmari donationem et donatori sponso vel heredibus eius restitui. -1. Quod si sponsa interveniente vel non interveniente osculo donationis titulo (quod raro accidit) fuerit aliquid sponso largita et ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, omni donatione infirmata ad donatricem sponsam sive eius successores donatarum rerum dominium transferatur (KRÜGER, 1954, p. 194). Trad.: “Si donadas algunas cosas por el esposo ó la esposa, mediando ósculo, aconteciere que él ó ella moria antes de las nupcias, mandamos que la mitad de las cosas donadas le pertenezca al sobreviviente, y la otra mitad á los herederos del difunto ó de la difunta, de cualquier grado que sean, y por cualquier derecho que sucedan, de modo que se considere que la donación subsiste en cuanto á la mitad y se disuelve en cuanto á la otra mitad; pero que no mediando ósculo, ya si falleciere el esposo, ya si la esposa, se invalide toda la donación, y se restituya al esposo donante ó á sus herederos. -1. Pero si la esposa, mediando ó no mediando ósculo, le hubiere dado algo al esposo á titulo de donación (lo que rara vez sucede) y aconteciere que él ó ella moria antes de las nupcias, quedando invalidada toda la donación, transfíerese á la esposa donadora ó á sus sucesores el dominio de las cosas donadas (GARCÍA DEL CORRAL, 1892, p. 555).

Los efectos previstos se pueden resumir en los siguientes:

- a) en caso de fallecimiento de uno de los *sponsi*, si mediaba *ósculo interveniente* la donación se debía dividir en dos partes iguales, correspondiendo una mitad al superviviente –donante o donatario– y, la otra mitad a los herederos del fallecido/a, sin excepción alguna,
- b) en caso de esponsales celebrados sin *ósculo interveniente*, la donación debía ser restituida al donante o a sus herederos; y
- c) en el supuesto de donación efectuada por la *sponsa* –mediase o no *ósculo interveniente*– el fallecimiento de cualquiera de los prometidos con anterioridad a la celebración de las nupcias, comportaba que la donación

fuese tenida –completamente– por inválida y transferida a la donadora o a sus herederos.

En definitiva, este texto se configura como la única fuente en el que se afirma con precisión la existencia del rito del *ósculum* en los esponsales y en el que se les atribuye importancia jurídica. Además, adquiere relevancia para el Derecho romano, debido a que el cambio del beso otorgaba a la prometida o a sus herederos el derecho a retener la mitad de las donaciones esponsalicias para el supuesto de fallecimiento de uno de los prometidos.

En particular, las pretensiones que presenta esta Constitución se resumen en: ampliar el ámbito de aplicación de la Ley precedente [C. Th. 3, 5, 2 = C. I. 5, 3, 15 (Imp. Const. A. Ad Maximun P.U.)] y, regular nuevamente una hipótesis de carácter particular. De modo que la donación podía ser siempre revocada en caso de fallecimiento del donatario, mientras que, en el supuesto de fallecimiento del donante, solo podía ser revocada si los herederos del donante eran el padre; la madre o, los hijos del primer matrimonio [C. Th. 3, 2, 5-3].

En suma, este último límite se elimina con la Legislación del año 336 d. C., al permitir la revocación en caso de que la donación se realizara por el *sponsus* y los esponsales se concluyesen con *ósculo no interviniante*, puesto que la donación entera podía ser revocada por el donante supérstite o por sus herederos y, si era efectuada por la *sponsa* interviniendo o no *ósculo* –en la celebración de los esponsales– ésta debía ser revocada a la donante supérstite o a sus herederos. Previsión que no regía en caso de que mediara *ósculo interviniante* en la celebración de los esponsales y, la donación hubiese sido efectuada por el *sponsus*, debido a que en este supuesto la donación era dividida en dos partes.

En definitiva, Constantino con ambas Constituciones [C. Th. 3, 5, 2 y 6 = C. 5, 3, 15 y 16] –respectivamente de los años 319 y 336 d. C.– aporta una nueva reglamentación a la materia de las donaciones esponsalicias, pero sin identificarlas con las *arrhae sponsaliciae*. Afirmación última que ha sido objeto de controversia doctrinal, debido a que el reconocimiento de la institución de las *arrhae sponsaliciae* en la Legislación romana resulta difícil de concretar conforme a la escasez de fuentes; la incerteza de la denominación; la confusión de los términos y, la falta de concreción sobre cuáles fueron las Constituciones imperiales que la regularon, pero aún a pesar de las pocas normas que se conocen y permanecen vinculadas con los pasos literarios y con los ritos cristianos, lo cierto es que en la Legislación de Constantino no se hizo requerimiento alguno a tal institución, sino que sería con posterioridad cuando se introdujese esta figura en el Derecho romano.

### 3.2 El Compromiso Arral

A diferencia del *arrha* –palabra semítica penetrada en el Derecho greco y de éste traspalada a Roma –donde sería utilizada para indicar una forma de garantía comercial–, el *arrha sponsaliciae* es un término desconocido antes del Siglo IV en la lengua greca y latina.

Dicho lo anterior, la figura de la *arrae* o *arrhae sponsaliciae* –que, como norma general, era entregada por el prometido a la prometida– fue introducida en el Derecho romano en la época posclásica. En particular, el llamado compromiso arral era considerado como prueba y garantía del cumplimiento de la promesa de matrimonio por medio de la entrega de regalos –*anulus sponsaliorum*– (dinero, ropa de vestir, joyas [...]).

Dicho lo anterior, procede ahora detenerse en las consideraciones preliminares de la institución, de esta forma la constitución del compromiso procedía tras la aceptación de las arras, por lo que su ulterior disolución acarrearía la imposición de la pena establecida en la restitución de las arras recibidas o de un múltiplo de su valor e, incluso en la pérdida de las arras dadas, debido a que se configuraba como una limitación a la libertad de las partes para retirar la promesa de matrimonio efectuada.

Con carácter previo a la relación existente entre el compromiso arral y el clásico, conviene precisar que continuó existiendo el compromiso clásico, privado de forma y basado en un sistema de completa libertad en la época post-clásica, debido a que la existencia en la Compilación justiniana de normas que se referían tanto a uno como a otro tipo de compromiso, se justifica en el Título I: *De sponsalibus*, contenido en el Libro XXIII del Digesto, que contiene normas antiguas y más recientes relativas a los esponsales clásicos, recogiendo también el paso de los juristas clásicos que hicieron referencia a esta figura.

Dos han sido las teorías doctrinales contrapuestas surgidas de la relación existente entre estos dos tipos de compromisos –el arral y formal y, el no arral, privado de forma y consensual–. Son, de una parte, la de aquellos autores que consideraban que los esponsales clásicos y los esponsales arrales constituían dos tipos de compromisos distintos, por lo que se debían mantener separados y, de otra, la de aquellos otros partidarios en que este último seguía siendo el anterior compromiso clásico, privado de forma, al que se le añadía la previsión de las arras.

Volterra que ha sido uno de los mayores defensores de la primera teoría sostiene que se trata de dos tipos de compromisos distintos: uno existente en la época cristiana que responde a la exigencia de una nueva mentalidad social, identificado con el de las arras –es decir, aquél en el que el compromiso del futuro matrimonio se acompaña de la entrega de las *arrhae sponsaliciae*– y, otro, el existente en la época clásica que radica en una simple mención y promesa de futuras nupcias [D. 23, 1, 1 (FLORENTINUS, *libro tertio institutionum*)].

De modo que el compromiso arral constituye un nuevo sistema de compromiso, identificado con el compromiso matrimonial de la época cristiana, ya presente en el Derecho semítico y de cuyo concepto se apropió la iglesia oriental. Por ello, su aplicación en el Derecho romano se realizó por medio de las Constituciones de los Emperadores cristianos, que por la semejanza que presentaba con la *arrha* de los contratos, lo designaban –siguiendo el ejemplo de los escritores eclesiásticos– con el nombre de *arrha sponsalicia*.

En este sentido, Volterra (1986, p. 657), establece que

no se acepta la opinión prevaleciente durante un tiempo y, hoy ya abandonada, que consideraba el compromiso de las arras como el antiguo

compromiso matrimonial clásico, privado de formas, al que se añade la entrega de una *arrha*. Al contrario, se trata de los esponsales cristianos en los que aparece la entrega formal de la *arrha*, que tiene gran importancia en el rito religioso [...].

En síntesis, el compromiso clásico –aunque todavía recordado en el Corpus Iure– que raramente fue seguido en la práctica, adquirió algo más de relevancia en el Siglo IV, mientras que el compromiso arral –surgido en la época cristiana– parece constituir el sistema más utilizado, debido a que los Emperadores bajo el influjo de las normas eclesiásticas se la atribuyeron (vid. VOLTERRA, 1991b, p. 110).

Por el contrario, en la segunda teoría doctrinal, la contraposición entre el compromiso pagano –privado de forma y consensual– y, el compromiso cristiano –arral y formal– sostenido por Volterra, no resulta todavía probada. Por tanto, los esponsales arrales no serían configurados como un nuevo tipo de esponsales que se añadirían a los clásicos, sino que seguirían siendo estos últimos –es decir, contratos mediante simples declaraciones no formales que se constituyen sin donaciones y arras esponsalicias y, que se disuelven por actos unilaterales inmotivados–, pero ahora reforzados por las arras y demás reglas o normas.

En este sentido, Arangio-Ruiz (1989, p. 447) sostiene que “le arre e le regole relative s’innestarono sul principio romano degli sponsali contratti mediante dichiarazione non solenne”. Por su parte, Balestri Fumagalli (1990, p. 503) matiza que: “Contemporanea, ma distinta ed accessoria rispetto agli sponsali, la dazione delle arrhae, nel caso in cui venga effettuata, non crea un nuovo tipo di rapporto, che si aggiunge e si sovrappone a quello precedente, ma giustifica, nell’ambito del medesimo istituto, un nuovo regime, soggetto ad una disciplina molto aspra” y, Astolfi (1994, p. 207) añade que: “Non sembra, però, che la contrapposizione abbia ragione di essere. La concezione del fidanzamento è unica... Il fidanzamento arrale si differenzia da quello non arrale, perchè la promessa di matrimonio è garantita dalla dazione delle arre e quindi viene punito il recesso ingiustificato”.

### **a) El origen del término *arrhae sponsaliciae***

A finales del Siglo III d. C., aunque se observó la aparición en los escritores de la época de la primera mención a este instituto, lo cierto es que sería con posterioridad, en el Siglo IV d. C., cuando realmente fuera extendido y utilizado.

Tengáse presente que este instituto netamente distinto del *arrha* de la compraventa –que derivó de los antiguos Derechos orientales, donde el compromiso venía formalmente constituido con la entrega de un objeto o de una suma de dinero del hombre a la mujer o a la familia de ésta– apareció al final del siglo III en las fuentes literarias y, en el Siglo IV en las jurídicas. El *arrha sponsalicia* romana que consistió en una entrega por parte del futuro esposo por ocasión del compromiso, como prueba y garantía de la futura promesa de matrimonio innovó el sistema de los esponsales clásicos libres de

cualquier restricción, ya que funcionaba como multa para el supuesto de su disolución.

Si bien, en el Siglo III d. C., se encuentra la expresión *arrae regia*, utilizada por Julio Capitolino, con ocasión de una celebración de esponsales. Este fragmento, que es parte de la Historia Augusta, se presenta en los siguientes términos: “Desponsa illi (Maximino) erat Iunia Fadilla, proneptis Antonini, quam postea accepit Toxotius, eiusdem familiae senator, qui periit post praeturam, cuius etiam poemata exstant. Manserunt autem apud eam *arrae regiae* [...]” [Iulii Capitonini, *Maximini Duo*, 27, 7].

En dicho fragmento el autor narra cómo, tras la disolución del compromiso entre Máximo y Fadilla, nieta de Antonio Pio, las *arrae regie* permanecieron en poder de la mujer. Esta expresión inexistente en ningún otro texto, indica que se trataban de objetos de valor *insignia sponsaliorum* dados con ocasión del compromiso. “[...] monolinum de albis novem, reticulum cum prasinis undecim, dextrocherium cum copula de hyacinthis quattuor praeter vestes auratas et geminis ornatas ceteraque insignia sponsaliorum”.

Por su parte, Volterra (1991c, p. 63) dice que

l’Historia Augusta, di cui l’opera di Capitolino fa pare, sia ricca di aneddoti più o meno immaginosi e spesso completamente fantastici. Potrebbe anche darsi che Capitolino riporti a Massimino un istituto in vigore solo più tardi al tempo in cui egli scriveva (fine del III secolo sotto Costantino) e adoperi tale termine per indicare i regali di uso. Questa osservazione avrebbe anche un ulteriore appoggio nel fatto che prima della legge di Costantino [C. I. 5, 3, 15] i doni sponsalici hanno il valore di semplici donazioni e non si possono ripetere nemmeno nel caso di scioglimento del fidanzamento.

A pesar de hacer mención, con las frases utilizadas por Capitolino lo cierto es que no se aclaraba si con ellas se aludía a un verdadero instituto jurídico vigente o, si la adopción del término *arra* para indicar los regalos – objetos de valor– se trataba de objetos de valor económico *insignia sponsaliorum* entregados con ocasión del compromiso, existiendo posiblemente el derecho de reclamarlos tras la disolución del compromiso.

Por otra parte, en los escritos cristianos del Siglo IV d. C., era muy frecuente el uso, tanto del término *subarrhari* (vid. BRANDILEONE, 1906, p. 235) como el de *arrha*, referida a la unión religiosa, lo que justifica la afirmación que sostiene que, aunque estas fuentes literarias son de suma importancia (son prueba de que en este Siglo existía ya en el uso cotidiano la otorgación de arras para constituir los compromisos –lo que evidencia la utilización del compromiso arral y, la prueba de su práctica por los cristianos– y, esta referencia concretada en la descripción de simbólicas uniones místicas –tales como la unión del hombre con la divinidad o de la unión de Cristo con la Iglesia– no solo tiene una importancia espiritual y teológica, sino que también se extiende a la influencia ejercida en el ordenamiento religioso del matrimonio), lo cierto es que será – con posterioridad– en dos escritos eclesiásticos donde esta institución aparezca establecida. Esto se confirma por diversas fuentes literarias y papirológicas que

se refieren a este Siglo o quizás algo más tarde. Fuentes que ofrecen al mismo tiempo la existencia de testimonios sobre el uso del compromiso arral en la época del cristianismo.

Dentro de las fuentes literarias, entre otras, destacan las siguientes: “Cum ad legitimam pervenisset aetatem, cogentibus iuxta consuetudinem humanam parentibus, ut arram puellae quasi uxorem accepturum daret, impellitur” [Gregorio de Tours, *vitae patrum*, 20, 1 (P. L. 71, 1093)] y, “Arrhabo dicta quasi arrha bona. Quod enim datur pro coniugio, bene datur, quia coniugium bonum est. Quod vero causa fornicationis, adulterii, malum est, idcirco arrhabo non est” [Isidoro de Sevilla, *Orig.* 9, 7, 5].

Por lo que se refiere a las fuentes papirológicas, entre otras, conviene citar el *Corpus Papyrorum Raineri* (n. 30) y, el Pap. Cairo (67006), uno surge en el siglo IV d. C. y, el otro, posiblemente con posterioridad. El primer documento papirográfico (C. P. R. 30) se constituye como uno de los pocos documentos en el que se habla de compromiso. Contiene la enumeración de varias daciones realizadas con ocasión de la celebración de los esponsales y de los pactos realizados entre las partes. Se trata de un documento típicamente cristiano. El segundo de los documentos papirográficos (Pap. Cairo 67006) del siglo IV d. C., –aunque incompleto– habla de un contrato matrimonial bizantino. También en otro documento papirográfico (Pap. Oxy 129) se encuentra un compromiso en donde los contrayentes eran cristianos. En síntesis, en ambos documentos, aunque no se menciona expresamente la *arrae sponsaliciae* su contenido es conforme con la disposición de la Constitución Imperial [C. I. 5, 1, 5 (Impp. León et Anthemiud AA. *Eryturio P. P*)], lo que hace pensar que seguramente están referidos al compromiso arral, conservándose un ejemplo característico de la formalidad usada para proceder a la disolución sin culpa conforme a una *iusta excusationis causa* (vid. VOLTERRA, 1991d, p. 541).

En suma, este término utilizado en los esponsales se introdujo vagamente en la literatura con anterioridad al Siglo IV d. C., siendo generalmente utilizado con un significado religioso por los escritores cristianos y, referido a una generalizada costumbre existente en la sociedad de aquel tiempo.

En definitiva, este hecho correlacionado con el momento en el que la arra comienza a adquirir importancia jurídica, adquiere relevancia en el Siglo IV d. C., con la instauración de la primera Constitución (año 380 d. C.) en la que esta institución fue reconocida y regulada en la Legislación de los Emperadores cristianos, debido a que el instituto del *arra sponsalicia* fue regulado solamente por algunas Constituciones de los emperadores cristianos. Constituciones que no dan una imagen clara y precisa de este instituto y de su función.

## **b) Las diferentes locuciones atribuidas a las arras sponsalicias en las constituciones imperiales**

Del análisis de las Constituciones imperiales se evidencia que el instituto del *arrae sponsaliciae* no encuentra su origen en el Derecho romano. Esto se justifica tanto en la incerteza y pluralidad de denominaciones que le han

sido atribuidas a la figura –al tratarse de una institución que no se encuentra claramente definida–, como en el hecho de que, si verdaderamente la figura hubiera sido incorporada en el Derecho Romano, se habría utilizado un término para indicarlo.

En este sentido, será únicamente con posterioridad a la Constitución de León (año 472 d. C.) cuando el término de arra sponsalicia adquiera el tecnicismo que continuará años más tarde en la Legislación bizantina de Oriente, encontrando cabida en el Derecho occidental.

De la observación de las denominaciones utilizadas en las Constituciones imperiales anteriores a Justiniano se desprende que tres fueron las Constituciones –todas del año 380 d. C. y de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio– donde se hizo referencia al término “arra”: De una parte, la contenida en el Libro III, Título V del Código Teodosiano [C. Th. 3, 5, 11], bajo la rúbrica: *De sponsalibus et ante nuptias donationibus*, donde tres fueron los términos utilizados para indicar un mismo concepto: *sponsalia*, *pignera*, *arrae*.

En este sentido, en la [C. Th. 3, 10, 1] se encuentra el significado de *sponsalia*: “*sponsalia hoc est arrharum data nomine*” y, con posterioridad, en el Código de Justiniano [C. I. 5, 2, 1 [Impp. Dioclecianus et Maximianus AA. *Et CC Bianori*], que cita [C. Th. 3, 10, 1] se transforma la frase “*sponsalia dederit*” en “*arrhas sponsalitiis dederit*”.

Por otra parte, la contenida en el Título III del Libro VI del Código Teodosiano [C. Th. 3, 6, 1], bajo la reseña: *Si provinciae rector vel ad eum pertinentes sponsalia dederint*, donde se utilizaron como sinónimos los términos *pignora lucrativa*; *sponsalia* y *arrae*.

Y, finalmente, el término *arrae*, no adjetivado, que se recoge en el Título I del Libro V del Código Justiniano [C. I. 5, 1, 3], que lleva por Título: *De sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxenetis: Arrhis sponsaliorum nomine datis*.

Sin embargo, será únicamente a partir de la Constitución de León, en el año 472 d. C., contenida en el Título I del Libro V del Código Justiniano que lleva por rúbrica: *De sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxenetis*, cuando se encuentre definitivamente el término *arrae sponsaliciae*.

[C. I. 5, 1, 5 (Impp. Leo et Anthem. AA. Erythrio PP)]: Mulier iuris sui constituta arrarum sponsalium nomine usque ad duplum teneatur, id est in id quod accepit et aliud tantundem nec amplius, si post completum vicesimum quintum annum vel post impetratam veniam aetatis atque in competenti iudicio comprobata huiusmodi arras suscepit: in simplum autem, id est tantummodo quod accepit, si minoris aetatis est, sive virgo sive vidua sit, sive per se sive per tutorem vel curatorem vel aliam personam easdem arras acceperit. -1. Patrem vero vel matrem, legitimae videlicet aetatis constitutos, sive simul sive separatim arras pro filia susceperint, avum autem vel proavum pro nepte seu pronepte in duplum tantummodo convenit teneri. -2. Quae ita custodiri censemus, si non propter personam vel condicionem aut aliam causam legibus vel generalibus constitutionibus interdictam futurum matrimonium constare prohibetur: tunc enim quasi nullo facto, utpote sine causa easdem arras praestitas tantummodo reddi consequens esse praecipimus. -3. Hoc quoque his adicimus, ut

etiam, si legibus prohibita non sint speratae nuptiae, post arras autem sponsalicias sponsa coniugium sponsi propter turpem vel impudicam conversationem aut religionis vel sectae diversitatem recusaverit vel eo, quod quasi vir coitum, ex quo spes subolis oritur, facere non potuerit, vel ob aliam iustam excusationis causam, si quidem probatum fuerit ante datas easdem arras sponsalicias hoc idem mulierem vel parentes eius cognovisse, sibi debeant imputare. -4. Sin vero horum ignari sponsalicias arras susceperint vel post arras datas aliqua iusta causa paenitentiae intercesserit, isdem tantummodo redditus super alterius simpli poena liberi custodiantur. -5. Quae omnia simili modo etiam de sponsis super recipiendis nec ne arris praestitis custodiri censemus: quadrupli videlicet poena, quae anterioribus legibus definita erat, in qua et arrarum quantitas imputabatur, cessante, nisi specialiter aliud ex communi consensu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuit. - 6. Extra definitionem autem huius legis si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet (KRÜGER, 1954, p. 192-193). Trad.: - La mujer constituida de propio derecho esté obligada hasta el duplo á titulo de arras de esponsales, esto es, á lo que recibió, y á otro tanto, y no más, si después de cumplidos los veinticinco años, ó después de impetrada la dispensa de edad y probada en el juicio competente tomó tales arras; pero al simple importe, esto es, solamente á lo que recibió, si es de menor edad, ya si fuera doncella ó viuda, ó si por si ó por medio de tutor ó de curador ó de otra persona hubiere recibido las mismas arras. -1. Pero el padre ó la madre, que, por supuesto, fueren de edad legítima, ya hubieren recibido juntos, ya separados, las arras por la hija, y el abuelo ó el bisabuelo, si por la nieta ó la biznieta, conviene que se obliguen solamente al duplo. -2. Cuyas disposiciones mandamos que se observen en este caso, si no se prohibiese que se verificara el futuro matrimonio por causa de la persona, ó de condición, ó por otra causa, prohibida por las leyes ó por las constituciones generales; porque entonces, mandamos, que, como si nada se hubiera hecho, sea consiguiente que solamente se devuelvan las mismas arras como entregadas sin causa. -3. A lo cual añadimos también esto, que, aun cuando no estén prohibidas por las leyes las nupcias esperadas, si después de las arras sponsalicias la esposa rehusare su unión con el esposo por razón de torpe ó impúdico comportamiento, ó por diversidad de religión ó de secta, ó porque como varon no pudiere consumir el coito, del que nace la esperanza de descendencia, ó por otra justa causa de excusa, si verdaderamente se hubiere probado que antes de haberse dado las mismas arras sponsalicias conocieron esto mismo la mujer ó sus padres, se lo deben imputar á si propios. -4. Mas si ignorando estas cosas hubieren recibido las arras sponsalicias, ó si después de dadas las arras mediare alguna justa causa de arrepentimiento, manténganse libres de la pena del otro tanto, habiendo devuelto solamente aquellas. -5. Todo lo cual mandamos que de igual modo se observe también respecto á los esposos, así en cuanto á las arras que deban recibir, como en cuanto á las entregadas; desapareciendo, por supuesto, la pena del cuádruplo, que en las anteriores leyes se habla establecido, en la que se computaba también el importe de las arras, á no ser que especialmente se hubiere convenido otra cosa por común consentimiento entre los contratantes sobre esta misma cuenta del cuádruplo. - 6. Pero si fuera de la disposición de esta ley se hubiere interpuesto caución que contenga pena de estipulación, no tendrá fuerza ninguna por una y otra parte, pues debe ser libre la facultad para celebrar nupcias (GARCÍA DEL CORRAL, 1892, p. 550-551).

Del estudio de las mencionadas Constituciones se pone de manifiesto la utilización de dos términos, *arrha* y *pignus*, siendo el más utilizado –debido

a las diferencias que presentaban dichas expresiones– el vocablo *arrha*. Sin embargo, la confusión terminológica derivada de aquellos términos fue debida a la gran similitud que ambos presentaron en su momento, lo que influyó en las expresiones establecidas por aquellas Constituciones. Esta distinción que estuvo acentuada de forma definitiva por la reforma en materia de promesa realizada por Constantino, origino que el término *pignus* tuviera la consideración de inadecuado para indicar la función de un objeto que pasaba en propiedad de quien lo recibía y, que debía ser restituido en el supuesto de incumplimiento de la promesa. Esto se justifica por la adición del adjetivo *lucrativum*.

Otra prueba sobre la incerteza en la denominación se deduce de otras fuentes, por ejemplo, en los *Scholia Sináitica* se habla de *poena* y de *prostimos*, en lugar de *arra* y, en los escritos jurídicos orientales el término *arrha* romano no se encuentra, de ahí que se utilice la terminología sírca (vid. VOLTERRA, 1991c, p. 68).

Los presupuestos que estos antecedentes acreditan son:

- a) que, en las fuentes examinadas, el término *arrhae sponsaliciae* no aparece en el Derecho romano con anterioridad del Siglo IV d. C.;
- b) que la primera fuente jurídica que menciona esta garantía en materia de esponsales es una Constitución del año 380 d. C., y, que las Constituciones más antiguas que trataron el término de *arrhae* referido a los esponsales utilizaron diversas denominaciones, originándose la existencia de una gran incerteza terminológica; y,
- c) que la aparición de la denominación de *arrhae sponsaliciae* como término técnico para indicar esta garantía previa a contraer el matrimonio tuvo lugar en una Constitución de León [C. I. 5, 1, 5] del año 472 d. C.;
- d) la Constitución [C. Th. 3, 5, 11] de Graciano, Valentiniano y Teodosio del año 380 d. C.

[C. Th. 3, 5, 11 (Imppp. Grat(ianus), Valentin(ianus) et Theod(osius) AAA. *Eutropio P(raefecto) P(raetorio)*]: -Patri, matri, tutori vel cuicumque, ante decimum puellae annum datis sponsalibus, quadrupli poenam remittimus, etsi nuptiae non sequantur; et si interea puella decesserit, sponsalia iubemus sponso restitui. § -1. Quodsi decimo anno vel ultra pater quisve alius, ad quem puellae ratio pertinet, ante duodecim annos, id est usque ad undecimi metas, suscepta crediderit pignora esse retinenda, deinceps adventante tempore nuptiarum a fide absistens quadrupli fiat obnoxius. § -2. Viduae autem ratio diversa est, cui auxilium non suffragatur aetatis, scilicet ut ea, matrimonium non implens, ad quadruplum ex veteri constitutione teneatur. § -3. Duodecimo autem anno impleto quisquis de nuptiis paciscitur, si quidem pater, semetipsum obliget, sive mater curatorve aut alii parentes, puella fiat obnoxia. § -4. Cui quidem contra matrem, tutorem, curatorem eumve parentem actio ex bono et aequo integra reservetur eorum pignorum, quae ex propriis, iuxta poenam iuris, reddiderit facultatibus, si ad consensum accipiendarum arrarum ab his se ostenderit fuisse compulsam” (HÄENEL, 1844, p. 304-305).

Como ya se ha dicho, el primer texto legislativo en materia *de arra sponsalicia* fue una Constitución imperial de los Emperadores Graciano,

Valentiniano y Teodosio, del año 380 d. C. Este texto, que formaba parte de un grupo de Constituciones dictadas por estos Emperadores en el mismo periodo de tiempo, pero en distintos lugares y bajo títulos y rúbricas diferentes, se encuentra contenido en el Libro III del Título V del Código Teodosiano [C. Th. 3, 5, 11].

La referencia a una *vetus constitutio* que habría regulado el instituto de la arra esponsalicia y, la introducción de la pena del cuádruplo para el supuesto de disolución del compromiso evidencia que esta institución estaba ya presente y regulada en el ordenamiento jurídico romano, aún a pesar de no poder establecerse el momento preciso de esta *vetus constitutio*, debido a la inexistencia de otros indicios.

Asimismo, la alusión a una *poena quadrupli* para el supuesto de disolución de los esponsales constituidos mediante la entrega de las arras como garantía de la promesa de matrimonio, pone de manifiesto que la naturaleza de las arras requería de una *datio* de la cual era destinataria la parte de la prometida –es decir, los progenitores, el tutor pupilar, el curador o cualquier otro pariente–.

No obstante, tengase presente que, aunque esta constitución prevé únicamente la *datio* de la cual era destinataria la parte de la prometida, resulta necesario hacer mención a la parte del prometido, puesto que ésta era la que se comprometía a la entrega de las arras a la parte de la prometida (vid. VOCI, 1985, p. 471).

En definitiva, con este término se hacía referencia a todas aquellas personas que ostentaran la responsabilidad jurídica o moral de la prometida y, que al formalizar el compromiso se convirtiesen en los responsables del compromiso arral. Por su parte, Teodosio en otra Constitución haciendo alusión a la parte de la prometida, hacía referencia al término casa *domus* de la prometida [C. Th. 3, 11, 1]; [C. Th. 3, 6, 1 (Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. Eutropio P[raefecto] P[raetorio]).

Por otra parte, de la imposibilidad en caso de disolución unilateral del compromiso asumido –tras la entrega y aceptación de las arras– de entregar las arras al prometido o a su parte, conforme a la obligación nacida en torno al prometido de la entrega de las arras a la parte de aquélla, surgieron las consecuencias siguientes: la pérdida de las arras entregadas para el prometido y, la pena establecida consistente en la restitución de las arras al cuádruplo para la prometida.

También esta pena del cuádruplo fue configurada como una prerrogativa constante de la legislación de estos emperadores, debido a su mención en otra Constitución [C. Th. 3, 6, 1 = C. I. 5, 2, 1 (Impp. Dioclecianus et Maximianus AA. *Et CC Bianori*)] del año 380 d. C. y, en una Constitución de Honorio y Teodosio [C. Th. 3, 10, 1 = C. I. 5, 8, 1 (Impp. Honorius et Theodosius AA. *Theodoro P. P*)] del año 409 d. C., (ambas incluidas en el Código Justiniano). Pena que sería abolida en el año 472 d. C. Por ello, la expresión: “*poenaque expertes sint quae quadruplum statuit*”, que se lee en [C. Th. 3, 6, 1 pr.] fue abreviada en [C. I. 5, 2, 1 pr.]: “*poenaque statute expertes sint*”, mientras que la expresión “*cum quadrupli poena*”, que se lee en [C. Th. 3, 10, 1, 1] fue mutada en “*cum statuta poena*” en [C. I. 5, 8, 1, 1].

Una de las cuestiones más debatidas, se concretó en si la pena del *quadruplum* debía comprender el valor de los objetos dados a título de *arra* o, si ésta era una pena a parte.

Dos fueron las teorías –claramente diferenciadas– que se establecieron en relación a cómo se debía entender el cuádruplo: De una parte, la de aquéllos que sostenían que se debía considerar como una pena distinta de la restitución de las arras y, de otra, la de aquéllos otros que consideraban que las arras recibidas debían ser incluidas en él.

Por su parte, esta Constitución no dice nada, mientras que otras Constituciones son ambiguas al respecto. De modo que aunque con la expresión contenida en [C. Th 3, 10, 1]: “Exceptisque his qui parentum sponsionem de nuptiis filiarum impleri desiderant vel *sponsalia, hoc est arrarum data nomine, reddi sibi praecepto legum aum quadrupli poena deposcunt*” el cuádruplo parecía ser considerado como una pena por separado de la restitución de las arras, así lo sostenía Riccobono (1957, p. 180), al sostener que: “Il quadruplo è penale, la sposa deve inoltre restituire l’arra accettata”, lo cierto es que al final de la Constitución de León, en su parágrafo quinto contenido en [C. 5, 1, 5], cuya rúbrica es: *De sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticis*, se afirma que en la pena del cuádruplo se encontraba comprendida la restitución de las arras recibidas. [C. I. 5, 1, 5, 5 (Impp. Leo et Anthemius AA. *Erythrio PP.*): “5. [...] quadrupli videlicet poena, quae anterioribus legibus definita erat, in qua et arrarum quantitas imputabatur, cessante [...]” (KRÜGER, 1954, p. 192). Trad.: “-5. [...] la pena del cuádruplo, que en las anteriores Leyes se habla establecido, en la que se computaba también el importe de las arras [...]”.

Asimismo, frente a esta pena del *quadruplum* omnicompreensiva se encuentra por analogía, la pena del *duplum*, formulada también por León en [C. 5, 1, 5, pr.], que dice: [C. I. 5, 1, 5 (Impp. Leo et Anthemius AA. *Erythrio PP.*): “[...] ad duplum teneatur, id est in id, quod accepit, et aliud tantundem, nec amplius [...]” (KRÜGER, 1954, p. 192). Trad.: “[...] esté obligada hasta el duplo á título de arras de esponsales, esto es, á lo que recibió, y á otro tanto, y no más [...]”.

Para Volterra, otra prueba que indica que en el cuádruplo quedaba incluida la restitución de las arras se proporciona por la *Lex Romana Burgundorum*, en cuyo Título 27 se da un resumen de las disposiciones contenidas en [C. Th. 3, 5, 11]. El texto se presenta en los siguientes términos:

Titulus 27: De Puellis vel mulieribus desponsatis. “Si quis arras sponsalicias nomine dederit, et pater vel mater, acceptis arris, eo qui arras dedit refatato, alium fortasse receperunt, arras in quadruplum esse reddendas [...]”.

De modo que resulta evidente la aclaración de que en el cuádruplo también quedaba incluida la restitución de las arras y, finalmente, en el Basilici [Bas. XXVIII, 2, 3 (Heimb. III, 157; Sch. A IV, 1320)] el único paso que recuerda el cuádruplo no hace diferencia alguna entre el computo de éste y del *duplum* (vid. VOLTERRA, 1991c, p. 86).

De lo anterior se expone que esta obligación concretada en la pena del cuádruplo –derivada de la ruptura de los esponsales– fue sometida a un régimen complicado que, de una parte, tenía en cuenta tanto la edad, como el estado familiar o condiciones que presentaba la prometida y, de otra su finalidad se concretaba en determinar cuándo y quién se encontraba obligado al pago de la pena del cuádruplo. Con esta obligación surgida de la aceptación real de las *arrahae* otorgadas por el prometido, se originaron a las hipótesis siguientes:

a) Si los responsables de la prometida padre, madre, tutor [...]–[C. Th. 3, 5, 11, 1 (Imppp. Grat(ianus), Valentin (ianus) et Theod(osius) AAA. *Eutropio P(raefecto) P(raetorio)*)]– habían formalizado el compromiso de los esponsales, siendo esta menor de diez años y, con posterioridad, aceptadas las arras, el compromiso era disuelto por quien lo hubiese formalizado, no había obligación de pagar el cuádruplo de las arras recibidas. Esta inexistencia de obligación se justificaba en que no había sanción, debido a que, en caso de anulación del compromiso, los mismos Emperadores declararon que no era de aplicación la pena, de modo que, aunque la parte de la prometida quedaba exonerada de la *poena quadrupli (quadrupli poena remittimus, etri nubtiae non sequantur)*, lo cierto es que sí debían restituirse al prometido las arras recibidas al *simplum*. Esto se desprende del silencio que presenta el texto a este respecto (vid., VOCI, 1985, p. 471; ASTOLFI, 1994, p. 186).

También, la restitución al *simplum* era prevista de forma expresa en caso de fallecimiento de uno de los prometidos.

Este extremo establecido por Constantino y concretado en que con la muerte de uno de los prometidos se disolvía el compromiso, con la excepción de que el difunto hubiese presentado con anterioridad al fallecimiento una causa de desistimiento se encuentra formulado en otra Constitución del año 380 d. C., de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio e, insertada en el Código Justiniano [C. 5, 1, 3] cuyo título es: *De sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticis*. Su texto se presenta en los siguientes términos: “*Arris sponsaliorum nomine datis, si interea sponsus vel sponsa decesserit, quae data sunt iubemus restitui, nisi causam, ut nuptiae non celebrentur, defuncta persona iam praebuit*” (KRÜGER, 1954, p. 193). Trad.: “-Si, dadas las arras a título de esponsales, entre tanto hubiere fallecido el esposo ó la esposa, mandamos que se restituyan las cosas que se dieron, si es que la persona difunta no dió ya motivo para que no se celebrasen las nupcias” [C. I. 5, 1, 3 (Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. *Eutropio P.P*)] (GARCÍA DEL CORRAL, 1892, p. 549-550).

De conformidad al texto se desprende que los mismos emperadores también consideraban el supuesto de disolución del compromiso por fallecimiento de uno de los prometidos, el cual quedaba sometido al mismo principio de restitución al *simplum* por ausencia de culpa.

Además, todo apunta a que esta Ley parece que también se encuentra recogida en el Código Teodosiano, asignándole el número diez [C. Th. 3, 5, 10], así lo entienden Mommsen y Krüger quienes en sus respectivas ediciones la insertarán bajo la rúbrica: *De sponsalibus et ante nuptias donationes*.

b) Si los responsables –padre o cualquier otro pariente [C. Th. 3, 5, 11, 1 (Imppp. Grat(ianus), Valentin (ianus) et Theod(osius) AAA. *Eutropio P(raefecto) P(raetorio)*)]– de la prometida (mayor de diez años, pero menor de doce años) –*usque ad undecimi nuetas*– formalizaban el compromiso aceptando y reteniendo las arras y, con posterioridad, en el momento de contraer matrimonio cuando la prometida hubiese cumplido los doce años –edad legal fijada por la *iustae nuptiae*– cambiaban su voluntad negándose a cumplirlo, éstos y no la prometida quedaban sujetos a la pena del cuádruplo de las arras –“[...] quisve alius, ad quem puellae ratio pertinet [...]”–.

Supuesto que también fue previsto en la Ley de León y, repetido en numerosas ocasiones en las legislaciones bizantinas. Si bien, en las Novelas de León el Filósofo se indica que esta forma era usada para los esponsales contraídos entre los niños. Encontrándose otras referencias, de lo aquí plasmado, se encuentran en los siguientes papiros: (C. P. R. 30) y, (Cairo 67, 106). Asimismo, dicha expresión se entiende referida no solo al padre, sino también a la madre, al tutor pupilar y demás parientes, como en el caso anterior. Esto se encuentra claramente declarado en la Interpretatio [C. Th. 3, 5, 11, 1 (Imppp. Grat(ianus), Valentin (ianus) et Theod(osius) AAA. *Eutropio P(raefecto) P(raetorio)*].

De modo que, en este caso no había diferencia entre el padre y los demás parientes y, por tanto, siempre era necesario el consentimiento de la prometida, teniendo ésta plena libertad para no cumplir el compromiso de los esponsales y la subsiguiente boda. De forma que a la pena del cuádruplo únicamente quedaba sujeta la persona que hubiese pactado los esponsales y retenido las arras en su poder, con posterioridad, a que la prometida hubiese cumplido los doce años, conforme a la falsa creencia en la otra parte de que la promesa de matrimonio sería cumplida. Por ello, podría resultar lógico entender que con anterioridad a dicha edad se podía disolver o anular el compromiso esponsal, restituyendo al *simplum* las arras recibidas. Interpretatio [C. Th. 3, 5, 11, 1 (Imppp. Grat(ianus), Valentin (ianus) et Theod(osius) AAA. *Eutropio P(raefecto) P(raetorio)*]: “Quod si antequam annus undecimus, compleatur, pignora suscepta reddiderint, nullam de susceptis arris calumniam pertimescant”.

c) En caso de viuda *sui iuris*, ésta quedaba siempre obligada a la restitución de las arras al cuádruplo –conforme a la *vetus constitutio*– para el supuesto de disolución del compromiso. Esto se justifica en que se trataba de una mujer que necesariamente debía haber superado la edad de doce años, puesto que con anterioridad a dicha edad había contraído un matrimonio. Por tanto, se trataba de una mujer púber a la que ni se le podían aplicar las excepciones precedentes, ni podía gozar de la *venia aetatis* –aunque fuera menor de veinticinco años–, debido a que la menor edad no la eximía de la pena [C. Th. 3, 5, 11, 2 (Imppp. Grat(ianus), Valentin (ianus) et Theod(osius) AAA. *Eutropio P(raefecto) P(raetorio)*].

De modo que siempre quedaba obligada a la restitución de la pena en caso de disolución del compromiso. En este sentido, Graciano entendía que era la impúber y no la menor de edad la que podía quedar exonerada de dicha pena. Por tanto, la viuda podía ser menor, pero ciertamente en estas circunstancias

era púber [C. Th. 3, 5, 11, 2] y, en consecuencia, debía responder directamente de la pena, debido a que ella misma había realizado el acto de aceptación de las arras. Interpretatio: “Tunc quaecunque suscepit sponsaliorum titulo, in quadruplum reddat”.

d) En el supuesto de prometida púber –por haber cumplido los doce años–, pero que a diferencia del supuesto anterior, no hubiese contraído un matrimonio previo, dos son los supuestos que se diferencian: De una parte, el formalizado por el padre –entendiendo por éste aquél que la tiene bajo su potestad, aunque esta constitución no diga nada a este respecto, punto en que Voci (1985, p. 472) precisa que “Il padre è l’unico che rimanga obbligato sempre allo stesso modo, qualunque età abbia la sposa: questo perché, usando della sua potestà, è in grado di imporre sempre il suo volere” – con aceptación de las arras, en el que éste debía responder de la pena al cuádruplo en caso de disolución del compromiso; De otro, el formalizado –para el supuesto de que la mujer era *sui iuris*– por la madre, curador o cualquier otro pariente de aquélla, en el que inevitablemente era la mujer quien debía personalmente responder de la restitución de las arras al cuádruplo, en caso de disolución. En este caso, aunque la mujer *sui iuris* quedaba obligada a pagar el cuádruplo de las arras, con independencia de que el compromiso de los esponsales hubiese sido acordado por otra persona, se le reconocía *un’actio ex bono et aequo*, con la finalidad de que obtuviese el resarcimiento, siempre que probara que había sido obligada por la madre, tutor, curador o cualquier otro pariente a aceptar las arras, en contra de su voluntad.

De lo anterior, se desprende la existencia de dos supuestos claramente diferenciados:

De una parte, se trata de una *filiafamilias*, respecto de la cual el padre ostenta el derecho de formalizar los esponsales en su nombre –siempre que ella no ejerza el derecho del *non dissentire*–. La prometida ostenta la edad necesaria para poder expresar de forma válida su consentimiento contrario, por tanto, resulta evidente en el compromiso arral que está conforme y, en consecuencia, los esponsales son válidos si el padre acepta las arras sin que ella manifieste libremente su voluntad contraria. Esta manifestación contraria no se encuentra regulada por este fragmento, debido a que solo establece la pena para el supuesto de disolución del compromiso. Además, la obligatoriedad del padre al pago de la pena se justifica en el carácter formal que presenta el compromiso arral, ya que la obligación de la pena surge tras la aceptación de las arras. Aceptación que comporta el consentimiento pasivo de la *filiafamilias*.

Por otra parte, para que los esponsales sean válidos es necesario que, en la aceptación de las arras, además de la voluntad de las personas que acordaron el compromiso de los esponsales, se dé también la de la prometida, requiriéndose por parte de ésta que su voluntad sea expresa y, por tanto, ya no se limita al simple *non dissentire* –como ocurría en el caso del *paterfamilias*–.

Este aspecto es aclarado de forma expresa por la propia Constitución –*consensus accipiendarum arrarum*– al indicar de forma explícita la necesidad del consentimiento expreso. De ahí que la prometida quede obligada personalmente

a la pena, aún en caso de que la aceptación de las arras haya sido fruto de violencia. Esto se justifica –como en el supuesto anterior– en el carácter formal que presenta el compromiso arral, siendo los sponsales perfectos y válidos desde el momento en que se efectúa la aceptación real de las arras. Momento en el que los prometidos se encuentran recíprocamente obligados a la restitución de la pena, en el supuesto de disolución del compromiso.

[C. Th. 3, 5, 11, 3 (Imppp. Grat(ianus), Valentin (ianus) et Theod(osius) AAA. *Eutropio P(raefecto) P(raetorio)*]: Duodecimo autem anno impleto quisquis de nuptiis paciscitur, si quidem pater, semetipsum obliget, sive mater curatorve aut alii parentes, puella fiat obnoxia. § 4. Cui quidem contra matrem, tutorem, curatorem eumve parentem actio ex bono et aequo integra reservetur eorum pignorum, quae ex propriis, iuxta poenam iuris, reddiderit facultatibus, si ad consesum accipiendarum arrarum ab his se ostenderit fuisse compulsam.

En definitiva, si la prometida no había consentido de forma libre a su compromiso, se le otorgaba una acción de reclamación contra el que la había prometido –madre u otros parientes–. La necesidad de la prueba que la obligaba a formalizar el compromiso resultaba más difícil cuanto más joven era la *sponsa*, ya que debía oponerse directamente frente a quien la hubiese prometido.

En particular, esta Constitución que se interesa únicamente por la parte de la prometida, se justifica en que la realidad cotidiana de la época comportaba que fuera la mujer la que fuese prometida por sus progenitores o parientes y, en consecuencia, esta parte –por lo general– era la que recibía las arras. Por ello, resultaba necesario establecer con precisión quién en el supuesto de disolución de la promesa, debía restituir al cuádruplo las arras recibidas –es decir, si debían ser restituidas por la propia prometida o por quien la hubiese prometido–. En este sentido, esta Constitución estableció diversas distinciones que estaban en función de la edad de la *sponsa*.

Además, esta época también siguió la tendencia general –regulada jurídicamente– de desposar a menudo niñas que no estaban en edad nupcial por la propia madre. Así, Agustino narra en Confesiones 6, 13, 15, que durante su estancia en Milán (386-387) fue comprometido por su propia madre y sus amigos con una muchacha que aún no tenía todavía la edad nupcial, es decir que carecía de la edad necesaria para tener marido. También, Sidonio Apollinare –epístola 2, 4, 2, anterior al año 470 d. C.– menciona el compromiso de una muchacha pupila e impúber, realizado por la madre (vid., VOCI, 1985, p. 473; FAYER, 1994, p. 125).

En suma, la voluntad de la prometida –en esta Constitución– únicamente adquiere relevancia si se trata de *sui iuris* y púber. Caso en el que daba su aceptación explícita a la recepción de las arras, aún en caso de que el compromiso hubiese sido concluido por sus parientes.

Aún con todo, esta *actio ex bono et aequo* que podía ejercitar la prometida contra quien la hubiese prometido contra su voluntad, producía numerosas dificultades en el orden probatorio y originaba graves consecuencias sociales, debido a que esta acción se encontraba dirigida contra sus propios parientes.

Por tanto, se tenía en cuenta la voluntad de la mujer, pero con limitaciones de hecho y, de Derecho. De hecho, porque sobre ella recaía la carga probatoria respecto de que su consentimiento no había sido otorgado de forma libre, prueba que no era fácil, debiendo la mujer oponerse de forma abierta a la familia que la había prometido. De Derecho, porque en caso de disolución del compromiso, era ella la que debía pagar el cuádruplo de las arras al prometido, aún en caso de que su consentimiento no hubiese sido otorgado de forma libre a quien la hubiese prometido (vid. ASTOLFI, 1994, p. 189).

Por otra parte, en el supuesto de mujer *sui iuris* e impúber, su voluntad no era significativa, por lo que la Ley obligaba a la restitución de las arras –en el supuesto de disolución del compromiso– únicamente al que hubiera concluido los esponsales (vid. VOCI, 1985, p. 473).

Por último, en el supuesto de mujer –impúber o púber– bajo la potestad del padre, si éste prometía la mano de su hija, sin requerirle el consentimiento, aceptando las arras y, con posterioridad, disolvía el compromiso, la Ley preveía que sobre él debía recaer la obligación de la restitución de las arras al cuádruplo.

En síntesis, se produce un profundo cambio respecto al compromiso realizado en la etapa clásica, donde el consentimiento de la mujer era requerido, al menos en la forma pasiva del *non dissentire*, es decir, que como en el matrimonio, en el compromiso de los esponsales es necesario que la hija de familia de su consentimiento. Este aspecto que fue mencionado por Juliano [D. 23, 1, 11 (Iulianus, *libro 16 digestorum*)], también sería tenido en cuenta en la Constitución de Teodosio, en el caso de que la prometida fuera púber y *sui iuris*, debido a que en el resto de los supuestos el consentimiento de la mujer no era tenido en cuenta y, por tanto, el compromiso era válido, aunque ésta fuese obligada a contraerlo.

En definitiva, esta regla no es nueva, debido a su aplicación por Constantino en relación con el compromiso –no arral– con el soldado [C. Th. 3, 5, 5]. Supuesto en el que si el compromiso era disuelto antes de los dos años, debía ser castigado con la pena de la *deportatio in insulam* no la prometida –mantenida al margen de sus esponsales y, por tanto, exonerada de cualquier responsabilidad criminal o civil–, sino la persona que hubiera formalizado su compromiso –padre, madre, pariente, tutor o, curador–, ya que era debido al estado de sometimiento en que se encontraba la prometida respecto de quien la prometía –conforme a su joven edad– y por tanto, tenía lugar por la voluntad de aquél que lo concluyese, pero no por la voluntad de la joven.

### **c) La Constitución [C. I. 5, 1, 5] de León y Antemio del año 472 d. C**

Con la promulgación en el año 472 d. C., por los Emperadores León y Antemio de una Constitución dirigida a Eritrio, prefecto del pretorio de Oriente, se deroga la anterior [C. Th. 3, 5, 11 (Imppp. Grat(ianus), Valentin (ianus) et Theod(osius) AAA. *Eutropio P(raefecto) P(raetorio)*]. Esta Constitución disciplinaba el mismo argumento, pero ahora con una mayor organización y equilibrio. Esto justificó que Justiniano prefiriese esta Constitución a la de Teodosio, por lo que

la introduce en su Código bajo la rúbrica: *De sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxeneticis* [C. I. 5, 1, 5].

Con este texto se da un nuevo ordenamiento al instituto de las arras sponsalicias, debido a que reduce la restitución de las arras recibidas del cuádruplo al duplo de su valor e, introduce el término de la *iustae excusationis causae*. Si bien, esta acepción permitía en determinadas circunstancias disolver el compromiso restituyendo las arras recibidas al *simplum*, sin incurrir en la pena del *duplum* y, admitía –tras la aceptación de las arras– la disolución de la promesa de matrimonio con la restitución de las arras recibidas al *simplum* o al *duplum*, según mediase o no causa justificada.

Los términos del contenido de esta Constitución (vid. VOLTERRA, 1968, p. 1.003-1.004) se exponen a continuación:

a) En el supuesto de que la prometida fuera *sui iuris* y hubiera cumplido los veinticinco años de edad o sin haberlos cumplido, gozará de la *venia aetatis* –es decir, de la facultad concedida por el Emperador a título personal a los menores de veinticinco años de administrar su propio patrimonio y libremente gestionar sus negocios, sin necesidad de asistencia del curador– si se había prometido personalmente, recibiendo las arras y, con posterioridad, se negaba a cumplir el compromiso sin causa, debía restituir al doble las arras recibidas y no al cuádruplo, como estaba establecido en la Legislación anterior.

b) Si era *sui iuris*, menor de veinticinco años, podía concluir el compromiso arral: personalmente; a través del tutor pupilar –si era menor de doce años– o, por medio de curador o, cualquier otro pariente, amigo o persona. Supuestos todos en los que debía responder personalmente de la restitución al *simplum* de las arras recibidas –en caso de anulación sin causa–, por lo que se limitaba únicamente a restituir las arras o su valor. Esta disciplina también era de aplicación si la prometida era viuda *sive virgo sive vedua sit*.

En suma, con esta disposición que se da una mayor consideración a la voluntad de la prometida, al asumir en primera persona la obligación de la restitución de las arras recibidas, se justifica en la mayor relevancia otorgada a la voluntad de la prometida por los propios Emperadores. De modo que, a diferencia de lo previsto por la Legislación de Teodosio, en el supuesto de que los esponsales fuesen anulados, el castigo recaía directamente sobre ella y no sobre la persona que la hubiese prometido. Así, Astolfi (1994, p. 192) precisa que: “la fidanzata *sui iuris* che recede, si limita a restituire le arre tanto se si è fidanzata personalmente quanto se si è fidanzata tramite il tutore o il curatore”.

c) Si era *alieni iuris*, el compromiso era formalizado por aquél que ostentara su patria potestad –es decir, el padre o la madre (si la prometida era mayor de veinticinco años de edad) –. Este compromiso que se podía formalizar de forma separada por la madre en sustitución del padre o de forma conjunta con aquél e, incluso por los parientes en línea recta masculina –el abuelo o el bisabuelo–, se caracterizaba porque la responsabilidad recaía directamente sobre quién la hubiese prometido –debido a que no se tenía en consideración la voluntad de la prometida– y, en consecuencia, en caso de que el compromiso matrimonial

no se llevará a término sin justa causa, debía responder dicha persona y, no la prometida en el doble de las arras. Con la salvedad de poder responder al *simplum*, en el supuesto de que el matrimonio querido por las partes no fuese válido –por causa de la persona o, coexistencia de una condición prohibida por la Ley–, puesto que, si el matrimonio no era válido, tampoco podía serlo el compromiso esponsalicio [C. I. 5, 1, 5, 1-3 (Impp. Leo et Anthem. AA. *Erythrio PP*)].

En suma, con esta Constitución se introducen cambios significativos en la concepción y en la disciplina jurídica de las *arrahae sponsaliciae*; se simplifica la casuística, puesto que reduce a dos los supuestos en los que en función de la edad se aplicaban las diferentes disciplinas y, se acentúa con la introducción del término *iustae causae excusationis* una marcada contractualización de este instituto, al quedar limitada la obligación de la restitución de las arras, al *simplum* –en el supuesto de negativa justificada– o, al *duplum* –en caso de ausencia de causa justificada–.

León en su Constitución de forma expresa, enumeró los motivos que justificaban la ruptura del compromiso y que comportaban únicamente la restitución de las arras recibidas, siendo éstos: el comportamiento deshonesto o desordenado del prometido; profesar una religión o pertenecer a una secta distinta a la de la prometida y, ser impotente.

A los anteriores se podían añadir otros cuando fueran justos, pero la justa causa de disolución debía ser verificada después del compromiso, debido a que, si preexistía, su desconocimiento debía ser probado, tanto por la prometida si era *sui iuris* como por los progenitores o ascendientes paternos si era *alieni iuris*, ya que en caso contrario estaban obligados a restituir las arras recibidas al *duplum* [C. I. 5, 1, 5, 4-5 (Impp. Leo et Anthem. AA. *Erythrio PP*)]. En definitiva, se tiene en cuenta la ignorancia de la prometida si era *sui iuris* y, la de los progenitores o ascendientes paternos si era *alieni iuris*.

Por tanto, la anulación del compromiso con causa justificada comportaba que las arras que el prometido otorgaba a la prometida *sui iuris* o, a sus progenitores o ascendientes paternos si era *alieni iuris*, únicamente se restituyesen. Mientras que en caso de disolución del compromiso injustificado o, con constancia de la existencia de un motivo justo de dispensa, si se acordaba el compromiso arral éstas debían restituirse al doble de su valor.

Además, esta disciplina dictada para el supuesto de disolución del compromiso de la prometida también era válida para el prometido. En este sentido, si el prometido había recibido las arras dadas por la prometida, era sometido a su restitución en *simplum* o en *duplum*, según anulara el compromiso con o sin causa justificada [C. I. 5, 1, 5, 5 (Impp. Leo et Anthem. AA. *Erythrio PP*)], mientras que si tras haber dado las arras a la prometida, disolvía el compromiso en función de la existencia o no de causa justificada, quedaba obligado a restituir las al *duplum* o a perderlas.

Esta disciplina podía ser modificada por las partes en caso de disolución del compromiso arral. De modo que en caso de anulación del compromiso –sin motivo– por quien había recibido las arras, se podía concretar en lugar del pago de una multa al doble del valor de las arras, en el pago del cuádruplo del valor

de éstas –se vuelve a la pena vigente en el tiempo de Teodosio–. Esta estipulación que podía tener lugar si las partes así lo habían pactado –ya que era lícito pactar de común acuerdo el pago– limitaba la libertad matrimonial.

La introducción en el Derecho romano del compromiso arral dio lugar al reconocimiento de la legalidad de la estipulación penal. Si bien, esta consecuencia que indudablemente socavaba el principio clásico de la libertad del matrimonio sería salvada por León que, con la finalidad de salvaguardar dicho principio, concluyó esta Ley en su último párrafo, reiterando la ilicitud y la nulidad de la estipulación penal, ya que la facultad para celebrar las nupcias debía ser en todo momento libre. En este sentido, Volterra (1991b, p. 109) establece que: “Così nel campo degli sponsali si dichiara valida la perdita delle arrhae [...] ma nello stesso tempo si cerca di conservare la norma che vieta la stipulazione penale e si continua a proclamare il principio che nessuno può essere costretto contro la sua volontà al matrimonio”.

En definitiva, las innovaciones que presenta esta Ley fundamentalmente se concretan en: reducir al duplo la pena del cuádruplo; elevar el límite de edad de la prometida respecto del pago de la pena y, reconocer justas causas eximentes del pago o, de la pérdida de las arras esponsalicias.

#### **d) Los Cambios Introducidos por León**

Como ya se ha anunciado, la Constitución de León y Antemio [C. I. 5, 1, 5] (año 472 d.C.), derogó completamente la disposición de los Emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio [C. Th. 3, 5, 11] (año 380 d.C.), dando un nuevo ordenamiento de las *arrahae sponsaliciae*. Constitución con la que se reduce la pena por ruptura de los esponsales del cuádruplo al duplo y, establece una serie de casos en los que era lícito la disolución sin culpa del compromiso.

En particular, este texto sometido durante mucho tiempo a una acusada investigación crítica por parte de la doctrina sería concluyente en que el conjunto de la nueva disposición no fue obra de León, sino de Justiniano, atribuyéndose a este último la reducción tanto de pena al *duplum* como la introducción de la *iusta causa* de disolución del compromiso, con la única excepción de la diversidad de religión, considerada como la única *iusta causa* admitida por León. Esta diversidad de religión se encontraba referida al compromiso formalizado entre cristianos y no cristianos, debido a que en otra Constitución de estos mismos emperadores del año 472 d. C., se mencionaba como única *iusta causa* de disolución solamente la *religionis diversitas* [C. I. 1, 4, 16 (Impp. Leo et Anthem. AA. *Erythrio PP*)] (KRÜGER, 1954, p. 41).

En este sentido, la doctrina abogaba por que esta Constitución [C. I. 1, 4, 16] fue posiblemente la Constitución originaria de León, en el entendido de que la *subscriptio* de la Constitución que falta en el manuscrito del Código fue reconstruida de la *Lex gemitata*.

Constitución de la que los Compiladores Justinianos extraerían la contenida en [C. I. 5, 1, 5], presentada como una reelaboración de diversos actos legislativos y que, a diferencia de la anterior, presentaba un mayor número

de *iustae causae* y, admitía una cláusula general que reconocía cualquier otra *iusta causa*. Así se desprende de la frase: “[...] *in vel post arras datas aliqua iusta causa poenitentiae intercesserit*”.

Por otra parte, de la comparación de ambas, una posible adición de los Compiladores Justinianos podría ser el inciso *vel sectae* que en el [C. I. 5, 1, 5, 3] sigue de forma inmediata a la mención de la diversidad de religión *propter [...] aut religionis vel sectae diversitatem* [C. I. 5, 1, 5, 3 (Impp. Leo et Anthem. AA. Erythrio PP)] y, que no figura en la Constitución [C. I. 1, 4, 16], en la que únicamente se lee *propter religionis diversitate*, presentada bajo la rúbrica: *De episcopali audientia, et de diversis capitulis, quae ad ius curamque et reverentiam pontificalem pertinent* y, donde se encuentran recogidas las normas que son competencia de la Jurisdicción eclesiástica.

En este sentido, no se comprende por qué este motivo *vel sectae* no se menciona en el fragmento de la Ley [C. I. 1, 4, 16], salvo que su inclusión en [C. I. 5, 1, 5, 3] fuera atribuida a los Compiladores de Justiniano –entre las distintas *iustae exusationis causae*–, lo que se justificaría en que si lo natural era que la disolución del compromiso –entre cristiano y no cristiano– por diversidad de religión era de atribución única al Obispo, a mayor razón éste debía ser competente para juzgar un compromiso entre dos cristianos, de los cuales uno era ortodoxo y el otro no.

De lo anterior, Volterra (1991b, p. 103) observa que esta norma fue acordada en la época de León y Antemio. Asimismo, el matrimonio contraído entre cristianos y hebreos estaba prohibido por una Constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio [C. Th. 3, 7, 2] del año 388 d. C., pero hasta Justiniano realmente no hay en la legislación laica ninguna mención a las prohibiciones de matrimonios entre cristianos ortodoxos y herejes. De forma que el inciso *vel sectae* contenido en la [C. I. 5, 1, 5, 3] que constituye un justo motivo de disolución de esponsales entre cristianos ortodoxos y herejes, habría sido añadido por los Compiladores Justinianos. Mientras que, por el contrario, Astolfi (1994, p. 195), matiza que Justiniano únicamente prohibía el matrimonio formalizado entre cristiano y hereje. Por lo que los Compiladores de Justiniano si hubiesen añadido en [C. I. 5, 1, 5, 3] el término *vel sectae*, también lo habrían añadido en [C. I. 1, 4, 16], atribuyendo dicha competencia de forma coherente al Obispo, lo cual no tuvo lugar. De esta forma esta presunta añadidura en [C. I. 5, 1, 5, 3] del término *secta* –posicionado junto al término *religio*– que no aparece en [C. I. 1, 4, 16], es excluida por este último autor, demostrando que *religio* en [C. I. 1, 4, 16] asume un significado distinto.

A mayor abundamiento, recientes estudios evidencian la existencia de numerosas especulaciones respecto de la interpolación del fragmento. Se reconoce que la Constitución [C. I. 5, 1, 5] fue obra de León, así como la inserción sucesiva de algunas expresiones y su retoque en varios puntos por los Compiladores Justinianos (vid. VOLTERRA, 1991c, p. 3 y ss.; VOLTERRA, 1991b, p. 93 y ss.; VOLTERRA, 1991e, p. 125 y ss.). Se atribuye a León y no a Justiniano la reducción de la pena al *duplum* y, la introducción de las *iustae excusationis causae*.

La reducción al *duplum* de la cantidad de la pena, en relación con la fijada en el *quadruplum* [C. Th. 3, 5, 11] ha sido objeto de repetidas discusiones

doctrinales fundadas sobre la teoría de Riccobono, quien tras elaborar un análisis crítico de [C. I. 5, 1, 5], concluyó que la reforma referida a la cantidad de la pena se debía atribuir a Justiniano. Frente a esta teoría, Volterra (1991b, p. 93 y ss. y p. 103) con válidos argumentos ha demostrado la paternidad leonina de la pena del *duplum*, que además se confirma con algunos indicios recabados de la comparación de [C. I. 5, 1, 5] con otras leyes.

De lo anterior, se justifica la afirmación que sostiene que, la Constitución originaria –que también es la general– era la enunciada en [C. I. 5, 1, 5] y, no la especial reproducida en [C. I. 1, 4, 16] y, por tanto, sería de los parágrafos 3-5 contenidos en [C. I. 5, 1, 5] de donde se extrajo por los Compiladores del Código –aunque de forma algo descuidada, debido a que en [C. I. 5, 1, 5] se mencionan más causas justificadas de disolución del compromiso– la *Lex geminata* [C. I. 1, 4, 16], atribuyéndose al Obispo la competencia exclusiva para juzgar la diversidad de religión.

Punto en el que, Astolfi (1994, p. 194) establece que “il § 4 comincia: [...] *sin vero horum ignari sponsalicias arras susceperint* [...]. Il genitivo plurale *horum* fa riferimento alle varie cause di giustificazione, elencate nel precedente §3; la Costituzione [C. I. 1, 4, 16] ne menziona, invece, una sola causa: la diversità di religione. Tuttavia i Compilatori Giustinianeï hanno copiato letteralmente l’inizio di [C. I. 5, 1, 5, 4] e hanno mantenuto, con incongruenza, il plurale *horum*”. Y, por su parte, Fayer (1994, p. 133) añade que “con il plurale *horum* contrasta anche [...] l’espressione *talis causa poenitentiae intercesserit, obe talis* [...] si riferisce evidentemente all’unica iusta excusationis causa menzionata in [C. I. 1, 4, 16], ossia la *religionis diversitas*; in [C. I. 5, 1, 5, 4] si legge giustamente: *aliqua iusta causa poenitentiae intercesserit*”.

Por otra parte, este elenco en el que se enumeran las *iustae excusationis causae* y, que tiene carácter meramente ejemplificativo (MASSEI, 1940, p. 148), debido a que se podían adoptar cualesquiera otros motivos o causas, cuando fuesen lícitos y razonables, se justifica en que León, tras indicar las justas causas de disolución del compromiso, admitió con las expresiones *vel ob aliam iustam excusationis causam* [C. I. 5, 1, 5, 3 (Impp. Leo et Anthem. AA. *Erythrio PP*)] y *vel post arras datas aliqua causa paenitentiae intercesserit* [C. I. 5, 1, 5, 4 (Impp. Leo et Anthem. AA. *Erythrio PP*)] una causa general de desistimiento, por la que cualquier motivo que fuera lícito podía justificar la disolución sin culpa de los esponsales.

En este sentido, conviene puntualizar que se discute por la doctrina si esta declaración final se ha de atribuir a León o a Justiniano. La doctrina mayoritaria sostiene que la causa general de disolución no fue introducida por León, sino por Justiniano. En este sentido, Riccobono (1900, p. 193) establece que “teniendo en cuenta que la Constitución originaria de León era la más sencilla contenida en [C. I. 1, 4, 16], donde no se menciona una causa general de disolución, y de ésta los Compiladores Justinianeos habrían elaborado la Constitución [C. I. 5, 1, 5], donde el parágrafo 3 si menciona tal causa, es por ello por lo que se atribuye a los Compiladores la introducción de una *generalis iustae causa excusationis*”. También, Volterra (1991b, p. 117 y ss.) entiende que “la frase *vel ob aliam iustam excusationis causam* fue añadida por los Compiladores de Justiniano, pero la refiere no a una causa general de disolución, sino a

aquellas otras justas causas, es decir, a las restantes admitidas en el Derecho Justiniano y que no se mencionan en [C. I. 5, 1, 5], de ahí la imposibilidad de admitir *iustae causa* diferentes a las establecidas en el Código”. Por el contrario, sobre la admisión de que León hubiese previsto una causa general de disolución sin culpa del compromiso arral (vid. MASSEI, 1940, p. 151 y ss.; ASTOLFI, 1994, p. 196).

De modo que la ruptura de los esponsales en sí misma no se encontraba penada, sino que era necesario que se realizara sin motivo alguno.

En síntesis, esta disposición interpretada por el Emperador León como un intento de evitar vulnerar lo menos posible el principio clásico de la libertad matrimonial –es decir, nadie puede ser obligado en contra de su voluntad a contraer matrimonio–, también se encontraba apoyada por la frase final de la Constitución originaria, debido a que ésta última aparecía más como una petición de un principio que como el reflejo de una situación real, puesto que la disolución de los esponsales fuera de las justas causas era penado, debido a que las arras sponsalicias funcionaban como una pena gravosa.

### **e) El Derecho Justiniano y, la Regulación de las Arrhae Sponsaliciae**

Justiniano no introdujo ninguna novedad relevante al instituto de la *arrhae sponsaliciae*, cuyo régimen se encontraba basado en la disposición establecida por León y Antemio, sino que únicamente se limitó a añadir al elenco previsto por aquéllos una nueva causa que justificaba la disolución de los esponsales. Esta causa se concretaba en la elección de la vida monástica por parte de uno de los prometidos.

Esta Constitución recuerda que en el pasado a continuación de dadas y recibidas las *arrhae*, si uno de los prometidos quería consagrarse a la vida monástica, era obligado en caso de que se tratase del prometido, a perder todo cuanto hubiera dado a título de *arrhae* y, en el supuesto de la prometida a restituir al doble las arras recibidas. Justiniano reconoce como justa causa de disolución de los esponsales la vocación religiosa, por la que, si un prometido o prometida deseaba renunciar a *saeculari conversatione* para entrar en un monasterio, él recuperaba todo lo que a título de *arrhae* hubiera dado en previsión del futuro matrimonio, y ella debía restituir lo que hubiera recibido, sin incurrir en la pena del *duplum*.

[C. I. 1, 3, 54 (56) (Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.)]: Deo nobis auxilium praebente omnia, quae pro honore sanctae catholicae ecclesiae ad dei placitum fieri properamus, legibus constituere et operibus adimplere desideramus. -1. Et iam quidem multa cum eius auxilio statuimus, quae ecclesiasticae doctrinae statui conveniunt, in praesenti autem hoc pia deliberatione duximus corrigendum, quod hactenus contra dei timorem fiebat. -2. Cognitum etenim nobis est, quod, si quis sponsus vel sponsa post datas aut acceptas arras voluisset se divino deputare servitio et a saeculari conversatione recedere ac sanctimoniam vitam vivere atque in dei timore permanere, compellebatur vir quidem ea quae arrarum

nomine dederat amittere, sponsa vero duplum id quod acceperat reddere. Quod nostrae mansuetudini satis religioni esse contrarium visum est. -3. Unde per praesentem legem in perpetuum valituram iubemus, ut, si quis sponsus vel sponsa desideraverit saeculi istius vitam contemnens in sanctimonialium conversatione vivere, sponsus quidem omnia, quae arrarum nomine futuri causa coniugii dedisset, sine ulla imminutione recipiat, sponsa autem non duplum, sicut hactenus, sed hoc tantum sponso restituat, quod arrarum acceperat nomine, et nihil amplius reddere compellatur, nisi quod probata fuerit accepisse. -4. Nam et maritis et uxoribus qui saeculo renuntiant iam anteriore lege a nobis provisum est, ut, sive maritus sive uxor religionis causa a coniugio recesserit et solitariam vitam elegerit, unusquisque eorum res suas recipiat, quas vel pro dote vel ante nuptias donatione praestiterat, et hoc tantummodo lucri nomine consequatur ab eo qui solitariam vitam elegerit, quod debuit legitime vel ex pacto per casum mortis exigere (KRÜGER, 1954, p. 148). Trad.: -1. Dios auxilio, deseamos establecer en las leyes, y completar con obras, todo lo que en honor de la santa iglesia católica nos apresuramos á que se haga cónforme á la voluntad de Dios. -2. Y ya ciertamente hemos establecido con su auxilio muchas cosas, que convienen al estado de la doctrina eclesiástica; pero al presente hemos considerado con piadosa deliberación, que debe corregirse lo que hasta ahora se hacia contra el temor de Dios. Porque ha llegado á nuestro conocimiento, que si algún esposo, ó una esposa, hubiese querido, después de dadas y de recibidas las arras, dedicarse al servicio divino, y apartarse del trato secular, y vivir, vida consagrada á la religión, y permanecer en el temor de Dios, el ciertamente compelido el varón á perder lo que había dado á titulo de arras, y la esposa á devolver en el duplo lo que habla recibido. Lo que á nuestra mansedumbre le ha parecido que es contrario á la religión. Por lo que, por la presente ley perpétuamente valedera mandamos, que si algún esposo ó una esposa hubiere deseado despreciar la vida de este siglo, y vivir en el trato de los consagrados á Dios, recobre, á la verdad, el esposo, sin disminución alguna, todo lo que hubiese dado á titulo de arras por causa del futuro matrimonio, y la esposa restituya al esposo no el duplo, como hasta aquí, sino tan solo lo que había recibido á titulo de arras, y no sea compelida á devolver nada más, sino lo que se hubiere probado que recibió. Porque respecto á los maridos y á las mujeres, que renuncian al siglo, ya en una ley anterior se proveyó por nosotros, que, ora si el marido, ora si la mujer, se hubiere separado del matrimonio por causa de religión, y hubiere elegido la vida solitaria, recobre cada uno de ellos sus propios bienes que habia aportado en dote ó por donación antes del matrimonio, y por razón de lucro obtenga del que hubiere elegido la vida solitaria tan solamente lo que legítimamente ó por pacto debió exigir por caso de muerte (GARCÍA DEL CORRAL, 1892, p. 87).

Por otra parte, la Legislación de Graciano, Valentiniano y Teodosio [C. Th. 3, 6, 1 (Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. *Eutropio P(raefecto) P(raetorio)*], relativa al compromiso entre una mujer de provincia y un funcionario provincial, fue sustancialmente mantenida por Justiniano en [C. I. 5, 2, 1], quien aportó algunas modificaciones –por ejemplo: la reducción de la pena del cuádruplo al duplo–. Por ello, a la mujer de provincia prometida con un funcionario provincial o con su hijo, pariente o dependiente se le permitía, cuando el funcionario hubiera sido utilizado para celebrar el compromiso, disolver los esponsales sin incurrir en la pena del cuádruplo, así como retener las *arrhae* recibidas.

En síntesis, en el Código Justiniano [C. I. 5, 1, 2 (Imp. Const. A. Et Const. C. Ad Pacatianum PU)] también se encuentra reproducida la Constitución de Constantino [C. Th. 3, 5, 4], que consideraba como justa causa de disolución del compromiso el trascurso de dos años desde que se efectuó aquél, siempre que el matrimonio no hubiese sido celebrado. A esto se añade la condición de que ambos prometidos residiesen en la misma provincia, ya que se antepone al verbo *spersederit*, la expresión *in eadem provincia degens*. Por tanto, para que este motivo tuviese la consideración de justa causa era necesario que el prometido que hubiera aplazado la celebración del matrimonio –por más de dos años–, hubiera residido durante ese tiempo en la misma provincia de la prometida, debido a que en caso de que éste se hubiese trasladado a otra provincia, estos dos años no eran suficientes para justificar la ruptura de los esponsales.

Por cuanto atañe a la regulación de las *arrhae sponsaliciae*, conviene tener presente que lo previsto por esta Constitución y las distintas interpolaciones que fueron realizadas por los Compiladores de Justiniano –tanto en los fragmentos del Digesto como en las Constituciones del Código Teodosiano– reproducidas posteriormente en el Código Justiniano, han permitido elaborar un esquema de cómo el Derecho Justiniano reguló la institución de las *arrhae sponsaliciae*, en el siguiente sentido:

a) La disolución del compromiso arral era legalmente válida, pero estaba castigada con la pérdida de las arras recibidas o con el pago de éstas al *duplum*.

b) En caso de disolución sin justa causa, aunque se encontraban exentos de la pena del *duplum*, quedaban obligados a la simple restitución de las arras recibidas, tanto los progenitores de la prometida –menor de veinticinco años de edad– que de forma conjunta o separada hubieran aceptado las *arrhae* por la hija, como la prometida *sui iuris* menor de veinticinco años de edad y, la viuda, con independencia de que las arras hubieran sido aceptadas personalmente por ella; por su tutor pupilar; curador o, por cualquier otra persona [C. I. 5, 1, 5 (Impp. Leo et Anthem. AA. *Erythrio PP*)].

Asimismo, tampoco era de aplicación la pena del *duplum* en el supuesto de matrimonio prohibido por un impedimento previsto por la Ley o, en el caso de que, tras la aceptación de las *arrhae*, hubiera intervenido una de las siguientes *iusta excusationis causa*: impotencia absoluta; vida inmoral y escandalosa; diversidad de religión o secta [C. I. 5, 1, 5, 2-3 (Impp. Leo et Anthem. AA. *Erythrio PP*)]; elección de la vida monástica por parte de uno de los prometidos [C. I. 1, 3, 54 (56) (Imp. Iust. A. *Iohanni PP*)] o, la cualidad de *praeses* de la provincia en la que está domiciliada la prometida o relaciones de parentela o de servicio con el *praeses* [C. Th. 3, 6, 1 = C. I. 5, 2, 1 (Impp. Dioclecianus et Maximianus AA. *Et CC Bianori*)]. A excepción de este último motivo, el resto de los motivos debían verificarse o poner en conocimiento de la parte interesada tras la celebración del compromiso.

c) En caso de disolución del compromiso sin causa justa, eran obligados a la restitución de las arras recibidas al *duplum*, tanto la prometida *sui iuris*

que hubiese cumplido los veinticinco años de edad u obtenido la *venia aetatis*, como los progenitores –separada o conjuntamente– de la prometida mayor de veinticinco años de edad, que tras la recepción de las *arrahae* en nombre de la hija impidiesen la celebración del matrimonio y, en su caso, los ascendientes paternos para el caso de nietos y biznietos [C. I. 5, 1, 5, 1 (Impp. Leo et Anthem. AA. *Erythrio PP*)].

d) Finalmente, en caso de fallecimiento de uno de los prometidos, las *arrahae* recibidas se debían restituir, con la salvedad de que el donante –todavía vivo– no hubiese dado a la contraparte motivo de disolución de los esponsales [C. I. 5, 1, 3 (Imppp. Grat. Valentin. et Theodos. AAA. *Eutropio PP*)], permitiéndose acordar la pena del cuádruplo para el caso de disolución de los esponsales, cuando existiera el mutuo consenso de los prometidos.

### **f) Los Efectos de los Esponsales en el Derecho Postclásico-Justiniano**

En la época postclásica y justiniana, por influencia cristiana, se atribuyeron a los esponsales importantes efectos jurídicos, equiparándose en algunos aspectos los prometidos a los cónyuges. Dichos efectos se resumen en las consecuencias jurídicas siguientes:

a) La relación sexual con la prometida de otro era considerada adulterio.

En Derecho clásico, el prometido no era admitido a la *accusatio* privilegiada *iure mariti vel patris* contra la prometida que hubiera tenido relaciones sexuales con otros, sino solo y como cualquier persona a la *accusatio publica iure extranei*, lo que justificaba que al prometido no se le reconociera en esta época ningún derecho especial en razón de la relación de esponsales con la culpable y que no existiera ninguna equiparación de los *sponsi* a los cónyuges, puesto que no tenía la consideración de adulterio la infidelidad de la prometida, sino de *stuprum*, es decir, como cualquier relación sexual de persona no unida en matrimonio.

En Derecho Justiniano, los pasajes insertos en la Compilación adquieren un significado diferente al originario –debido a la abolición de la acusación pública (introducida por la *Lex Iulia de adulteriis*) por *adulterium* y por *stuprum*– al restringirse el derecho de perseguir el delito al marido de la culpable y a sus parientes próximos. De forma tal, que en esta época únicamente interesa saber quién podía intentar la *accusatio adulterii*. Así, como con el pasaje contenido en [D. 48, 5, 14, 3] se afirma la facultad del *sponsus*, concediéndose desde el punto de vista de Justiniano, un privilegio al prometido al situarlo en idéntico plano del marido, frente a los demás ciudadanos [D. 48, 5, 7 (Marcianus, *libro decimo institutionum*)] y, [C. I. 9, 9, 7 pr. (Imp. Alex. A. *Herculano*)].

b) Se consideraba parricidio el asesinato del prometido o prometida, de los futuros suegros o, yerno y nuera, que tuviera lugar por obra de uno de ellos [D. 48, 9, 3 (Marcianus, *libro 14 institutionum*)].

c) Los esponsales constituían un impedimento para el matrimonio entre uno de los ex prometidos y los ascendientes y descendientes del otro [D. 23, 2, 12, 1-3 (Ulpianus, *libro 26 ad Sabinum*); [D. 23, 2, 14, 4 (Paulus, *libro 35 ad edictum*)].

d) El magistrado de provincia tenía la facultad de tomar como mujer a la provincial sometida a su jurisdicción con la que había establecido esponsales antes de asumir su oficio [D. 23, 2, 38, 1 (Paulus, *libro secundo sententiarum*)].

e) Si los esponsales habían sido concluidos antes del nombramiento del prometido como tutor o curador de la prometida, el matrimonio se podía celebrar igualmente [D. 23, 2, 36; D. 48, 5, 7; D. 23, 2, 66].

f) Algunos impedimentos establecidos para el matrimonio fueron extendidos a los esponsales, tales como la prohibición por parte del hijo del tutor de prometerse con la pupila del padre [D. 23, 1, 15 (Modestinus, *libro singulari de enucleatis casibus*); [23, 2, 60, 5 (Paulo, *libro singulari ad Orationem Divi Antonini et Commodi*)] o, a los senadores con las hijas de libertos o mujeres dedicadas al teatro [D. 23, 1, 16 (Ulpianus, *libro tertio ad legem Iuliam et Papiam*)].

### III CONCLUSIONES

Los antecedentes más conocidos de esta institución se encuentran en el Derecho romano, donde la figura de los esponsales evoluciona al tiempo que el sistema jurídico se flexibiliza. Así y, por lo que concierne al presente estudio en la época posclásica, presenta especial relevancia el hecho de que desapareciese el principio de libertad de incumplimiento. De modo tal que, aunque los efectos jurídicos de los esponsales aumentan de forma considerable, atisbandose una aproximación al matrimonio, lo cierto es que no llegaron a equipararse. Por su parte, se consolida la práctica de las *arrahae sponsaliciae*, consistentes en sumas de dinero –u otros bienes– que los prometidos se intercambiaban en prueba y garantía de la promesa celebrada.

A mayor abundamiento, se origina un cambio sustancial en la restitución de las donaciones en caso de inexistencia de consentimiento necesario para la celebración del matrimonio y se admite, de nuevo, una sanción patrimonial como consecuencia del incumplimiento de la promesa de futuro matrimonio. Sin embargo, este régimen será modificado por Constantino en caso de mediar *ósculo interveniente* en los esponsales, al atribuírsele importancia jurídica.

Finalmente, en la época de Justiniano será causa justificativa de la disolución de los esponsales la elección por uno de los promitentes de la vida monástica. Serán incorporados algunos detalles sobre la reducción de la pena y, se estimará como justa causa de disolución del compromiso el transcurso de dos años sin la celebración del matrimonio prometido. En especial, cabe subrayar

los importantes efectos jurídicos imputados a los sponsales equiparándose, en algunos extremos, los promitentes a los cónyuges. En buena lógica, esta simetría de consecuencias patrimoniales y penales sustenta la aplicación a los promitentes de los impedimentos establecidos para el matrimonio.

## REFERENCIAS

ABAD ARENAS, Encarnación. **La ruptura de la promesa de matrimonio**. Madrid: Marcial Pons, 2014.

ARANGIO-RUIZ, Vicencio. **Instituzioni di diritto romano**. 14. edizione riveduta ristampada anastatica. Napoli: Jovene, 1989.

ASTOLFI, Riccardo. **Il fidanzamento del diritto romano**. 3. ed. Milano: Milani, 1994.

BALESTRI FUMAGALLI, Marcella. Voce “sponsali (diritto romano)”. In: **Enciclopedia del Diritto**, n. 43, Milano: Giuffrè, 1990. p. 500 a 509.

BERNARD MAINAR, Rafael. **Derecho romano**: curso de derecho privado romano. Caracas: Ed. Universidad Católica Andrés Bello, 2001.

BIONDI, Biondo. **Il diritto romano cristiano**: la famiglia: rapporti patrimoniali. v. 3. Milano: Diritto Pubblico, 1954.

BRANDILEONE, Francesco. Contributo alla studio della subarrhatio. In: **Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia**. Milano, 1906. p. 401-433.

BRANDILEONE, Francesco. Contributo alla studio della subarrhatio. In: **Studi per il cinquantésimo anno d'insegnamento di Enrico Pessina**, Napoli, v. 3, 1899. p. 229-258.

FAYER, Carla. **La familia romana**: aspetti giuridici ed antiquari. t. II. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1994.

FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino; PARICIO SERRANO, Javier. **Fundamentos de derecho privado romano**. 4. ed. Madrid: Paideia, 2000.

FERRETTI, Paolo. La restituzione dei doni fatti a causa della promessa di matrimonio in una prospettiva storico-comparatistica. In: **Annali dell'Università di Ferrara**, Sezione Giuridica Nuova Serie, Ferrara, v. XI, p. 223-242, 1997.

FERRETTI, Paolo. **Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano**. Milano Giuffrè, 2000.

FERRONI, Arnoldi. **In consuetudines burdigalensium**: commentariorum Libri duo. Lugduni, 1585.

GAUDIMET, Jean. L'originalité des fiançailles romaines. En: **IVRA, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antigo**, Naples, Ed. Jovene, 1955.

GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. **Cuerpo del derecho civil romano**, a doble texto, traducido al Castellano del Latino, publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Idelfonso García del Corral, segunda parte, revisado del texto latino por Emilio Bermann, Código. Valencia, n. 378, Barcelona: Jaime Molinas, 1892.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. **Derecho privado romano**: casos, acciones, instituciones. 16.<sup>a</sup> ed. revisada. Madrid: Ed. Académicas, 2008.

GELIO, Aulo. **Noches áticas**. Índices y traducción y notas de los libros I, IV y V por Jesús María Nieto Ibáñez, traducción general y traducción y notas de los libros II y III por Carmen Barrigón Fuentes, Edición de Santiago López Moreda. Madrid: Akal/Clásica, 2009.

GOTHOFREDUS, Iacobus. **Codex theodosianus**. Lipsia, 1736.

HÄENEL, Gustavus. **Codices gregorianus hermogenianus theodosianus**. In: HAENEL, Gustavus (Ed.). Supplementum. Insunt constitutiones aliquot novae codicis theodosiani, novellae constitutiones et XVIII constitutiones, quas sirmondus edidit. Bonae: Adolphum Marcum, 1842-1844.

KRÜGER, Paulus. **Corpus iuris civilis**: codex iustinianus: recognovit et retractavit Paulus Krüger. Volumen Secundum/Band II. Weidmann, 1997, Berlin: Hildesheim, 1954.

LUCIEN, Anné. **Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le bas-empire**. Desclée, Brouwer: L'Universite Louvain, 1941.

MASSEI, Maria Alessandra. Sulla L. 5 Cod. de spons. 5,1. In: **BIDR**, n. 47, n. 6, p. 148-153, 1940.

RICCOBONO, Salvatore. Arra sponsalicia secondo la const. 5 Cod. de sponsalibus V-1. In: **Scritti di diritto romano**. v. I. Palermo, 1957. p. 177-186.

RICCOBONO, Salvatore. Arra sponsalicia secondo la const. 5 Cod. de sponsalibus V-1. In: **Studi in onore di F. Peperè**. Napoli, 1900. p. 191 a 198.

TAMASSIA, Giovanni. **Osculum interveniens**: contributo alla storia dei riti nupziali. Turin, 1885.

TORRENT RUIZ, Armando José. **Manual de derecho privado romano**. Zaragoza: General, 1987.

VARRÓN, Terencio, Marco. **De lingua latina**. Introducción, traducción y notas de Manuel-Antonio Marcos Casquero. Edición bilingüe. Madrid: Antropos, 1990.

VOCI, Pasquale. Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano. In: VOCI, Pasquale (Coord.). **Studi di diritto romano**. Padova: Cedam, 1985. p. 465 a 543.

VOCI, Pasquale. **Studi di diritto romano**: pubblicati a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, II. Padova: Cedam, 1985.

VOLTERRA, Eduardo. Il Pap. Oxyrhynchus 129 e la L. 5 C. De spons. 5.1. In: **Scritti giuridici**. I. Famiglia e successioni, con una nota di Mario Talamanca. Napoli: Jovene, 1991d. p. 537-542.

VOLTERRA, Eduardo. **Instituciones de derecho privado romano**. Traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez. Madrid: Civitas, 1986.

VOLTERRA, Eduardo. Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano. In: **Scritti giuridici**. I. Famiglia e successioni, con una nota di Mario Talamanca. Napoli: Jovene, 1991a. p. 339-420.

VOLTERRA, Eduardo. Studio sull'arrha sponsalicia [I]. In: **Scritti giuridici**. I. Famiglia e successioni, con una nota di Mario Talamanca. Napoli: Jovene, 1991c. p. 3-92.

VOLTERRA, Eduardo. Studio sull'arrha sponsalicia [II]. In: **Scritti giuridici**. I. Famiglia e successioni, con una nota di Mario Talamanca. Napoli: Jovene, 1991b. p. 93-124.

VOLTERRA, Eduardo. Studio sull'arrha sponsalicia [III]. In: **Scritti giuridici**. I. Famiglia e successioni, con una nota di Mario Talamanca. Napoli: Jovene, 1991e. p. 125-218.

VOLTERRA, Eduardo. Voce “sponsali”. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. v. XVIII. Torino: Torinese, 1971. p. 34 a 37.

VOLTERRA, Eduardo. Voce “arrha sponsalicia”. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. v. II. Torino: Torinese, 1968. p. 1.003 a 1.004.

Submissão em: 28 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 3 de setembro de 2021

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

ABAD ARENAS, Encarnación. La época postclásica del derecho romano: regulación y consolidación de las arrhae sponsaliciae. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 3, p. 91-128, set.-dez. 2021.

## NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES RECIBIDOS EN HERENCIA POR FUNDACIONES CANÓNICAS Y SU ENAJENACIÓN

FRANCISCO JOSÉ CARDONA VIDAL<sup>1</sup>

### RESUMEN

La cuestión se centrará en determinar la naturaleza jurídica de los bienes recibidos en herencia por una Fundación Canónica y una vez determinada analizar la aplicación de los cc. 1.291 al 1.294 del Código de Derecho Canónico de 1983 en caso de enajenación de estos. El concepto de patrimonio estable de cualquier persona jurídica consiste en un conjunto de bienes identificados por la autoridad eclesiástica y sujetos a disciplina jurídica.

**Palabras-clave:** Fundación Canónica, Iglesia Católica, Derecho Canónico, Patrimonio Estable, Patrimonio Temporal.

### ABSTRACT

The question will focus on determining the legal nature of the goods received in inheritance by a Canonical Foundation and once determined to analyze the application of cc. 1,291 to 1,294 of the Code of Canon Law of 1983 in case of alienation of these. The concept of stable assets of any legal person consists of a set of assets identified by the ecclesiastical authority and subject to legal discipline.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Canónico por la Universidad San Dámaso de Madrid y abogado del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de Madrid. Juez del Tribunal Eclesiástico de Sant Feliu de Llobregat (Barcelona, España), Cursos de doctorado realizados en la Universidad Pontificia de Salamanca. Licenciado en Derecho Canónico por la Pontificia Universidad de Santo Tomás de Aquino de Roma. Bachelor de Teología por la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma. Licenciado en Filosofía por la Universidad de Navarra. Ex Vicario Judicial de la Diócesis de Menorca, ex juez del Tribunal Eclesiástico de Mallorca. Ex director de estudios del Seminario de la Diócesis de Menorca y ex profesor de Filosofía del ciclo institucional (Estudios rango universitario). Ex profesor de bachillerato en los IES Biel Martí, M. A. Cardona y J. M. Quadrado de Menorca y en el Col.legi Sant Pere de Mallorca. Profesor invitado Curso de práctica canónica en la Escuela Técnica Jurídica Law & Business School de Madrid. *e-mail:* fcarvid67@gmail.com

**Keywords:** Canonical Foundation, Catholic Church, Canon Law, Stable Patrimony, Temporary Patrimony.

“Señor, cinco talentos me entregaste; aquí tienes otros cinco que he ganado. Su Señor le dijo: Bien, siervo bueno y fiel; ya que has sido fiel en lo poco, voy a ponerte al frente de mucho” (Mt 25, 20-23)

## 1 INTRODUCCIÓN

La cuestión se centrará en determinar la naturaleza jurídica de los bienes recibidos en herencia por parte de las Fundaciones Canónicas y una vez determinada analizar la aplicación de los cc. 1.291 al 1.294 del Código de Derecho Canónico de 1983.

El concepto de patrimonio estable de cualquier persona jurídica consiste en un conjunto de bienes identificados por la autoridad eclesiástica y sujetos a disciplina jurídica.

En el vigente Código de Derecho Canónico el concepto de patrimonio estable no se encuentra definido explícitamente. De este modo la interpretación clásica desarrollada por la doctrina canónica cobra un mayor significado. Hay numerosos elementos de su regulación que hacen posible intentar acotarlo ya que la doctrina es bastante concorde en la descripción de la figura (cfr. SCHOUPE, 2007, p. 155-157).

El can. 1.530 del Código de 1917 lo define como “dotación permanente de bienes inmuebles y muebles que conforman la base económica necesaria para subsistir y operar”.

Como ya hemos dicho, la novedad del concepto patrimonio estable en el Código de Derecho Canónico de 1983 no significa que la doctrina canónica no se hubiera referido al patrimonio estable anteriormente.

López Alarcón (2001) ofrece una definición de patrimonio estable comúnmente aceptada:

Por patrimonio estable habrá que entender el integrado por bienes que constituyen la base económica mínima y segura para que pueda subsistir la persona jurídica de modo autónomo y atender los fines y servicios que le son propios; pero no hay reglas absolutas para fijar la noción de estabilidad de un patrimonio, ya que está en función, no solamente de la naturaleza y cantidad de los bienes, sino de las exigencias económicas que son necesarias para el cumplimiento de los fines, así como de la situación estacionaria o expansiva de la entidad en el ejercicio de su misión.

El patrimonio estable goza de una protección especial y puede formarse tanto con el patrimonio fundacional como con aportaciones posteriores, las que pudieran conservarse de éstas últimas se mantendrían en la propiedad de la persona jurídica como patrimonio estable (cfr. ZALBIDEA, 2007, p. 578). Pero aún así hay que conjugar la protección con la flexibilidad que en un determinado momento permite salvar la situación y conseguir la efectiva realización de los fines de la persona jurídica (cfr. GRAZIAN, 2003, p. 290).

Dichas adquisiciones posteriores al momento fundacional pueden tener diversas procedencias, las subvenciones públicas o privadas, los legados, las donaciones y, sobre todo y principalmente, las herencias. Las condiciones en que estos bienes patrimoniales son donados deben ser respetadas. Así si la donación se hace con un fin concreto de inversión debe cumplirse máxime si la condición es para el fin concreto de la Fundación.

Por todo ello es importante fijar algunos términos. Convertir patrimonio inmueble en mueble conlleva necesariamente la enajenación. Dicho concepto es clave del derecho patrimonial canónico. La definición de patrimonio estable hace referencia explícita a la subsistencia de la persona jurídica, pero de nada le sirve que perviva si no puede llevar a cabo sus fines. Es del todo necesario que el patrimonio eclesiástico esté más dominado por el fin que por la persona jurídica y por eso debe gozar de cierta independencia organizada, con una administración, disposición y controles conforme a normas preestablecidas que dirijan su actuación hacia la consecución de sus fines (cfr. ZALBIDEA, 2007, p. 556).

Sin embargo, no podemos obviar que las circunstancias financieras actuales requieren que los controles sobre la enajenación no se conviertan en obstáculos para una gestión de los bienes temporales de la Iglesia. Si de verdad se quiere conseguir llevar a cabo dichos fines será preciso que el sistema que proteja los bienes goce de una característica muy importante: evitar la pérdida de valor que generaría la inmovilidad total (cfr. GRAZIAN, 2003, p. 159-160). Pero no sólo se trata de evitar la devaluación, sino de gestionarlos de tal forma que se asegure una rentabilidad adecuada a dichos bienes y su naturaleza. Es la optimización de los recursos de los que la Fundación dispone para cumplir su finalidad y objeto.

La enajenación será el medio común para convertir en mueble el bien inmueble legado por medio de una herencia. El Derecho Canónico no controla cualquier enajenación, sino sólo aquellas de bienes del patrimonio estable que superen una determinada cantidad.

No siempre una donación de un bien de gran valor hace que éste pertenezca al patrimonio estable. En ocasiones, el objetivo de dicha donación es que los bienes entregados sirvan para el sostenimiento de una entidad, no para ser usados por esa persona jurídica. Es el caso, por ejemplo, de la donación a una parroquia de un inmueble en medio de una ciudad. En principio, no lo utilizará para finalidades directamente pastorales, pero puede alquilarlo o, incluso, venderlo y sufragar con lo obtenido algunas necesidades que reclama el mantenimiento ordinario del templo. En este caso, su consideración sería similar a la del dinero libre o circulante. En otras ocasiones el donante no manifiesta un destino para quienes rigen la

persona jurídica. La acumulación de excesivo inmobiliario que no ofrezca rentabilidad es, hoy en día, un riesgo para la viabilidad de las entidades. Por eso, es perfectamente posible que una enajenación de gran valor no pase a formar parte del patrimonio estable, sino que se dedique a conseguir fondos para la actividad ordinaria de dicha persona jurídica como patrimonio libre (ZALBIDEA, 2007, p. 582).

En efecto, no toda donación de gran valor entrará a formar parte del patrimonio estable, más aún si el donante especifica el objeto de la donación como es la inversión en alguna de las finalidades de la fundación. La situación particular de cada persona jurídica requiere un estudio de los bienes que son necesarios para asegurar la viabilidad. La naturaleza de los bienes, la situación financiera de la entidad, la voluntad de los donantes y los fines de la persona jurídica son algunos de los criterios para su determinación.

## **2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y CONSIDERACIONES**

Los estatutos de las fundaciones deben ser muy claros respecto de los contratos de enajenación tanto en un sentido como en otro y acomodarse a los dispuesto en los cc. 1.295 y 1.291-1.294 del Código de Derecho Canónico:

Can. 1.295:

Los requisitos establecidos en los cc. 1.291-1.294, a los que también se han de acomodar los estatutos de las personas jurídicas, deben observarse no sólo en las enajenaciones, sino también en cualquier operación de la que pueda resultar perjudicada la situación patrimonial de la persona jurídica.

Canon 1.291:

Para enajenar válidamente bienes que por asignación legítima constituyen el patrimonio estable de una persona jurídica pública y cuyo valor supera la cantidad establecida por el derecho, se requiere licencia de la autoridad competente conforme a derecho.

Canon 1.292:

**§ 1:** Quedando a salvo lo prescrito en el c. 638 § 3, cuando el valor de los bienes cuya enajenación se propone, se halla dentro de los límites mínimo y máximo que fije cada Conferencia Episcopal para su respectiva región, la autoridad competente se determina por los propios estatutos, si se trata de personas jurídicas no sujetas al Obispo diocesano; pero, si le están sometidas es competente el Obispo diocesano, con el consentimiento del consejo de asuntos económicos y del colegio de consultores así como el de los interesados. El obispo diocesano necesita también el consentimiento

de los mismos para enajenar bienes de la diócesis”.

**§ 2:** Si se trata, en cambio, de bienes cuyo valor es superior a la cantidad máxima, o de exvotos donados a la Iglesia, o de bienes preciosos, por razones artísticas o históricas, se requiere para la validez de la enajenación también la licencia de la Santa Sede.

**§ 3:** Si la cosa que se va a enajenar es divisible, al pedir la licencia para la enajenación deben especificarse las partes anteriormente enajenadas; de lo contrario, es inválida la licencia.

**§ 4:** Quienes deben intervenir en la enajenación de bienes con su consejo o su consentimiento, no han de darlos si antes no se les informó exactamente, tanto de la situación económica de la persona jurídica cuyos bienes se desea enajenar, como de las enajenaciones realizadas con anterioridad.

#### Canon 1.293:

**§ 1:** Para la enajenación de bienes, cuyo valor excede la cantidad mínima determinada, se requiere además:

**1.º** Causa justa, como es una necesidad urgente, una evidente utilidad, la piedad, la caridad u otra razón pastoral grave;

**2.º** Tasación de la cosa que se va a enajenar, hecha por peritos y por escrito.

**§ 2:** Para evitar un daño a la Iglesia deben observarse también aquellas otras cautelas prescritas por la legítima autoridad.

#### Canon 1.294:

**§ 1:** Ordinariamente una cosa no debe enajenarse por un precio menor al indicado en la tasación.

**§ 2:** El dinero cobrado por la enajenación debe colocarse con cautela en beneficio de la Iglesia, o gastarse prudentemente conforme a los fines de dicha enajenación.

La Conferencia Episcopal Española ha promulgado varios Decretos Generales de Normas Complementarias al Código de Derecho Canónico en materia de control de las enajenaciones de bienes eclesiásticos en la normativa particular española, en concreto nos interesa aquella que fija los límites mínimo y máximo. Dichos límites a tenor del can. 1.292 quedan fijados por la Conferencia Episcopal (cfr. CONFERENCIA, 1984, p. 103, art. 14, 2). Los límites establecidos en el I Decreto fueron modificados en dos ocasiones por la Conferencia Episcopal: la primera en la LIII Asamblea Plenaria (19-24 de noviembre de 1990), que recibió la *recognitio* de la Congregación de Obispos el 11 de abril de 1992 (cfr. CONFERENCIA, p. 151); y la segunda en la LXXXVII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española 20-24 de noviembre de 2006, que recibió la *recognitio* de la Congregación de Obispos el 7 de febrero

de 2007 y en la que finalmente y después de varias modificaciones quedaban fijados como límite máximo 1.500.000 euros y como límite mínimo 150.000 euros para que un obispo en España pueda autorizar una enajenación (cfr. CONFERENCIA, 2007, p. 3).

La normativa de la Conferencia Episcopal Española es sintética y precisa al regular el régimen especial de la enajenación. Sin embargo, no determina, al igual que la mayoría de las Asambleas de obispos, qué bienes forman el patrimonio estable.

La archidiócesis de Barcelona, en la regulación de los actos de administración extraordinaria, incluye la enajenación de bienes eclesiásticos, pero sin hacer referencia al patrimonio estable. Cuando tiene que hablar de las licencias lo hace con referencia a las cantidades y autoridades fijadas por el can. 1.292 pero nuevamente sin referencia al patrimonio estable (cfr. DECRET, 1986, p. 245-246).

La regulación de los actos de administración extraordinaria está toda ella dirigida a proteger el patrimonio estable para asegurar la pervivencia de la persona jurídica evitando todo lo que pueda ponerla en peligro.

La escasez de referencias a la figura del patrimonio estable en la legislación particular y, en muchos casos, su antigüedad, nos obliga a centrarnos en los propios estatutos de cada fundación en particular y en el Código del Derecho Canónico, cuya claridad, como hemos expuesto anteriormente, es del todo ilustrativa y nos permite llegar a descubrir la *mens legislatoris*.

Cabe recordar que la administración de bienes eclesiásticos se construye legislativamente sobre un modelo único, común a todos y a cada uno de los patrimonios de las personas jurídicas sin perjuicio del derecho particular. Este modelo unitario está regulado por el Libro V del Código de Derecho Canónico.

En efecto, según el Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico editado por el Instituto Martín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra, obra contrastada, comúnmente aceptada y en la que participan entre otros Mons. Lluís Martínez Sistach, Cardenal Arzobispo Emérito de Barcelona y el propio Arzobispo Secretario del Pontificio Consejo para los Textos Legislativos Mons. Juan Ignacio Arrieta (máximo órgano interpretativo oficial del Derecho Canónico), así como innumerables profesores de prestigio, el canon 1.291 condiciona la exigencia de licencia para enajenar a aquellos bienes que constituyen el patrimonio estable por asignación legítima, es decir, aquellos bienes cuya estabilidad, o afectación al patrimonio estable de la persona jurídica, haya sido determinada por sus propios estatutos, o por sus órganos competentes, o, en su caso, por la legítima autoridad o el propio Derecho.

No entran, según el Prof. Joaquín Mantecón, en el supuesto del can. 1.291 los bienes que, aunque tengan un valor superior a la cantidad establecida por el Derecho, no formen parte del patrimonio estable de la persona jurídica en cuestión, ni los que, perteneciendo a ese patrimonio, no superen la cantidad establecida (cfr. MANTECÓN, 2002, p. 155).

La gestión patrimonial pretende la óptima rentabilidad del patrimonio eclesiástico mediante un conjunto coordinado de actos de diversa naturaleza, entre ellos jurídico, tanto patrimoniales como no patrimoniales. Los actos de

uso y disfrute, de conservación, de adquisición y de disposición, no tienen otros límites para su ejercicio que los que señalan las facultades del administrador (cfr. Can. 1.284 del Código de Derecho Canónico) y el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez según las normas canónicas.

El patrimonio lo constituye la totalidad del conjunto de bienes inmuebles y muebles, derechos y relaciones activas y pasivas de la persona jurídica, considerado de forma unitaria. Sin embargo, el concepto patrimonio estable no coincide con el de patrimonio de la persona jurídica, o lo que es lo mismo: no todos los bienes de una persona jurídica son bienes que pertenecen a su patrimonio estable, ni lo mismo puede darse por sentado.

Es más, cabe incluso partir de la premisa contraria, es decir, que todos los bienes de una persona jurídica no son bienes que pertenecen a su patrimonio estable, ya que se exige un acto jurídico preciso que sustraiga dichos bienes a la libre disponibilidad para asignarlos al patrimonio estable. Por lo tanto, en el caso de las personas jurídicas públicas canónicas, debería haber un acto de asignación legítima que determinase cuáles son los bienes que deben conformar dicho patrimonio.

De conformidad con lo anterior y considerando las disposiciones del Código de Derecho Canónico, el patrimonio estable puede definirse como la parte del patrimonio total de una persona jurídica pública que, tras un acto de asignación legítima, así como para el cumplimiento de su cometido, teniendo en cuenta sus circunstancias específicas y que, precisamente por esas razones, goza de una protección especial en el momento de su hipotética enajenación (PACIOLLA, 2015)<sup>2</sup>.

En efecto, el can. 114, § 3 pone de manifiesto con meridiana claridad que

La autoridad competente de la Iglesia no confiera personalidad jurídica sino a aquellas corporaciones o fundaciones que persigan un fin verdaderamente útil y que, ponderadas todas las circunstancias, dispongan de medios que se prevé que pueden ser suficientes para alcanzar el fin que se proponen.

Según lo ya expuesto y atendiendo a la doctrina predominante podemos afirmar que los bienes que conforman el patrimonio estable están identificados con base en su naturaleza de patrimonio fundacional exceptuando aquellos donados a las fundaciones con la obligación explícita de invertirlos en el fin propio de la fundación que a su vez no constituirán patrimonio estable de la fundación y serán inventariados anualmente en espera de su inversión o realización.

Delimitar e identificar el patrimonio estable es útil cuando se quiere saber qué bienes de la persona jurídica pública tienen que gozar de una protección especial y cuáles no precisan de dicha protección, con el objeto de facilitar la

---

<sup>2</sup> Sebastiano Paciolla, O. Cist. es Profesor de varias universidades romanas y Promotor de Justicia del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica de la Santa Sede.

tarea del administrador y del encargado de la vigilancia, y para saber cuáles son las autorizaciones que procede solicitar o conceder en el primer caso y que otras operaciones no precisan de ellas como en el caso del patrimonio no estable y de libre disposición como bienes temporales.

La administración de los bienes temporales de libre disposición sólo tendrá que hacerse de acuerdo con el can. 319:

**§ 1.** A no ser que se prevea otra cosa, una asociación pública legítimamente erigida administra los bienes que posee conforme a la norma de los estatutos y bajo la superior dirección de la autoridad eclesiástica de la que se trata en el can. 312 § 1, a la que debe rendir cuentas de la administración todos los años.

**§ 2.** Debe también dar cuenta exacta a la misma autoridad del empleo de la ofrendas y limosnas recibidas.

Todo ello sin menoscabo de la autonomía de cada fundación canónica con personalidad jurídica propia. Existe una notable diferencia entre rendir cuentas anualmente de la administración de unos bienes, ha tener que solicitar autorización para cada operación de enajenación destinada al fin de la fundación. De ser así, ésta perdería todo su ser y significado y dejaría sin sentido la autonomía que le confieren sus propios estatutos erigidos canónicamente por la autoridad eclesiástica.

### **3 CONCLUSIÓN**

En mérito de lo expuesto, los bienes recibidos, mayoritariamente por herencias, por una fundación canónica con la obligación explícita de invertirlos en el fin propio de la fundación no constituyen parte del patrimonio estable de la Fundación. Dichos bienes constituyen parte del patrimonio temporal y de libre disposición de la Fundación.

La enajenación de dichos bienes, al no constituir parte del patrimonio estable, no precisan del cumplimiento de los cc. 1.291-1.294 del Código de Derecho Canónico y, por tanto, no entra en contradicción con ellos.

### **BIBLIOGRAFÍA**

CÓDIGO de Derecho Canónico de 1917.

CÓDIGO de Derecho Canónico de 1983 (en vigor).

CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española, Madrid, Ed. Orinoco, año I, n. 3, julio 1984.

CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española, Madrid, Ed. Edice, año IX, n. 35, 7 julio 1992.

CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española, Madrid, Ed. Edice, año XXI, n. 78, 28 de febrero de 2007.

DECRET sobre l'Administració dels Béns Eclesiàstics, 3 y 4. En: **Butlletí de L'Arquebisbat de Barcelona**, Barcelona, Ed. Egleſia Arxidiocesana de Barcelona, n. 126, 1986.

GRAZIAN, Francesco. Patrimonio stabile: istituto dimenticato? En: **Quaderni di Diritto Ecclesiale**, Milano, Ed. Ancora, v. 16, n. 3, p. 282-296, 2003.

LÓPEZ ALARCÓN, M. Sub c. 1.285. En: **Código de derecho canónico**: edición anotada. Pamplona: Instituto Martín Azpilcueta, 2001.

MANTECÓN, Joaquín. Sub c. 1.291. En: **Comentario exegético al código de derecho canónico**. IV/1. Pamplona: Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico, Universidad de Navarra, 2002.

PACIOLLA, Sebastiano. Ponencia. INCONTRO MACRO AREA CENTRO NAZIONALE ECONOMI DI COMUNITÀ (ABRUZZO-LAZIO-MOLISE-SARDEGNA). Roma el 21 de diciembre de 2015. Disponible en: <<https://www.ohsjd.org/Resource/IlpatrimoniostabilePaciollaita.pdf>>.

SCHOUPPE, Jean-Pierre. **Derecho patrimonial canónico**. Traducción de Juan González Ayesta. Pamplona: EUNSA, 2007.

ZALBIDEA, Diego. El patrimonio estable en el CIC de 1983. En: **Ius Canonicum**, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, volumen XLVII, n. 94, p. 553-589, 2007.

Submissão em: 30 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 26 de agosto de 2021

### Como citar este artigo científico

CARDONA VIDAL, Francisco José. Naturaleza Jurídica de los bienes recibidos en herencia por fundaciones canónicas y su enajenación. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 2, n. 3, p. 129-137, set.-dez. 2021.

**STATO DI NECESSITÀ E CONFLITTO DI DOVERI NEL TRIAGE  
PANDEMICO: QUALCHE RIFLESSIONE DI DIRITTO COMPARATO  
SUI RAPPORTI FRA LINEE GUIDA, RACCOMANDAZIONI E CAUSE DI  
GIUSTIFICAZIONE NEL DIRITTO PENALE**

**GIANLUCA RUGGIERO<sup>1</sup>**

**ABSTRACT**

**I**l triage ospedaliero durante la pandemia da Covid19 ha imposto difficoltà decisionali di allocazione delle risorse disponibili. In particolare, si esamina l'efficacia delle linee guida emanate da varie associazioni di categoria o anche da enti pubblici e la loro ricaduta sul sistema penale che già contempla situazioni scriminanti fondate sull'eccezionalità.

**ABSTRACT**

Triage during the Covid-19 pandemic can impose difficult allocation decisions when demand for mechanical ventilation or intensive care beds greatly exceeds available resources. In particular, we will examine the effectiveness of the guidelines issued by various medical or etic associations or even public bodies and their impact on the criminal Law system that already includes causes of justification based on exceptional reasons.

## **1 INTRODUZIONE**

Le situazioni drammatiche cui abbiamo assistito a partire dal 21 febbraio 2020 ed alle quali assistiamo in questo secondo ritorno del virus SARS-CoV-2, con le gravi malattie polmonari che questo implica, si sono accompagnate, a seguito della diffusione massiccia ed incontrollabile del virus, ad una richiesta

---

<sup>1</sup> Dr. Iur. Assistant Professor. Cattedra di Diritto Penale del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino. Professore Associato di Diritto penale nell'Università del Piemonte Orientale – Fellow Alexander von Humboldt Foundation. Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali. *e-mail*: gianluca.ruggiero@uniupo.it

superiore alle capacità di intervento del sistema sanitario nazionale, con conseguente congestione delle unità di terapia intensiva, in particolare di strumenti di ventilazione assistita (in modo più o meno invasivo) e per periodi più o meno lunghi di tempo<sup>2</sup>.

Triage (dal francese *Trier*: classificare) è un termine originante dalla medicina militare, significa prioritizzare le prestazioni di medicina d'urgenza, affinché non si producano conseguenze più gravi, fra le quali la morte. Ciò ovviamente pone la questione circa i criteri cui far ricorso per stabilire “chi viene prima” nel trattamento sanitario, criteri che già da tempo la medicina d'urgenza – segnatamente la medicina delle catastrofi – ha cercato di stabilire, ma non certamente irrigidito, e rimesso in discussione proprio con l'avvento della pandemia Covid19 la quale ha portato a ripensare, sia le strutture sanitarie, convertendole, ampliandole e riconvertendole, sia le stesse linee guida dei *triages* ospedalieri (PAGANINI et al, 2020, p. 1 ss; DÖNICKE, 1987)<sup>3</sup>.

Il punto di partenza, osservato da tutte le società di terapia intensiva e dai comitati etici di molti Paesi europei, è rappresentato dalla congestione delle unità terapeutiche per i pazienti che necessitano di ventilazione assistita, verso una “saturazione” del sistema che, di fronte ad una scarsità di mezzi, deve operare una selezione (BRECH, 2008, p. 48 s).

Le tecniche selettive sono caratterizzate da una accentuata eterogeneità relativamente alle fonti di legittimazione dei criteri: abbiamo, infatti, linee guida derivanti da associazioni di categoria (SIAARTI, DIVI, SFAR etc.) e raccomandazioni associate a linee guida provenienti da corporazioni di più ampio respiro (*Etikrat* tedesco, *FNOMCeO* italiana, *Schweizerische Vereinigung der Forschungsethikkommissionen* etc.)<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Situazione diffusa a livello europeo. Cfr. Sternberg-Lieben (2020, p. 627ss.); Alquézar-Arbé (2020, p. 320 ss.).

<sup>3</sup> Jöbges et al (2020, p. 948 ss.) ed ivi un'analisi comparativa delle raccomandazioni di triage formulate da società professionali nazionali e internazionali fra le quali Australia / Nuova Zelanda, Belgio, Canada, Germania, Gran Bretagna, Italia, Pakistan, Sud Africa, Svizzera, Stati Uniti e della International Society of Critical Care Medicine.

V. anche la recente presa di posizione del Tribunale costituzionale Tedesco: BVerfG, 16 luglio 2020-1 BvR 1541-1520 in [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de) avverso un ricorso di costituzionalità (Verfassungsbeschwerde) che ha sollevato la questione di se e quando un'azione legislativa, in adempimento del dovere dello Stato di proteggere le persone con disabilità, sia costituzionalmente imposta e fino a che punto si estende il raggio di azione del legislatore per valutare e modellare la regolamentazione di specifiche decisioni di prioritizzazione medica. La risposta data dalla terza Camera del primo Senato del Tribunale è negativa, anche se mascherata da una preclusione processuale, poiché la questione sollevata avrebbe richiesto un esame dettagliato non possibile nel contesto di una procedura d'urgenza. Per un commento “a caldo”: Brade; Müller (2020).

In dottrina J. Kersten; Rixen, 2020.

<sup>4</sup> Cfr., altresì, il documento Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels, consultabile al sito <[www.bundesaerztekammer.de](http://www.bundesaerztekammer.de)>.

Per una comparazione fra le Raccomandazioni di etica clinica per l'assegnazione di trattamenti di terapia intensiva in circostanze eccezionali e con risorse limitate della SIAARTI del 16 marzo 2020 e il documento Priorisation des traitements de réanimation pour les patients en état critique, en situation d'épidémie de COVID-19, avec capacités d'accueil de réanimation limitées della SFAR (Société Française d'Anesthésie-Réanimation) del 3 aprile 2020. v. Orfali (2020, 675 ss.).

La discussione non è certamente solo (bio)etica su come interpretare la finalità di massimizzazione della logica del *triage* e, correlativamente, quali dovrebbero essere i reali criteri in virtù dei quali prioritizzare gli accessi al sistema sanitario ma anche, e in modo rilevante, giuridica (PICECCHI, 2020).

Oltre questi fragili tentativi di legittimazione normativa del *triage*, se è vero che taluni auspicano una legge che regoli il fenomeno, è altrettanto vero che è nella legge fondamentale che debbono essere trovate le soluzioni a detti conflitti; e non è sempre detto che una legge ordinaria sia in accordo con lo spirito della Costituzione.

Infatti, le decisioni di assegnazione dei posti disponibili vengono prese non dallo Stato, ma secondo un sentire sociale. Dati i rischi reali associati a malattie infettive come il Covid-19, non si tratta più di tutelare singoli cittadini ma la società nel suo insieme, sia dal punto di vista dello Stato sociale che del conseguente obbligo di protezione di beni appartenenti alla comunità. Chiaro appare che la distribuzione delle risorse, sia salvifiche (strumenti terapeutici) che preventive (vaccini), non è operazione semplice e inopinabile anche perché la Legge fondamentale non contiene – né può contenere – disposizioni così dettagliate. Contiene invece i principi generali cui attenersi in un giudizio di proporzionalità a seguito di un bilanciamento razionale di interessi e che rispecchia, in sostanza, l'azione di uno Stato sociale democratico di diritto (GERMANIA, 2020, quesito n. 9; In dottrina v. AUGSBERG, 2021, p. 6 ss).

## 2 REGOLE DI SOFT LAW, OBBLIGHI DI AGIRE E CONFLITTO DI DOVERI

A prescindere dalla “efficacia” di dette fonti, comunemente definite di “soft law”, e conseguente “validità” per la materia penalistica<sup>5</sup>, sul sanitario che prende in carica un paziente grava un dovere che viene comunemente definito “di garanzia”, costruito sull’obbligo, penalmente sanzionato, di impedire l’evento attraverso la “clausola di equivalenza” di cui all’art. 40, comma II, c.p. per il quale il mancato adempimento alla pretesa normativa di fare equivale a cagionarlo (GALLO, 2020, p. 274 s.; LIPP, 2020, p. 97 ss.; BOSCH, 2019, § 13, Rdnr. 28a; KÜNSCHNER, 1992, p. 157).

La presenza di più soggetti “pazienti” istituisce più posizioni di garanzia, alle quali corrispondono altrettanti doveri di intervenire cui però si ricollegano altrettante possibilità di agire, di un comportamento cioè esigibile nei confronti del garante.

L’“esigibilità” è una nota caratteristica che accomuna la causalità omissiva, la colpa omissiva, e – per quanto qui interessa – le scriminanti dello “stato di necessità” (art. 54 c.p.) e dell’“adempimento di un dovere” (art. 51 c.p.)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Ritiene le regole di “soft law” appartenenti alle fonti del diritto, con opportuni distinguo, Salcuni (2019, p. 16 ss.).

<sup>6</sup> In argomento, per tutti, Viganò (2000, p. 303 s.) il quale rileva che l’inesigibilità di una condotta diversa è alla base delle c.d. “scusanti”, non delle cause di giustificazione il cui fondamento riposa nel bilanciamento di interessi.

Queste ultime rappresentano situazioni di conflitto di doveri e di obblighi e la *ratio* dell'esclusione dell'illiceità è la stessa in ambo i casi: un'esigenza di solidarietà congiunta ad un bilanciamento di interessi.

È indiscutibile che negare il trattamento medico ad un paziente, nella specie l'uso di un respiratore artificiale come terapia indicata, pone, oltre alle ricordate questioni etiche, problematiche di rilevanza costituzionale nella misura in cui entrano in gioco i diritti fondamentali della vita e dell'integrità fisica di una pluralità di cittadini, di fronte ai quali lo Stato ha un dovere di protezione, così come il diritto alla salute di molti, per cui si pongono delicati problemi di bilanciamento anche rispetto alla dignità umana.

Che i principi costituzionali di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di dignità (art. 2 Cost.) condizionino altresì la ponderazione degli interessi in gioco (conseguenti alla distribuzione di limitate risorse terapeutiche)<sup>7</sup> è questione cruciale nel dibattito penalistico contemporaneo<sup>8</sup>.

Stato di necessità e conflitto di doveri sono in realtà figure autonome: il primo rientra in quelle situazioni che denominiamo "facoltà", dove l'agente decide se *adottare il comportamento* o di *non adottare il comportamento*. Viceversa, in caso di conflitto di doveri, si deve scegliere tra *l'adozione del comportamento A* e *l'adozione del comportamento B*, entrambi imposti<sup>9</sup>.

Ciò è dovuto al fatto che l'azione intrapresa in stato di necessità è quella dalla quale l'agente, in via preliminare, dovrebbe astenersi (pericolo non altrimenti evitabile), potendo agire solo se costretto dalla necessità; mentre, nel conflitto di doveri, l'agente deve scegliere tra diverse procedure che è, in linea di principio, obbligato a eseguire. In quest'ultimo caso, quindi, l'agente deve agire in una direzione o nell'altra o in entrambe e ciò avviene sia nei casi in cui entrano in conflitto principalmente doveri di azione, sia in quelli in cui confliggono doveri di azione e di omissione.

L'opzione, seguita dalla maggior parte della dottrina, di trattare quest'ultimo tipo di conflitti invocando i criteri dello stato di necessità sembra tradire il presupposto che il dovere di omettere prevale sempre sul dovere di agire, in modo tale che all'agente, in casi eccezionali, potrà essere concesso di adempiere al dovere di agire e contravvenire all'obbligo di astensione, ma mai un obbligo di violare il dovere di omettere per adempiere al dovere di agire.

<sup>7</sup> Caretti; Barbieri 2011 (p. 172-173), che considera come "*l'art. 2 Cost. esprim(a) nella sua essenza il principio personalista, che [...] individua innanzitutto una priorità di valore*" e "*caratterizza tutte le disposizioni costituzionali che tutelano una sfera della personalità*"; Ruggieri (2013).

<sup>8</sup> In generale, sul bilanciamento, sia consentito il rinvio a Ruggiero (2020a, p. 131 ss.). Sulla dimensione costituzionale del triage, cfr. Voßkuhle (1999, p. 21 ss. p. 34); Brech (2008, p. 206 ss.); Witte (2013, p. 151 ss.); Busch (2020, p. 751 ss.).

<sup>9</sup> Da diversa angolazione, ma con conclusioni sostanzialmente analoghe, muove l'analisi di Neumann (2001, p. 424 s.) secondo cui nel § 34 *StGB* l'interesse tutelato è sostanzialmente predominante, mentre nel conflitto di doveri è sufficiente, perché possa invocarsi la giustificazione, adempiere ad un interesse solo leggermente predominante. I diversi criteri di bilanciamento sono dovuti al fatto che il § 34 *StGB* riguarda l'invasione di una sfera giuridica altrui e la solidarietà richiesta alla vittima è prevedibile solo in caso di maggior peso dell'interesse salvaguardato dall'autore della condotta che costituirebbe reato, mentre il conflitto di doveri implica la mancata esecuzione di un'azione salvifica a fronte di interessi concorrenti.

Tale presupposto, tuttavia, si rivela insostenibile da un punto di vista metodologico. Infatti, solo una considerazione d'insieme della situazione concreta consentirà di concludere per la prevalenza del dovere di astenersi sul dovere di agire (in generale, sul punto, OTTO, 2020, p. 634 ss).

La selezione dei criteri dello stato di necessità adeguati ai casi di conflitto tra dovere di agire e dovere di omettere rende impossibile il bilanciamento cui sopra si accennava, in quanto dà una risposta (quella della prevalenza del dovere di omettere) senza la dovuta considerazione della concreta problematicità della situazione di vita e si rivela, per tanto, non accettabile nella sua assolutezza.

I criteri del conflitto di doveri, al contrario, nella misura in cui guidano una ponderazione degli obblighi vincolanti dei doveri in conflitto nella fattispecie complessa oggetto di decisione – richiedendo quindi un'attenta considerazione dei vari fattori del caso che influenzano tale valutazione – lasciano inalterata la domanda di partenza e cioè se è giusto concludere per la prevalenza del dovere di astenersi.

Queste diatribe metodologiche non sono prive di significato pratico.

Supponiamo, ad esempio, che il paziente A arrivi in ospedale con un urgente bisogno di essere collegato alla macchina che tiene in vita il paziente B; c'è solo un'altra macchina in un altro ospedale; quel paziente B può essere trasferito senza rischi significativi, ma il paziente A non può più aspettare. Una considerazione complessiva dei doveri che gravano sul sanitario, sembra ragionevole affermare la prevalenza del dovere di agire (collegare il paziente A alla macchina) sul dovere di astenersi (interrompere il trattamento di B).

Le conseguenze pratiche sono evidenti: se si sceglie di non spegnere la macchina e si lascia morire A, il medico avrà omesso di adempiere al dovere prevalente: egli aveva il dovere, non solo la facoltà, di trattare A, quindi l'omissione può essere considerata tipica e illecita, non scriminata dal conflitto di doveri.

Se, al contrario, si sostiene che l'azione di interruzione del trattamento di B sia giustificata dalla necessità di salvare A dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, non si comprenderebbe la punizione della corrispondente omissione (aggressiva), poiché si tradurrebbe nell'irrogazione di una pena per aver omesso di porre in essere una condotta facoltizzata (non imposta).

### **3 CONFLITTO DI DOVERI E SITUAZIONI (NON SOLO SALVIFICHE) DI NECESSITÀ**

In una situazione di conflitto di doveri, quando, in altri termini, gravano sull'agente più obblighi e non essendo possibile adempiere a tutti, in mancanza di un criterio legale (l'obbligo deve essere sempre giuridico) dovrebbe valere il ricorso ai principi generali in materia di conflitto di doveri "intrasistemico"<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Per la teorizzazione della distinzione fra conflitto di doveri "intrasistemico", riferita al conflitto fra "doveri giuridici" e conflitto "extrasistemico" fra dovere giuridico ed obbligo morale v. Mezzetti (2000, p. 106 s.).

Nella dottrina straniera si argomenta che tutti i conflitti fra un dovere di agire e un dovere di omettere costituiscono una situazione classica di stato di necessità (aggressivo) da risolversi, come avviene nel sistema tedesco, conformemente al § 34 dello StGB. (FRISTER, 2020, 17Rn. 9).

Poiché detta disposizione esige, per poter giustificare la lesione di interessi di un terzo innocente, la salvaguardia di un interesse di maggior valore rispetto a quello sacrificato, non sembra invocabile nella situazione che ci occupa, dove gli interessi in gioco sono di valore equivalente (imponderabilità della vita umana). L'estubazione del paziente con minori probabilità di sopravvivenza non potrebbe rientrare nell'abito scriminante del § 34 citato<sup>11</sup>.

Nell'esegesi della norma sullo stato di necessità scriminante non è immaginabile – come nel caso prospettato – un obbligo di realizzare ciò che è vietato (ERB, 2020, p. 1.785 ss). Da altra parte, sotto un profilo gius-filosofico, la preminenza del dovere di astenersi di fronte al dovere di agire si basa o sul minor peso dell'illecito omissivo o su una ritenuta prevalenza dello *status quo ante* (WALTER, 2020b, p. 673).

Questa seconda opzione interpretativa è largamente seguita dalla dottrina tedesca e ispanica (COCA VILA, 2017, p. 3 ss.), secondo cui il diritto penale mira a proteggere una data situazione di vita in modo che, se agisce, incidendo, su una situazione dilemmatica, è necessario che l'agente salvaguardi un interesse superiore, in mancanza del quale si impone di lasciare che le cose seguano il loro corso naturale, piuttosto che arrogarsi presuntuosamente la “facoltà di giocare ad essere Dio” o di “manipolare il destino altrui” (RÖNNAU; WEGNE, 2020, p. 405).

La riconducibilità alla scriminante dell'adempimento di un dovere od allo stato di necessità viene risolto a favore di quest'ultima ipotesi giustificante, osservando che ove la legge non ponga un conflitto fra doveri e non lo risolva espressamente, attribuendo rilevanza maggiore ad uno o all'altro interesse ovvero non offrendo all'interprete “indizi” su come risolvere tali conflitti, caso per caso (attraverso le c.d. clausole di illiceità speciale: indebitamente, abusivamente, senza giustificato motivo etc.) (MEZZETTI, 2000, p. 121 ss.) lascia a costui il compito di affrontare le tipologie dei conflitti “irrisolvibili” conducenti ad una esclusione dell'illiceità penale senza dover ricorrere ad – ancora dubbie – ipotesi di cause di esclusione della colpevolezza<sup>12</sup>.

La riconducibilità delle suesposte ipotesi alla scriminante dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. consente di superare anche l'(apparente) ostacolo della ponderazione dei beni giuridici protetti, essendo tutti di valore equivalente (vita, incolumità personale) e il – questa volta – reale valore dei beni giuridici in gioco, potendo dare prevalenza alla condotta volta a scongiurare un pericolo per la vita rispetto al pericolo non mortale per la salute. La gravità del danno o il grado di pericolo di concretizzazione del medesimo condizionano la valutazione

<sup>11</sup> Per tutti Roxin; Greco (2020, p. 888), ed *ivi* ulteriori citazioni.

<sup>12</sup> L'inesigibilità del comportamento può essere posta a fondamento dell'esclusione della sola anti giuridicità penale, come nello stato di necessità dell'ordinamento italiano (art. 54 c.p.) ovvero come causa di esclusione della colpevolezza, come avviene negli ordinamenti di matrice tedesca o angloamericana. Per un quadro riassuntivo v., di recente, Coca Vila (2019, p. 34 ss.) anche in riferimento al pensiero di G.B. Fletcher.

del sanitario, valutazione che può tuttavia portare anche a ritenere prevalente il bene di minor valore sul concorrente.

È necessario altresì non confondere i termini del discorso: il grado di pericolo, la gravità del pericolo e la probabilità di salvataggio sono punti distinti che meritano considerazioni differenti.

Quando si bilanciano i vari interessi e non vi è prevalenza – in astratto – dell'uno sull'altro (ad es. integrità fisica e sessuale vs. beni della personalità), il medico può scegliere (entro i limiti della necessità scriminante) quale soggetto dovrà salvare, senza che vi sia un criterio di preferenza preindividuato da norme giuridiche o di estrazione secondaria e senza che le motivazioni che lo hanno spinto ad agire (o ad omettere il comportamento doveroso) possano essere oggetto di sindacato, purchè esse siano ragionevoli e proporzionate.

Il discorso non può essere svolto – come detto – su di un piano astratto, bensì tenendo conto della specificità delle situazioni in cui si fa questione del bene giuridico vita, bene notoriamente imponderato e imponderabile, quantitativamente e qualitativamente, ricavabile, oltre che dalla tradizione storico-giuridica anche – e soprattutto – dall'attuale assetto costituzionale.

Il medico non è obbligato ad adempiere ad un dovere piuttosto che ad un altro solo perché è destinato a proteggere più vite o persone con determinate caratteristiche (come la nazionalità, l'etnia, l'età, e via dicendo)<sup>13</sup>. Se il medico sceglie quindi di salvare la vita di un paziente quando avrebbe potuto evitare la morte di altri due, il suo comportamento è tuttavia giustificato se, ad esempio, sceglie di salvare un soggetto anziano piuttosto che uno giovane o un uomo di una etnia piuttosto che un'altra.

Uno degli interrogativi sollevati all'inizio riguarda la possibilità di "rinchiudere" la libertà di scelta del medico entro il perimetro di regole o linee guida *ex ante* che impongano o escludano determinati criteri di scelta<sup>14</sup>.

Nella dottrina italiana il conflitto di doveri terapeutici del medico, in caso di c.d. *scelte tragiche*, viene sciolto nell'ambito dell'adempimento di un dovere ma in una dimensione extralegale, presupponendo risolto il conflitto a livello costituzionale di eguaglianza e di dignità umana, respingendo ogni criterio utilitaristico o di privilegio, prediligendo il criterio oggettivo della maggiore idoneità clinica o, in caso di parità, della maggiore urgenza o, a parità di urgenza, della priorità temporale della domanda (MANTOVANI, 2020, p. 291; v., altresì, ZIMMERMANN, 2020).

Nella dottrina straniera la questione è oggetto di ulteriore approfondimento, perché – si dice – la libertà di scegliere chi vive e chi muore non è la stessa nei casi di conflitto tra dovere di azione e dovere di omissione, poiché, in linea di principio, i medici non sono autorizzati a creare o aumentare un rischio per la

<sup>13</sup> Cfr. il rapporto FNOMCeO e SIAARTI del 31 ottobre 2020 [https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2020/10/DOCUMENTO-FINALE-FNOMCEO\\_SIAARTI\\_22-OTTOBRE-2020\\_x.pdf](https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2020/10/DOCUMENTO-FINALE-FNOMCEO_SIAARTI_22-OTTOBRE-2020_x.pdf) p. 3 secondo cui l'età biologica non può mai costituire un criterio dirimente.

<sup>14</sup> Il Consiglio di etica clinica tedesco emanò il 7 aprile 2020 una raccomandazione *ad hoc* intitolata "solidarietà e responsabilità nella crisi del coronavirus" (*Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*) consultabile in: <<https://www.ethikrat.org/pressekonferenzen/der-deutsche-ethikrat-zur-corona-krise>>.

vita (escluse, ovviamente, le situazioni in cui questo rischio è insito nel trattamento stesso).

Così, in una situazione in cui è impossibile salvare la vita di tutti i pazienti, il medico può scegliere di salvare l'uno e lasciare morire l'altro, ma non potrebbe causare la morte dell'uno per salvare l'altro. L'ordinamento non può consentire al medico di decidere chi vive e chi muore quando ciò autorizza il compimento di un'azione per causare la morte<sup>15</sup>.

#### **4 LO STATO DI NECESSITÀ AGGRESSIVO: UN TRIONFO DELLE DOTTRINE UTILITARISTE?**

Nella maggioranza dei casi, il conflitto fra beni giuridici "vita" – dove l'unica possibilità è uccidere qualcuno per salvare gli altri – dà luogo ad un altro fenomeno che si inquadra nell'"autodifesa" che si ha allorché taluno non è costretto a subire un'azione offensiva sia perché non ha realizzato un'aggressione illecita o volontariamente causato una situazione di pericolo sia perché è estraneo alla relazione fra offesa e difesa<sup>16</sup>.

In questo caso, muovendo lungo il solco delle cause di elisione dell'antigiuridicità penale, si riconosce l'esclusione della responsabilità penale del medico per aver scelto la vita di un uomo per salvarne un'altra, ma altresì si riconosce a tutti i potenziali sacrificati il diritto alla legittima difesa contro la condotta necessitata del medico (HÖRNLE, 2021, p. 149 ss.).

Come si concretizzano questi orientamenti sullo sfondo della situazione pandemica qualora, come successo in alcuni Paesi europei, di fronte alla mancanza di macchine per la ventilazione, i medici si vedono obbligati a scegliere fra pazienti?

L'imponderabilità del bene vita rimane in ogni caso il punto di partenza di ogni decisione o di (malaugurate) linee-guida in modo che da nessuna di esse possa trasparire l'idea che un vita abbia maggior valore dell'altra, mostrando inaccettabile la raccomandazione della SIAARTI secondo la quale, in mancanza di strumenti di terapia intensiva o di respirazione assistita, gli unici disponibili dovranno essere allocati seguendo il criterio della maggior probabilità di sopravvivenza e, secondariamente, di chi può avere più anni di vita salvata "in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone." (BRECH, 2008, p. 52).

Non dissimilmente, pur se in forma meno esplicita, anche le raccomandazioni della dell'Associazione tedesca interdisciplinare per la medicina intensiva e di urgenza (DIVI: *Deutsche Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin*) (HILGENDORF, 2020) del 25.3.2020 dove si fa viepiù riferimento alla "maggiore speranza di vita" e, ulteriormente, si pone un limite di età all'ingresso in TI, riservando risorse (che potrebbero essere scarsissime)

<sup>15</sup> V. la decisa presa di posizione del BVerfG, 30 marzo 2013 – 2 BvF 1/05. In: <<https://openjur.de/u/620606.html>, 2013, § 2>.

<sup>16</sup> Sull'autodifesa v. Ruggiero (2020b, p. 2 s.).

a chi ha più probabilità di sopravvivenza o nella prospettiva di salvare più vite possibili (RÖNNAU; WEGNE, 2020, p. 403 ss.).

Se, come detto, la regola è quella di salvare quanti più anni di vita possibile (*triage*), in caso di grandi differenze di età anche il trattamento di soggetti anziani con una buona probabilità di sopravvivenza dovrebbe essere differito a favore dei più giovani. Breve: per un sessantenne con un'aspettativa di vita residua statistica di 20 anni, che morirà sicuramente senza trattamento (e che con il trattamento ha il 70% di probabilità di sopravvivenza), l'uso delle risorse risulta in 14 anni aritmetici (70% di 20). Questo paziente dovrebbe cedere il posto a un ventenne con un'aspettativa di vita residua statistica di 60 anni, che sopravvive senza cure con notevole probabilità (70%) e con certezza a seguito del trattamento (100%). Questo perché l'impiego delle risorse sanitarie si traduce in 18 anni in più (60 meno 42, ovvero il 70% di 60).

Una prospettazione del genere si rivela, tuttavia, inaccettabile nella sua assolutezza e merita qualche ulteriore approfondimento.

Nel campo della medicina d'emergenza e dei disastri, si suole dividere i pazienti in quattro categorie, differenziate in base al grado di urgenza del trattamento (SCHNEIDER; WOLCKE; BÖHMER, 2010, p. 11 ss.; BRECH, 2008, p. 52 ss.; DÖNICKE, 1987, p. 22).

Nella categoria I i pazienti sono classificati "in pericolo acuto di morte"; nella categoria II sono inquadrati i pazienti gravemente feriti o gravemente malati; nella categoria III i pazienti lievemente feriti o lievemente malati e nella categoria IV i pazienti che non hanno possibilità di sopravvivenza. Per i pazienti di categoria I è previsto un "trattamento immediato"; per i pazienti di categoria II un trattamento posticipato (*aufgeschobene Behandlungsdringlichkeit*); per i pazienti di categoria III un trattamento successivo di tipo ambulatoriale (*spätere (ambulante) Behandlung*) e per i pazienti della IV categoria si raccomanda un trattamento (in sospeso) di osservazione (*betreuende (abwartende) Behandlung*) (per questa classificazione v. SEFRIN; WEIDRINGER; WEISS, 2003, p. 2.057-2.058).

Se e in quale misura questa classificazione, basata sull'urgenza del trattamento, sia particolarmente utile per risolvere il conflitto di doveri ai sensi del diritto penale, può essere determinato solo esaminando gli aspetti rilevanti per determinare la priorità dei doveri.

Nella discussione in corso, i criteri generalmente riconosciuti dal diritto penale per specificare l'ordine di precedenza dei doveri (in conflitto) non sono sempre presentati con la chiarezza che si vorrebbe (BRECH, 2008, p. 351; SCHOLTEN, 2011, p. 59 s.; SOWADA, 2020, p. 456) e che ne giustifica una trattazione – seppur breve – a seguire.

In generale, la priorità dei doveri dovrebbe dipendere dal rapporto di valore degli interessi in conflitto da salvare (STERNBERG-LIEBEN, 2020, p. 629). Nel caso di due obblighi di garanzia in conflitto, occorre confrontare il significato astratto degli interessi giuridici da tutelare. A tal riguardo, vengono in rilievo altresì il grado e la prossimità del pericolo nei confronti degli interessi protetti (a che riguarda l'urgenza del trattamento) che, tuttavia, non può essere generale

ed astratto, poiché tutti i pazienti che necessitano di cure intensive acute hanno una pretesa identica alla protezione del bene “vita” (STERNBERG-LIEBEN, 2020, p. 630 e nt. 48).

Se quanto emerso dall’esame – anche critico – delle proposte sapienziali di recente avvicendatesi sulla pandemia 2020-2021, nella dottrina straniera continuano ad agitarsi incertezze. È controverso – ad esempio – se, in caso di conflitto di doveri, un criterio di priorità possa derivare dalla natura delle rispettive funzioni di salvataggio (priorità del dovere del garante rispetto al dovere generale di fornire assistenza) (STERNBERG-LIEBEN, 2020, p. 634).

È inoltre discusso se nella valutazione debba essere compreso un precedente comportamento colposo delle persone da soccorrere e di come vada valutato così come la possibilità di salvataggio di un maggior numero di persone possa svolgere un ruolo decisionale decisivo per giustificare la priorità accordata a taluno o taluni gruppi di persone, facendo sorgere l’ulteriore questione se la selezione dei pazienti possa essere orientata all’ottimizzazione del numero di sopravvissuti.

## 5 CONCLUSIONI

Può – quindi – il discorso giuridico sinora svolto essere presentato come risultato di una “riflessione etica”?

Per quanto sinora detto circa l’imponderabilità del bene vita la risposta appare recisamente negativa<sup>17</sup>. Tuttavia, le libertà e le capacità di scelta del medico, in una situazione di straordinarietà non possono essere oggetto di pre-valutazione da parte di linee guida perché, da un lato, queste non possiedono una vera e propria cogenza ed imperatività come le norme giuridiche e, dall’altro, al pari di queste, devono conformarsi all’assetto di interessi costituzionali *a fortiori* non derogabili da una fonte sub-primaria<sup>18</sup>.

Tra questi interessi protetti viene in risalto la dignità umana (argomentando ex art. 2 Cost.) come valore che proibisce una qualsiasi giustificazione utilitaristica di una eventuale raccomandazione secondo cui una probabilità di sopravvivenza più lunga ha maggior valore di una vita più breve: proprio una tale libertà di scelta del medico non può essere inquadrata altrimenti che nello “stato di necessità”, per il quale vale altresì il broccardo “*necessitas non habet legem*” ovvero “*Not kennt kein Gebot*” in aperto conflitto con regole di legge e/o di c.d. *soft law*.

A questo punto in dottrina si è discusso in relazione alla possibile diversità di situazioni fra il sanitario che omette la condotta doverosa nei confronti di un paziente, verso il quale ricopre il ruolo di “garante” ex art. 40, comma II, c.p. e il

<sup>17</sup> <<https://thehill.com/opinion/healthcare/490034-how-hospitals-will-decide-who-lives-and-who-dies-in-our-coronavirus-crisis>>.

<sup>18</sup> Cfr. Walter (2020a); Walter (2020b, 656 ss.); Howen (2020, p. 449 ss.) secondo la quale il mancato rispetto del criterio di selezione raccomandato dell’aspettativa di vita sarebbe privo di significato dal punto di vista del diritto penale in considerazione della libertà di scelta già consolidato in caso di conflitto di doveri di pari rango.

caso in cui egli ponga in essere una condotta attiva di ‘sottrazione’ dei macchinari per destinarli a colui che si reputa maggiormente idoneo alla sopravvivenza (JÄGER; GRÜNDEL, 2020, p. 159).

Mentre nel primo caso, il conflitto di doveri opera secondo gli schemi precedentemente illustrati, lasciando inalterato il dolo, nel secondo caso lo stato di necessità opera al di là del conflitto di doveri ma restando sempre nell’orbita della non illiceità penale della condotta realizzata. Le preoccupazioni e le critiche sollevate a proposito delle raccomandazioni SIARTI da parte di alcuni autori, secondo cui il criterio dirimente dell’età del paziente sarebbe contrario alla “comprensione etica” generalmente accettata (LÜBBE, 2020), possono essere fugate da una lettura orientata alla gerarchia delle fonti di dette “regole”, dato che esse non possono in alcun caso porsi in contrasto con le norme generali dell’ordinamento (MERKEL, 2020, p. 13; MERKEL; AUGSBERG, 2020, p. 704 ss ).

In particolare, l’art. 54 c.p. mette ben in rilievo che il giudizio di proporzionalità (tra fatto e pericolo) è un giudizio di sintesi fra i requisiti della costrizione, della necessità e della attualità del pericolo di un danno grave alla persona. La semplice età (precedenza ad un paziente più giovane) non può essere l’unico fattore da prendere in considerazione pena l’illiceità, sia della linea guida, sia della condotta dell’agente.

La regola di *soft law* – qualora possa valere qualcosa nel diritto penale – deve in ogni caso trovare conforto normativo in una regola di rango superiore non potendo fungere da norma scriminante come l’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere, le cui fonti possono essere o una legge dello Stato o un ordine legittimo dell’autorità. Non sembra, tuttavia, che le linee guida possano rientrare nel campo degli ordini, per quali ultimi vale sempre il potere-dovere del destinatario di valutarne la legittimità.

Solo nel caso in cui il sanitario abbia ritenuto – per errore – esistente una situazione di necessità (fuori, quindi, dalla ritenuta vincolatività delle linee guida) allora potrà vedersi applicata la più favorevole disciplina della scriminante putativa contemplata al comma IV dell’art. 59 c.p. con conseguente imputazione per colpa del delitto commesso e con tutte le conseguenze risarcitorie, patrimoniali e non patrimoniali, previste dall’ordinamento italiano.

## RIFERIMENTO

ALQUÉZAR-ARBÉ, Aitor et al. Impacto organizativo de la pandemia COVID-19 de 2020 en los servicios de urgencias hospitalarios españoles: resultados del estudio ENCOVUR. In: **Emergencias: Revista Científica de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias e Emergencias**, Madrid, Ed. Semes, v. 32, n. 5, p. 320-331, 2020.

AUGSBERG, Steffen. Regelbildung für existentielle auswahlentscheidungen. In: HÖRNLE, Tatjana; HUSTER, Stefan; POSCHER, Ralf (Herausgeber). **Triage in der Pandemie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.

BOSCH, Nikolaus. Grundlagen der strafbarkeit. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. **Strafgesetzbuch**: kommentar. 30. ed. München: Beck, 2019.

BRADÉ, Alexander; MÜLLER, Maxi. Corona triage ohne gesetzliche grundlage? In: JuWissBlog, 17.8.2020. Disponibili in: <<https://www.juwiss.de/108-2020/>>.

BRECH, Alexander. **Triage und recht**. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

BUSCH, Andrea Elisabeth. Ärztliche triage in friedenszeiten: eine kritische analyse der strafbarkeitsrisiken im lichte der implikationen des grundgesetzes. In: **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, Ed. Walter de Gruyter, p. 742-779, 2020.

CARETTI, Paolo; BARBIERI, Giovanni Tarli. **I diritti fondamentali**: libertà e diritti social. Torino: Giappichelli, 2011.

COCA VILA, Ivó. Conflicting duties in criminal law. In: **New Criminal Law Review**, Oakland, Ed. University of California Press, v. 22, issue 1, p. 34-72, 2019.

COCA VILA, Ivó. La colisión entre razones de obligación en derecho penal. In: **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 2, 2017.

DÖNICKE, Sabine. **Strafrechtliche aspekte der katastrophenmedizin**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1987.

ERB, Volker. Rechtfertigender notstand. In: ERB, Volker; SCHÄFER, Jürgen (Herausgeber). **Münchener kommentar zum strafgesetzbuch**. 4. ed. München: Beck, 2020.

FRISTER, Helmut. **Strafrecht**: allgemeiner teil. 9. ed. München: Beck, 2020.

GALLO, Marcello. **Diritto penale italiano**: appunti di parte generale. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2020.

GERMANIA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Az.: 1 BvR 1541/20. In: **Sachkundige Dritte**, v. 28.9.2020.

HILGENDORF, Eric. Mit rechtsfragen nicht die ärzte belasten. In: **Legal Tribune Online**, Hürth, Ed. Wolters Kluwer, 27.3.2020.

HÖRNLE, Tatjana. Ex-post-triage: strafbar als tötungsdelikt? In: HÖRNLE, Tatjana; HUSTER, Stefan; POSCHER, Ralf (Herausgeber). **Triage in der pandemie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.

HOWEN, Elisa. Die “Triage”-situation als herausforderung für die strafrechtswissenschaft. In: **JuristenZeitung**, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, jahrgang 75, heft 9, p. 449-454, 2020.

JÄGER, Christian; GRÜNDEL, Johannes. Zur notwendigkeit einer neuorientierung bei der beurteilung der rechtfertigenden pflichtenkollision im angesicht der corona-triage. In: **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Gießen, Ed. Universidade de Gießen, p. 151-163, 2020.

JÖBGES, Susanne et al. Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis. In: **Bioethics**, Oxford, Ed. John Wiley, v. 34, Issue 9, p. 948-959, 2020.

KERSTEN, Jens; RIXEN, Stephan. **Der verfassungsstaat in der corona-krise**. München: Beck, 2020.

KÜNSCHNER, Alfred. **Wirtschaftlicher behandlungsverzicht und patientenauswahl**, Stuttgart: Thieme, 1992.

LIPP, Volker. Die ärztliche hilfspflicht. In: LAUFS, Adolf; KATZENMEIER, Christian; LIPP, Volker. **Arztrecht**. 8. ed. München: Beck, 2020.

LÜBBE, Weyna. Ein kommentar zu den anlässlich der corona-krise publizierten triage-empfehlungen der italienischen SIAARTI-Mediziner. Disponibili in: <<https://verfassungsblog.de/corona-triage>>. 15 marzo 2020.

MERKEL, Reinhard. Eine frage von recht und ethic. In: **Frankfurter Allgemeine Zeitung** (FAZ.NET), Frankfurter, v. 04.04.2020.

MERKEL, Reinhard; AUGSBERG, Steffen. Die tragik der triage – straf – und verfassungsrechtliche grundlagen und grenzen. In: **JuristenZeitung**, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, 2020.

MANTOVANI, Così Ferrando. **Diritto penale: parte generale**. 11. ed. Padova: Cedam, 2020.

MEZZETTI, Enrico. **“Necessitas non habet legem”**: sui conflitti tra “impossibile” e “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità. Torino: Giappichelli, 2000.

NEUMANN, Ulfrid. Der rechtfertigungsgrund der kollision von rettungsinteressen: rechte, pflichten und interessen als elemente der rechtfertigenden “pflichtenkollision”. In: SCHÜNEMANN, Bernd et al (Herausgeber). **Festschrift für Claus Roxin**. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 2001. p. 421-440.

ORFALI, Kristina. What triage issues reveal: ethics in the COVID-19 pandemic in Italy and France. In: **Journal of Bioethical Inquiry**, Netherlands, Ed. University of Otago Bioethics Centre, v. 17, issue 4, p. 675-679, 2020.

OTTO, Harro. Rechtfertigende pflichtenkollision. In: HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans; VALERIUS, Brian (Herausgeber). **Handbuch des strafrechts**. v. II. Heidelberg: C.F. Müller, 2020.

PAGANINI, Mateo et al. Translating COVID-19 pandemic surge theory to practice in the emergency department: how to expand structure. In: **Disaster Medicine and Public Health Preparedness**, Cambridge (UK), Ed. Cambridge University Press, v. 14, issue 4, p. 541-550, august 2020.

PICECCHI, Dario. Die zuteilung knapper medizinischer ressourcen: rechtliche und medizinethische grundsätze über COVID-19 hinaus. Zürich, Ed. Universität Zürich, 2020. Disponibili in: <sui-generis.ch/article/view/sg.138/1333>.

RÖNNAU, Thomas; WEGNE, Kilian. Grundwissen: strafrecht: triage. In: **Juristische Schulung**, München, Ed. Beck, n. 5, p. 403-407, 2020.

ROXIN, Claus; GRECO, Luis. **Strafrecht allgemeiner teil**: grundlagen: der aufbau der verbrechenslehre. Bd 1. 5. ed., München: Beck, 2020.

RUGGERI, Antonio. Il principio personalista e le sue proiezioni. In: **Federalismi.it**, Roma, Ed. Società Editoriale Federalismi s.r.l., n. 17, 2013.

RUGGIERO, Gianluca. **Difesa legittima e legittimità della difesa**: fragile equilibrio di un'evoluzione discutibile. In: Archivio Penale, Pisa, Ed. Pisa University Press, 2020b.

RUGGIERO, Gianluca. Introduzione al bilanciamento di interessi e Rule of Law nei diritti fondamentali: una ricostruzione multilivello. In: DI CARLO, Leonardo (Curatore). **Bilanciamento e sistema delle fonti**. Torino: Giappichelli, 2020a.

SALCUNI, Giandomenico. **La "disciplina altrove"**: l'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile. Napoli: ESI, 2019.

SCHNEIDER, Thomas; WOLCKE, Benno; BÖHMER, Roman. **Taschenatlas notfall & rettungsmedizin**: kompendium für den notarzt. 4. ed. Berlin: Springer, 2010.

SCHOLTEN, Karl. **Triage**: zur strafbarkeit ärztlicher auswahlentscheidungen. Hamburg: Dr. Kovač, 2011.

SEFRIN, Peter; WEIDRINGER, Johann Wilhelm; WEISS, Wolfgang. Katastrophenmedizin: sichtungskategorien und deren documentation. In: **Deutsches Ärzteblatt**, Köln, Jahrgang 100, heft 31/32, p. 2.058, 2003.

SOWADA, Christoph. Strafrechtliche probleme der triage in der corona-krise. In: **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, München, Ed. Beck, jahrgang 40, heft 8, p. 452, 2020.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Corona-pandemie, triage und grenzen rechtfertigender pflichtenkollision. In: **Medizinrecht**, Berlin, Ed. Springer Verlag, v. 38, n. 8, p. 627-637, 2020.

VIGANÒ, Francesco. **Stato di necessità e conflitto di doveri**. Milano: Giuffrè, 2000.

VOßKUHLE, Andreas. Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!: das prioritätsprinzip als antiquierter verteilungsmodus einer modernen rechtsordnung. In: **Die Verwaltung**, Berlin, Ed. Duncker & Humblot, v. 32, p. 21-41, 1999.

WALTER, Tonio. Lasst das Los entscheiden! In: **Zeit Online**, Hamburg, 2.4.2020a.

WALTER, Tonio. Menschlichkeit oder darwinismus? zu triage-regeln und ihren gründen. In: **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, München, Ed. C.F. Müller, 2020b.

WITTE, Tobias H. **Recht und gerechtigkeit im pandemiefall**. Baden-Baden: Nomos, 2013.

ZIMMERMANN, Till. **Wer stirbt zuerst?** In: **Legal Tribune Online**, Hürth, Ed. Wolters Kluwer, 23.03.2020.

Submissão em: 21 de julho de 2021

Último Parecer favorável em: 3 de novembro de 2021

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

RUGGIERO, Gianluca. *Stato di necessità e conflitto di doveri nel triage pandemico: qualche riflessione di diritto comparato sui rapporti fra linee guida, raccomandazioni e cause di giustificazione nel diritto penale*. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 3, p. 138-152, set.-dez. 2021.

## LEGAL MODELS OF FLOW AND CONTROL IN QUESTION<sup>1</sup>

JEAN-SYLVESTRE BERGÉ<sup>2</sup>

The geophysical displacement of goods and of persons raises many questions for the law.

These are often difficult questions. There are two reasons for this.

First, it can be said that the law involves creating stasis. It approaches all kinds of realities by endeavouring to squeeze them into legal categories to which distinct and, if possible, predictable legal regimes are then assigned. There is nothing trivial about such an approach. Creating stasis from movement is no mean feat.

Second, the law never develops just one point of view on the things it tackles. It is not a monolithic, universal and permanent discipline. It varies from one area to the next, and from one place or epoch to the next. And the focus of this essay exacerbates this composite and evolving state for one well-established reason: the celebrated theory that tells us that movement is relative. Depending on one's perspective, it can be described in totally different ways (for an outreach presentation of this theory, see: TOLMAN, 2010). And so it is difficult to talk about it univocally.

This produces a whole series of difficulties that legal scholars must face each time they endeavour to use the tools of their discipline to tackle a situation in movement and its control.

It is the ambition of this article to analyse different difficulties:

1. the challenging legal spatialisation of flow;

---

<sup>1</sup> This article is a contribution to the 'IFITIS' senior research programme on "Full Movement beyond Control and the Law", funded by the *Institut Universitaire de France* (IUF – 2016–2021) a large part of which was carried out in Brazil (UERJ - USP - UNICEUB). For an overview of the project and its output, see <http://www.universitates.eu/jsberge/?p=25673>

<sup>2</sup> Jean-Sylvestre Bergé is a member of the group of research CNRS GREDEG and a fellow of Institut Universitaire de France. Law Professor at the University of Côte d'Azur – France. Doctorat – HDR (Habilitation à Diriger les Recherches) et Maîtrise - DEA (Diplôme d'Études Approfondies) en Droit International et Européen par l'Université de Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. *mail:* jean-sylvestre.berge@univ-cotedazur.fr – Blog Law & Pluralities: [www.universitates.eu](http://www.universitates.eu)

2. the difficulties of distinguishing between different spaces of flow;
3. the difficulties of addressing the modalities of movement in legal terms;
4. the difficulties of addressing the lack of movement in legal terms;
5. difficulty of legally defining control;
6. the law and the illusion of control.

## **1 THE CHALLENGING LEGAL SPATIALISATION OF FLOW**

The term “legal space of flow” is not common among legal scholars. It merits a preliminary explanation here (1.1). We will then consider the difficulties for the law of defining three types of spaces of flow: national (1.2), international (1.3) and European (1.4).

### **1.1 What is a Legal Space of Flow?**

What is meant by the legal spatialisation of flow? It simply means defining a legal space of flow.

This task is less straightforward than it may appear at first.

We are not talking about the largely established practice of determining in legal terms all or some of the elements of a situation of movement in a given area, whether locally, nationally or internationally.

Rather we are talking about ensuring that the legal space espouses the – necessarily dynamic – forms of the situation in movement.

Let’s look at two examples to better understand this concept of the legal spatialisation of flow: one on a local and one on an international scale.

On the scale of a town or city, urban space can be represented by a map of the circulation of persons and goods (the same could apply on a much larger scale, whether intercity, regional, national or international). This task is generally accomplished through public policies focused on mobility. The stated aim is to improve circulation so that each of us can move around in more optimal conditions. These policies are of keen interest to the law. Administrative law, particularly in relation to urban planning, provides the essential legal frameworks with which to structure this circulation.

This type of spatialisation does not only relate to the urban world for inter-urban connections. It can also affect rural and even isolated areas. This can be seen in the remarkable case of ski lifts installed when creating or extending winter resorts.

These working assumptions point to the fact that movement is legally spatialised.

It is structured in relation to a space. This space represents a conceptual and functional unit. Identifying it enables all of the potentially applicable legal rules to converge towards a single phenomenon: movement within that space.

In a more micro-legal context, we can find another example of the legal spatialisation of flow in an international environment.

Let's consider how a transatlantic flight between Nice and New York is organised. Imagine a legal scholar who sets about trying to identify all of the legal rules put in place to allow this flight to operate. These rules may be State rules, inter-state, regional (European) or even private (transnational). They may fall under public law or private law, binding or simply complementary, etc.

How can we form a picture of this burgeoning and heterogeneous set of rules that apply to movement?

The response is to be sought in the legal spatialisation of flow. A transatlantic flight gives rise to a normative space formed by combining all of the rules that govern that particular situation in movement. This space is highly constructed and entirely thought out and organised for one sole purpose: the movement of the aeroplane from Nice to New York.

Can this analytical framework provided to us by legal spaces of flow be applied to the three major legal environments that are national, international and European spaces?

This approach to legal constructs at different levels, adopted and theorised by the author in previous research (BERGÉ; HELLERINGER, 2017), may prove useful.

The law offers a multitude of implementation contexts and it is important to develop multiple perspectives of how the law operates depending on the level in question.

## **1.2 Defining a National Space of Flow**

Two questions need to be asked here: is it possible to speak of "space" in a national context, and how is it to be approached as a space of flow?

In the language of the law, the term "national space" is rarely used.

Far more common is the term "national territory", one of the three components of the State. In modern law, the notion of territory is intimately linked to that of the State. Together with a population and political authority, it is one of the three primary components (1933 Montevideo Convention). This territory is said to comprise different "geographic spaces": terrestrial, aerial and maritime. Its main function is to delimit the scope of validity of the State's legal order. The territory is what establishes territorial sovereignty, the application of laws therein and the spatial competence of State authorities, particularly the jurisdictions called upon to serve justice in the name of that territory's people. The territory can also be the subject of disputes and fuel opposing interests which international public law tries to settle (see in particular: KOHEN; HÉBIÉ, 2018).

This results in confusion between space and territory. In its national dimension, they are one and the same insofar as lawmakers do not generally see the point in attributing a specific meaning to national space.

Is it common to refer to national space, i.e. national territory, as a space of flow?

Let's approach this question from the perspective of public freedoms, in particular the right to come and go as one pleases.

In France, this right is not expressly stipulated in any text of constitutional value (even though it did feature in the drafts (the "April Declaration") for the Preamble to the 1946 Constitution), and it was 1979 (in a case on motorway tolls) before the Constitutional Council issued a judgement on this question for the first time.

This is not an absolute freedom, and the essence of the judges' work related to the control of breaches thereof. But cases in which encroachments on the freedom of movement (such as house arrest) are deemed excessive are few and far between.

A similar situation can be observed in several countries studied as part of this research, where internal movement can take on a very significant dimension (Brazil, Canada and the United States). The books, collections of essays and case law dedicated to freedoms rarely include specific references to the right to come and go as one pleases in national spaces.

So we can conclude that "national space" is not seen in any cardinal sense as a space of flow.

### **1.3 Defining an International Space of Flow**

In the international legal environment, two characteristic criteria of this environment are frequently used: its extraneous and international qualities.

Do these criteria allow us to assert the existence of an international space of flow?

In law, extraneity can be used to describe an otherness whose reference point is the State's legal order. That which is not national is foreign.

It is a criterion used in private international law to mark the existence, in a private context, of a factual or legal element located abroad and which can lead to the application of specific rules, such as the rule whereby a foreign law can be deemed applicable.

In public international law, this notion does not play a central role. Because this branch of the law is intended to operate beyond national/foreign distinctions, it only attaches secondary importance to the notion of extraneity (for example to describe a foreign State's compliance with its rules on its national territory).

When it comes to international space, any extraneous quality can be said to be antinomic.

To define international space, one must simply eschew any notion of extraneity. For example, to assert a space formed by a set of substantive international rules presupposes the circumvention of considerations relating to any internal legal order, i.e. national or foreign. International maritime and air space can only exist by erasing State territories and thereby any distinction between national and foreign. This is even more true of transnational space (merchandise, sporting activities, organised crime, etc.), which literally penetrates borders (on this topic, see: WYLER; PAPAUX, 1999).

And what about the international criterion?

This is a highly multifaceted criterion. Looking at the most common ways in which it is understood, we will now consider to what extent or whether it can be used to define international space.

One understanding of the international dimension is that it stems from extraneity. Any situation of an extraneous nature is international. This minimum requirement can be characterized by the realisation of a material fact: part of the situation to be governed is located in a foreign country. It may also be the product of a legal construct: the situation becomes international because the parties involved decide to invoke a foreign legal instrument, thus rendering it international (e.g. parties to a purely internal contract choosing a foreign legal system; or creating a legal entity in application of foreign law).

Another understanding is that the international dimension marks the departure beyond purely national (and foreign) considerations, with legal questions taking on a truly international quality. For example, a rule governing public order will be said to be truly international. Similarly, an adjudicator (such as an arbitrator) is said to have a veritable international scope.

The international dimension is also said to have a systemic quality. References to an international legal order clearly reflect this point of view. We may be talking about a legal order with an essentially inter-State dimension, as is the case in public international law when it is the international legal order that primarily determines the relations between States. But from a broader perspective, we could also be talking about transnational legal orders capable of organising any type of activity (standardisation, sport, trade, etc.).

The final understanding of the international dimension is that it is of an allegorical nature. For example, when legal scholars refer to the “search for solutions of international harmony” (private international law), to the existence of “an international community or society” (public international law or transnational law) or to “the needs of international trade” (law of international trade or arbitration), these are not established concepts but rather figurative and all-encompassing representations that play a very important role in the construction of legal domains.

To what extent do these different interpretations of the international dimension allow us to describe the existence of an international space?

In the first interpretation, the notion of what is international presents the same shortcomings as extraneity (see above). It is not therefore in itself sufficient to describe the existence of an international space.

The second and third interpretations offer more interesting perspectives. Inherent in the assertion of an international or transnational rule, adjudicator or legal order is the erasure of a purely territorial division in favour of the emergence of new spaces. Generally speaking, there are no international territories specific to such legal entities. However, there are international (or transnational) spaces within which these different concepts play out.

The fourth interpretation is probably the most fruitful. You might say that the poetic reference to solutions of international harmony, the international community or society and the needs or interests of international trade loosens the spirit of schemas essentially constructed on the notion of the State's legal order. The extent of this looseness varies. But to describe the environment in which all of these notions are evolving, referring to a space (international or transnational) may prove very useful (on this topic, see POILLOT-PERUZZETTO; MARTY, 2002).

Given that the extraneous criterion, whether taken alone or intertwined with the international criterion, cannot be used to designate spaces, it is impossible to argue that it helps shape spaces of flow.

However, we can look at the potential offered by the other three interpretations of the international criterion in terms of asserting the existence of international spaces of flow.

To what extent do they allow this?

The answer is that the legal discourse on this specific question displays a great deal of relativity.

If one reads the texts affirming the existence of rules and adjudicators with an international dimension, an international or transnational legal order, solutions of international harmony, an international community or society or the needs and interests of international trade, one can hardly say that the watchword is movement.

Movement is of course sometimes addressed. The intervention of a rule or an adjudicator with a truly international dimension can occur as part of a situation in movement. The affirmation of an international economic legal order (e.g. WTO) is initially correlated with the doctrines of free trade. The first stage on which the transnational order for merchandise or organised crime played out was the sale and transport of merchandise or the illegal trafficking thereof. Solutions of international harmony can be based on mechanisms of referral or recognition that to some extent structure the *circulation* of national legal solutions. The international community or society is built on a wide range of mechanisms for the exchange of information and practices. And the needs and interests of international trade are a vector for a discourse on free trade designed to protect its interests.

But all of these discourses are very much relative when it comes to asserting the existence of international spaces of flow.

In the eyes of the law and of legal scholars, there can only truly be international spaces of flow in scenarios in which the law effectively participates in the organization thereof. This is far from being systematically the case.

The law's contribution is very unequal from one situation to the next. This is true, for example, of solutions of international harmony which require more than the mere "goodwill" of stakeholders to coordinate different systems. True international harmony demands a very high level of legal construction which all too often is not achieved on an international scale. The same can be said of the international community or society whose achievements are not all thanks to the formation of an international space of flow, far from it.

Indeed, the law very often plays no more than a bit part in international movement, which is a paradigm that is essentially foreign to the law and its constructs. Its primary origins lie in political economics.

And so one must accept that, for different reasons from those that mark national spaces, international space cannot be analysed on the face of things as a legal space of flow.

In short, movement has not been theorised as part of international space. It is of course present there but only incidentally.

#### **1.4 Defining a European Space of Flow**

By European space, we refer here only to the context of the European Union, which offers an unparalleled example in the world today in terms of movement not found in the law of the Council of Europe.

In the law of the EU, it is a well-established theme. Europe has given rise to a space of flow. But what terms should we use to discuss it?

The EU has given rise to 2 major "spaces": its internal market and the area of freedom, security and justice (AFSJ).

These dimensions – "internal market" and "freedom, security, justice" – have been carefully unpacked. This is true of the internal market (originally known as the "common market"), which served as the foundation for the European Economic Community (EEC). This market was theorised in the legal world and all of the new legal constructs deployed therein were the fruit of extensive efforts.

More recently, European law on the freedom of movement, security and justice has also been theorised. This is particularly demanding work. It is a heterogeneous area of law. To tackle it, one must combine legal specialisations that are almost exclusive of one another (public, private, civil, criminal, internal and international law).

In these two spaces, movement is omnipresent. In the internal market, it has four components: goods, services, capital and persons. As for the AFSJ, its first dimension "freedom" is directly linked to the movement of European citizens (not including economic entities, who fall under the internal market)

and third country nationals. The two other dimensions are “security” and “justice”. But they also contain provisions relating specifically to movement in areas that are particularly demanding (exchanges of information relating to security, “movement” of judicial decisions, evidence, etc.).

This rather advantageous landscape masks a significant weakness, however.

From the theoretical perspective, what is meant in legal terms by the space of the “internal market” and “freedom, security and justice”?

We should remember that the notion of space is distinct from that of territory, which in the language of EU law (particularly in the two treaties on the European Union and how it functions) refers to the territories of member States.

In so far as it is incorrect in EU law to refer to the existence of any “European territory”, one might think that the notion of a “space” is simply used as a substitute.

But such a justification by default is not satisfactory.

The term “space” is not only applied as a layer atop the territories of member States. It carries its own meaning, especially when, as is very common in European law, it is associated with vast phenomena of movement.

And, as far as the author is aware, this term has not been the focus of any significant research (see for example: LENAERTS; Van NUFFEL, 2011).

The uniqueness of European law is such that considerable efforts have been made to extricate it from the dual cradle of national and international law. This was often a fraught battle, with various pioneers emerging, and can now be said to be a reference in the composite world of legal experts (academics, judges, lawyers, legal advisers, etc.).

But with hindsight one could be forgiven for thinking that things became a bit unhinged!

Here’s why.

The ambition to legally construct a European space of movement spanning various national territories is an extraordinarily difficult one. This is true of any legal construct addressing movement.

As advances were made in European law, a striking trend emerged which was to expand or exaggerate the reach of European freedoms of movement. This trend is now well-established. It can be observed in various European countries and potentially among all legal scholars, whether or not they feel in sync with the European project.

This over-emphasis, somewhat similar to the metaphorical approaches to movement adopted in the international context, clouds our understanding of the European space of movement. It is already probably the world’s most developed supranational space in terms of movement, so is there any need to go even further and heighten its potential beyond what is provided for in the European treaties?

To illustrate this, we will look at two major developments in the case law of the European Court of Justice (ECJ).<sup>3</sup>

The first relates to what is known as the passive freedom to provide services. The Court's case law has underpinned a particularly significant extension of free movement in this area.<sup>4</sup> This extension resulted from the enshrinement of the right of beneficiaries of such services to benefit from free movement. These beneficiaries are not expressly referred to in the European treaties, which only refer to service providers. But the ECJ recognised that tourists, recipients of medical care, business travellers or students should be seen as beneficiaries of services to whom the principle of free movement grants the right to travel to another State and avail themselves of a service there. All nationals of member States who, without benefiting from any other freedom guaranteed by the Treaty, intend to do this fall under the provisions relating to the freedom to provide services. Although rarely criticized by specialists in the area, this extension of European freedoms of movement raises certain questions. It places Europe's mechanisms, in particular that which ensures free trade, in relationships that include non-service providers, with all of the additional constraints that that implies for national public authorities. In other words, it marks the upheaval of the initial ambition in the treaties, which were much more modest.

The second development, at times linked to the first, relates to the affirmation of a subjective European right to movement. This is a long-standing affair. Those who know the genealogy of a key ruling in the European construct (CJEU, 5 Feb. 1963, 26/63, *Van Gend en Loos*) will know that the affirmation of this subjective right found its way into one of the translations of the Court's judgement, even though the expression did not appear in the original text. Other ECJ judgements provided opportunities to discuss this topic, and it has been a recurring theme in the doctrine in various guises. What is most striking in the affirmation of the subjective right to movement and its variants is the willingness to give this legal concept quasi-automatic application. If such a subjective right exists, then it essentially depends on the will of its holder. We should not be afraid to say that this approach can rarely be verified in practice. One need simply look at the Court's body of case law as a whole in this area to understand that freedoms of movement, when it comes to their practical implementation, clash with the local and national contexts in which they are exercised. It is all too often forgotten that European law is of a profoundly incomplete nature. It is therefore very often an exaggeration to assert that the European Union has established a prerogative of movement in a multi-territorial space that is equivalent to a comprehensive subjective right.

---

<sup>3</sup> On the central role played by the Court of Justice in the development of EU Law, see Maduro and Azoulai (2010).

<sup>4</sup> See in particular: European Court of Justice (ECJ), 2 February 1989, *Cowan*, Case 186/87. For an example of the instrumentalization of the passive freedom to provide services by a national judge (UK) inclined to circumvent an internal public policy rule on the prohibition of post-mortem insemination, see our article (BERGÉ, 1999).

## **2 THE DIFFICULTIES OF DISTINGUISHING BETWEEN DIFFERENT SPACES OF FLOW**

To understand the uncertainties inherent in the legal distinction between national (2.2), international (2.3) and European movement (2.4), one must consider the scenarios in which this distinction clearly reveals three different bodies of rules (2.1).

### **2.1 What One Can Expect From the Legal Distinction Between Spaces**

Each time the law sets out to tackle a situation in movement, this raises the question of defining the different legal regimes according to the national, international and European dimension of that movement.

By way of illustration, let's return to the circulation of waste. In order to be treated or recycled, waste must often first be moved. This circulation is highly regulated. The law can, for example, favour short waste treatment circuits. It can frame, limit and even prohibit the export or import of certain types of waste.

Depending on the territory or territories affected by the transport of waste, the applicable legal rules are not necessarily the same.

An example can be found in one EU regulation<sup>5</sup> which distinguishes between no fewer than five different legal regimes governing movement:

- transfers within the European Union, whether or not they transit through third countries;
- transfers exclusively within each member State;
- exports from the EU to third countries;
- imports into the EU from third countries;
- transits through the EU beginning and ending in third countries.

This type of breakdown between different bodies of rules can lead to long-haul legal battles.

An example of this is the case of *S.D. Myers Inc. vs. Canada* (1998–2002) about the transport of waste on the Canadian–US border.<sup>6</sup> The case was approached in light of the free trade agreement between the two countries (NAFTA). The court of arbitration (with jurisdiction in application of the rules of the UNCITRAL) ruled against Canada for refusing to export waste even though it contained substances (polychlorinated biphenyls or PCBs) that are now forbidden under international regulations (2001 Stockholm Convention on

<sup>5</sup> Regulation (EC) N°1013/2006 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 on shipments of waste.

<sup>6</sup> On this case, see: [https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/data/can/s.d.\\_myers\\_inc.html](https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/data/can/s.d._myers_inc.html).

persistent organic pollutants, ratified by Canada). As the legal arguments played out, the discussion addressed the merits of the cross-border transport of waste compared to internal transport within Canada intended for a treatment facility located further away than the one in the United States.

This manufactured state of affairs is undermined each time the distinction between national, international and European situations is blurred by phenomena of movement.

To begin, we will look at the case of purely domestic situations faced with such phenomena.

## 2.2 Purely Domestic Situations and Spaces of Flow

The term “purely domestic situation” is generally used to refer to a national (domestic) space in opposition to international or European space. The aim is to lay down the limits between spaces to avoid international or European legal rules interfering with national ones intended to govern situations that are exclusively located within a single State.

This is a notion heavily drawn upon in the EU when it comes to freedom of movement. Implicit in the benefit of the rights associated with the freedom of movement is travel within the Union. “Purely domestic situations” therefore fall outside the scope of this freedom.<sup>7</sup>

We also find this notion in international law, each time the international dimension of a situation is a precondition for the applicability of a rule not intended to produce effects within the domestic order.<sup>8</sup>

However, great uncertainties remain in relation to this compartmentalisation of domestic space.

In EU law, it is common for purely domestic situations to be subjected to EU rules. For example, in the name of the freedom of movement enjoyed by European citizens, member State nationals have been authorised, even in the absence of any proven mobility, to invoke European law to supersede their national authorities.<sup>9</sup>

In international law, the compartmentalisation of the rules governing movement is not always possible. The Basel Convention, for example, not only contains rules on the import and export of waste: as the end of its title suggests, it also sets out the rules applicable to the disposal of waste, rules which have an impact on national waste as well as on that which is imported or exported.

This type of example shows that, even in a scenario in which a legal rule is only intended to apply to European or international movement, it is quite common for it to spill over that framework and affect purely domestic situations.

<sup>7</sup> See for example, European Court of Justice (ECJ), 28 March 1979, Saunders, Case 175/78.

<sup>8</sup> See for example, Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal (1989), which defines specific rules for the import and export of waste.

<sup>9</sup> See for example, European Court of Justice (ECJ), 2 October 2003, Garcia Avello, Case C-148/02; ECJ, GC, 8 March 2011, Zambrano, Case C-34/09.

There are many reasons for this overspill. For example, it may be that a national territory does not wish to deprive its citizens of the rights granted to those who participate in some form of movement, so it can avoid situations of so-called “positive discrimination”.

But it may also be due to the tremendous difficulty of containing a situation in movement within precise boundaries. It is as though movement resisted any stasis imposed by the law. When the law tackles movement, it must accept that its contours are uncertain, especially where it spills over into situations considered domestic.

### 2.3 International Situations and Spaces of Flow

In this section focused on international situations and movement, the aim is to show how the law is capable, for a given legal situation, of either establishing a link between movement and the international dimension or completely overlooking it.

The example chosen to illustrate this is the definition of an international contract.

In the French *Pélessier du Besset* case<sup>10</sup>, judge Matter lent his name to a famous doctrine under which payment is deemed international if the related contract produces “ebb and flow across borders”. Much was at stake in this qualification, since it involved determining whether cross-border payment could escape the application of rules intended to govern national payments. Movement here plays a central role in defining the international nature of the situation, and the image of twofold movement is made perfectly explicit.

This approach to the international dimension of a contract based on movement is completely absent from a key instrument of today’s applicable positive law: the EU regulation ‘Rome I’.<sup>11</sup> While the rules of the Regulation are intended to apply “in any situation involving a choice between the laws of different countries” (Art. 1.1), it stipulates that “The fact that the parties have chosen a foreign law [...] shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law at the country which cannot be derogated from by contract” (Art. 3.3). In other words, under the provisions of this text, parties to a purely domestic contract can artificially create the conditions for a situation involving a choice between legal systems by choosing to apply the law of another State. Here, there is no reference to the notion of movement. It is not a precondition for the application of a rule specially designed for international contracts.

The comparison between these two solutions clearly shows that movement is not a clear characteristic indicative of an international situation.

<sup>10</sup> Cour de cassation (Ch. civ.) - 17 May 1927, *Dalloz Périodique* 1928 I. 25, case note H. Capitant.

<sup>11</sup> Regulation (EC) N.º 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

The explanation for this is to be sought in the recurring difficulties of defining an international contract.<sup>12</sup> But the fact remains that movement can be at the heart of such a contract just as it can be totally absent from it.

## **2.4 Situations in Europe and Spaces of EU Flow**

The third scenario relates to the definition of European situations and their relationship with movement.

The rules of the internal market only apply, in principle, to journeys within the European Union. Such is their very purpose. For example, the Treaty on the Functioning of the European Union<sup>13</sup> only provides for the free movement of persons within the EU.

However, in some cases, the provisions on the free movement of persons can affect regulations with a global reach covering cases of mobility with or between third countries as well as European mobility. The ECJ has recognised that in such cases European law can affect an international regulation as a whole provided a minimum link can be established with the territory of an EU member State.<sup>14</sup>

This type of ruling shows that, while the application of European provisions on free movement requires “localisation” in an EU territory, European law does not subordinate its application to the condition of movement being effectively observed within the European area.

The notion of movement here is uncertain. The law on European movement applies to situations in third countries in which there is no strictly European movement as such.

## **3 THE DIFFICULTIES OF ADDRESSING THE MODALITIES OF MOVEMENT IN LEGAL TERMS**

The law has seen significant developments in addressing the modalities of movement. This is a challenging area with significant uncertainties remaining, whether in domestic (3.1), international (3.2) or European law (3.3).

### **3.1 The Domestic Legal Environment**

In domestic law, one might ask whether a thing’s state of movement plays a role in the way it is dealt with by the law.

---

<sup>12</sup> On the relative and functional nature of internationality applied to international contracts, see Ancel, Deumier and Laazouzi (2019, p. 5 et seq.).

<sup>13</sup> Articles 45, 49 and 56 of the TFEU.

<sup>14</sup> For an example in the field of sports regulation: European Court of Justice (ECJ), 12 December 1974, Walrave, Case 36/74.

At first glance this question seems simple: should a thing's movement be made a characteristic trait of its legal regime?

But the response is not as simple as first appears.

One answer would be to say that putting something into a state of movement does not fundamentally change the way it is dealt with by the law.

An opposing answer would be to argue that something in a state of movement has specific characteristics with a significant impact on its legal regime.

One type of movement generated by humans has been the stage for such discussions: road traffic.

The earliest cases related to horse-drawn vehicles and in France were usually treated in reference to the laws on liability for injury caused by animals, equivalent to the laws on liability for injury caused by things.

With the emergence and mass development of motor-powered land vehicles, the question was seen in a new light. Should these vehicles be seen as ordinary things that would fall under the laws on liability for injury caused by things? Or, on the contrary, was a new specific legal regime needed for this category?

Such questions are now seeing new developments with the prospect of self-driving vehicles being put into circulation. Will this new mode of transport, without the need for human intervention, lead to reflections on the creation of a new legal regime?

Faced with such questions, it is worth considering just how difficult an issue this is to resolve. To do this, we will focus on the case of French law governing traffic accidents.

A piece of legislation was amended in 1985 in this area.<sup>15</sup> Both the debate that preceded the legislation and that which opened up immediately after it came into force show the extent of its complexity.

To put it simply, there was one conservative view that fought tooth and nail to defend the need to maintain traffic accidents within the realm of the ordinary legal mechanisms for civil liability, in particular liability for injury caused by things. In contrast, another reformist view argued that traffic accidents needed to be taken out of this regime and placed under a new one.

The introduction of the 1985 legislation sealed the win for the reformists.

Without exploring all the aspects of the legal regime finally chosen by the legislature and subsequently consolidated by case law, it is worth noting that this approach to the regulation of traffic was essentially developed as a legal regime for traffic accidents. In particular, the statistical approach to accidents (sometimes referred to as "accidentology") played an absolutely fundamental role in this key reform of French law.

---

<sup>15</sup> Law n.º 85-677, 5 July 1985, "tending to improve the situation of victims of traffic accidents and to speed up compensation procedures".

Indeed, the notion of movement inherent in traffic played very much a secondary role. What counted above all was managing the risk of “accidents”.

This state of affairs points to the somewhat uncertain nature of the legal regime governing traffic. Instead of tackling the issue head-on and addressing the question of whether a thing in a state of movement has a different legal regime to one in a state of inertia, the reverse approach was adopted. Things with their own independent dynamism were assimilated to inert things. Doubtless they played a role in profoundly modifying the legal reasoning underpinning the 1985 legislation, but it would seem that recognising that these legal changes were the direct consequence of the presence of things in a state of movement with their own legal nature is a step that has never been collectively taken in French legal thinking.<sup>16</sup>

### 3.2 The International Legal Environment

We will begin by looking at private international law in relation to “movement”, in particular the legal mechanism for settling “mobile conflicts”.

The notion of a mobile conflict in private international law is about whether, in dealing with a private international situation, one must take into account the change in location. For example, if a rule in private international law states that it is the law in the item’s location that is to be applied, which law applies if that item is moved from one State to another? Similarly, if the rule provides for the application of an individual’s domestic law, what happens if that person changes nationality?

Faced with this difficulty, authors (including Etienne Bartin, who came up with the term “mobile conflict”) have suggested different approaches, including reliance on the theory of acquired rights or the application of the principles of transitory law. The least that can be said is that such proposals have hardly been retained in positive law. The generally recognised trend is that the change in location is dealt with by interpreting the rules of private international law. Some rules involve taking into consideration a past event (such as a person’s nationality at the time of their birth), whereas others on the contrary require a reference to more recent events (such as the item’s current location).

Without needing to go into the details of these highly technical discussions, it may be worth exploring the way in which the discourse on movement is or is not taken into account when dealing with so-called mobile conflicts.

There are two striking features of the analyses.

First, if the term “mobile conflict” is not used to refer to a rule of (mobile) conflict that is specific to such a situation, and if ultimately one must return to the stipulation of each specific rule for legal conflicts, as in the case of positive law,

<sup>16</sup> On the French liability regime for traffic accidents, see Viney, Jourdain and Carval (2017, n.º 129 s).

then its only use is to refer to a difficulty without providing a solution. It is therefore of little use.

Second, whatever the analysis, mobility is reduced to two separate events from which to choose: the location before or after the movement. This approach, driven by the logic of the rules that are being applied, does not address the situation in movement as such. Either the mobility is denied in the event that the original location prevails, or it is dealt with in terms of the effects produced by the changing situation. But under no circumstances is the conflict actually “mobile”. It is attached to one of the two locations. And so the word “mobility” has a meaning that is at the very least uncertain.<sup>17</sup>

Another illustration can be found in international transport law when it aims to develop what is termed a “multimodal” approach.

Transport law is compartmentalised into different families of legal rules depending on the mode of transport in question: maritime, land, air, rail, road, waterway. From an international perspective, analysts have asked how it can be possible to organise a veritable transport chain in which the merchandise moves from a ship to a train and onto a truck. The legal spaces concerned by this type of practice may be internal, international or European, or even all three at once. But the approach is intended to be global insofar as all of these aspects are considered at the same time in an effort to make all the legal instruments converge towards the same objective: the end-to-end organization of transport involving a succession of different modes of transport.

To accompany such a highly elaborate system, the law has taken several different initiatives. But as specialists recognise, these have not worked. Examples include:

- the fact that the 1980 UN Convention on multimodal transport never came into effect due to insufficient ratification;
- the major difficulty of organising such transport based on contract law, given the divergent regulatory approaches (particularly when it comes to freight brokers);
- the particularly laborious process of ratifying the 2008 Rotterdam Convention, developed by the UNCITRAL, on the international carriage of goods wholly or partly by sea.

This trend is not the reserve of international law. There have been many difficulties at a European level in promoting specific initiatives (such as the Integrated Services in the Intermodal Chain, or ISIC project) as well as domestic difficulties (particularly in France) in developing this type of combined transport, especially via waterways, railways and roads.

These difficulties essentially related to the fragmentation of the applicable legal rules. The notion of “multimodal movement” has not become sufficiently rooted

---

<sup>17</sup> For a presentation of the theories involved and the legal solutions at two different periods, see in particular, Batiffol and Lagarde (1993, n.º 318 et seq.); Audit and d’Avout (2018, n.º 306 et seq.).

to achieve convergence between the multiple international legal instruments. It is a legally uncertain notion (for an overview, see SPANJAART, 2017).

### 3.3 The European Legal Environment

The third illustration relates to the way in which European (EU) law has a tendency to develop an unclear discourse on the issue of movement, despite being accustomed to working closely with it. This example is taken from a sequence of European Court of Justice (ECJ) rulings on the EU's external competence.

In 2017 the Court issued two opinions respectively on the EU's exclusive competence to sign the 2013 Marrakesh Treaty to facilitate access to published works for persons who are blind, visually impaired or otherwise print disabled<sup>18</sup> and on the EU's exclusive and shared competence to sign a free trade agreement with the Republic of Singapore (2018).<sup>19</sup>

These two opinions brought two distinct areas face-to-face: common commercial policy (hereafter referred to as trade policies) and the protection of intellectual property. To distinguish between the two related legal regimes when it came to the EU's external competence, the European judge dedicated a significant portion of his analysis to movement.

In opinion 3/15, he wrote,

It is thus apparent not only that the cross-border exchange promoted by the Marrakesh Treaty is outside the normal framework of international trade but also that the international trade in accessible format copies which might be engaged in by ordinary operators for commercial purposes, or simply outside the framework of exceptions or limitations for beneficiary persons, is not included in the special scheme established by that treaty (pt. 97).

In opinion 2/15, he argued that

in the light of the key role [...] that the protection of intellectual property rights plays in trade in goods and services in general, and in combatting unlawful trade in particular, the provisions of Chapter 11 of the envisaged agreement are such as to have direct and immediate effects on trade between the European Union and the Republic of Singapore (pt. 127).

So what are we to make of these two opinions specifically in light of the Court's discourse on movement?

On the one hand, the Marrakesh Treaty is said not to relate "specifically to international trade" and to be "outside the normal framework of international

<sup>18</sup> European Court of Justice (ECJ) Opinion 3/15, 14 February 2017.

<sup>19</sup> European Court of Justice (ECJ) Opinion 2/15, 16 May 2017.

trade”, even though at the same time it sets the objective of “facilitating access to published works” protected by intellectual property law.

On the other, one finds the free trade agreement with Singapore which, even though it contains a “set of provisions” designed to ensure “an adequate level of protection of their intellectual property rights” and “standards of protection of intellectual property rights”, “in no way falls within the scope of harmonisation of the laws” but rather sets out to “govern the liberalisation of trade”, even stipulating that where intellectual property law plays a key role in international trade, the dedicated provisions in a free trade agreement are “such as to have direct and immediate effects on international trade”.

All of this does not stand up to scrutiny. The ECJ may assert in opinion 3/15 that “international trade”, including “for commercial purposes”, is not included in the specific regime established by the treaty, but it struggles to convince. Article 5 of the Marrakesh Treaty focuses on the “cross-border exchange of accessible format copies”, Article 6 on the “importation of accessible format copies” and Article 9 on “cooperation to facilitate cross-border exchange”. The purpose of the Marrakesh Treaty may be highly specialized, but it would be difficult to argue that it does not contain entirely innovative provisions on the cross-border movement between signatory States of works protected by copyright intended for a targeted readership (blind, visually impaired and otherwise print disabled persons).

As for opinion 2/15, the ECJ quite simply contradicts itself. On the one hand, we are told that the free trade agreement with Singapore does not seek harmonisation of intellectual property laws, and on the other that it lays down “standards of protection of intellectual property rights displaying a degree of homogeneity” within the area of EU–Singapore free trade. Furthermore, one need simply read Chapter 10 of the agreement to note that many of the provisions have a substantive dimension, meaning that they relate to the subject of intellectual property itself. To take just one example: durations for the protection of intellectual property rights are set out in the free trade agreement that stretch beyond the minimum provisions provided for in the founding treaties (Paris and Bern, cited above). So the authors of the free trade agreement clearly intended to govern the question of intellectual property rights, just as the Marrakesh Treaty does in a specific area. To say that these provisions have “direct and immediate effects on international trade” takes nothing away from either their nature or purpose.

What is clear is that the ECJ has ventured into an argumentative territory relating to movement that has been insufficiently elaborated and constructed. It can be described as uncertain.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> For both a legal and economic analysis of this case law sequence, see our study co-authored with Harnay and Bergé (2019, p. 213).

## 4 THE DIFFICULTIES OF ADDRESSING THE LACK OF MOVEMENT IN LEGAL TERMS

This scenario, used here to deconstruct the law's discourse and non-discourse on movement, is somewhat unusual. Considering movement also implies, in some cases, working on the lack thereof. In such cases, what can be said of how the law has responded?

We will distinguish circumstantial (4.1) and postulated (4.2) lack of movement.

### 4.1 *Circumstantial Lack of Movement*

How do legal experts respond to a circumstantial lack of movement? We will take two examples (which are not linked!): a plane crash and Brexit.

Plane crashes, although fewer and fewer in number, raise legal difficulties even greater than those already examined and inherent in the endeavour of organising a flight, particularly between different countries.<sup>21</sup> It is almost as though the lawmaker's machinery that enables an aeroplane to move from A to B becomes jammed when this movement is lacking. There are many examples. We have repeatedly seen the immense challenge for all stakeholders of concentrating both civil and criminal claims before a single court, resulting in the dispute being spread out, the duration of procedures being dragged out and an increase in their cost. There is also the highly peculiar case of a veto being issued by one State (Russia) against the creation of an international criminal court following the explosion during Malaysia Airlines flight MH17 over Ukraine in July 2014.<sup>22</sup>

In an altogether different register, the case of Brexit is also an illustration of a circumstantial lack of movement (see for example, DOUGAN, 2017; BAHUREL; BERNARD; HO-DAC, 2017). Organising movement within the European area has required considerable efforts of legal construction for more than 60 years. The legal work necessary to deconstruct that movement is every bit as daunting. And legal experts are all too aware of this. As has been said, one must legislate to de-legislate! And this is no mean feat. One need simply look at the situation between Northern Ireland and the Republic of Ireland to the south of the island. It is extraordinarily difficult to reconstruct the legal regime of an external border to substitute that imagined by Europe based on the model of an internal border in a common area.

In both of these examples, it is clear that the law is placed in a situation of uncertainty. It has been constructed to address cases of movement and struggles significantly to reconstruct itself where there is a lack of movement.

---

<sup>21</sup> See in particular, McCormick and Papadakis (2011). On the more general treatment in international law of disasters involving large movements of traffic, see Breau and Samuel (2016).

<sup>22</sup> Security Council fails to adopt proposal to create tribunal on crash of Malaysian Airlines flight MH17 - <<https://news.un.org/en/story/2015/07/505392-security-council-fails-adopt-proposal-create-tribunal-crash-malaysian-airlines>>.

## 4.2 Postulated Lack of Movement

Legal rules are sometimes intent on denying movement, including in scenarios where movement is an intrinsic part of the thing in question, as is the case for persons, data, capital and waste. This is a form of legal status in which the law postulates an abnormal situation of immobility so it can properly put in place a legal policy.

We will identify four scenarios in which a lack of movement is postulated by the law.

The first relates to migrants, whom various legal mechanisms seek to immobilise. This is true, for example, of house arrest mechanisms put in place under national regulations while waiting for measures of expulsion or relocation to be taken.<sup>23</sup> It can also be seen in the lack of European will to mobilise the existing instruments to enable nationals from third countries to benefit from a humanitarian visa enabling them to issue a request for international protection in the territory of a member State.<sup>24</sup>

The second relates to data storage requirements. Whether for the general protection of personal data<sup>25</sup> or data protection for security reasons<sup>26</sup>, the law seeks to closely contain data circulation to prevent stored data from being disclosed or altered.

The third scenario relates to the freezing of assets, another area that has seen the implementation of many different mechanisms, including in recent years some on a global scale (United Nations) as part of the fight against terrorism (so-called “smart sanctions”).<sup>27</sup>

The final scenario is that of landfill, which has been the subject of regulations in an effort to limit the risk of dissemination.<sup>28</sup>

All of these scenarios should be seen as paradoxical.

By their very essence, migrants, capital, data and waste circulate, and a great many legal mechanisms address this fact.

<sup>23</sup> See, for example, the numerous provisions devoted to house arrest in the French code on the entry and residence of foreigners and the right of asylum.

<sup>24</sup> See in particular: European Court of Justice (ECJ), GC, 7 March 2017, case X. and X. v Belgian State, C-638/16 PPU.

<sup>25</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

<sup>26</sup> Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the competent authorities for the purpose of the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties and on the free movement of such data.

<sup>27</sup> For a historical example: Security Council Resolution 1373 (2001) which gave rise within the European Union to Common Position 931/2001/ CFSP and Council Regulation (EC) N°2580/2001 of 27 December 2001 on specific restrictive measures directed against certain persons and entities with a view to combating terrorism.

<sup>28</sup> See, for example, the provisions of the French environment code, which devotes several articles to the issue.

Yet it is possible to legally counter this quasi-ontological status of movement by postulating a lack of movement. The law can defy the most flagrant realities and construct its own world, as we have revealed since the introduction above.

But you might say this comes at a cost.

All of these legal mechanisms built on the notion of a lack of movement are undermined, particularly in scenarios of total movement beyond control.

One can of course sustain legal discourse on such lack of movement and ignore the paradox.

But it is worth questioning both the meaning and scope of these uncertain mechanisms.

## **5 DIFFICULTY OF LEGALLY DEFINING CONTROL**

The polysemy of *control* (5.1) in the presence of ordinary movement refers to all those cases in which its exact meaning is not clear when it refers to the possibility of controlling situations in movement. The phenomenon can be observed in different contexts (5.2) or to different objects (5.3).

### **5.1 Polysemy of the Legal Discourse on the Control of Movement**

In everyday language, controlling movement may mean measuring, releasing, orienting, stopping or reversing it.

Control may refer to:

- measuring movement: collecting data on circulation is one way to control it; data is indispensable when it comes to creating a circulation model that can make it intelligible;
- releasing movement: release is obviously a form of control, since the stakeholder with the power to initiate movement can simply decide not to do so;
- orienting movement: deciding to steer a flow in one direction rather than another is another form of control; choosing one circuit over another has consequences;
- stopping movement: this is the flipside of releasing movement; being able to stop the flow that one has set in motion or that was set in motion by another is clearly an exercise of control;
- reversing movement: the ability to make flows completely reversible is no doubt the most comprehensive expression of control as it involves forms other than those mentioned above (measuring, releasing, orienting and stopping).

But when the law uses the word “control”, it is not always easy to determine its precise meaning. Does it at once cover all of the meanings listed above, or only some of them? Are there other possible interpretations?

Looking at the traditional legal corpora – doctrine, law, case law –, it is quite easy to see that this word can have multiple meanings and that it is not always easy to determine which one is intended.

## 5.2 Illustrations in Different Contexts

Illustrations of this can be found in the triple context of domestic (French), international and European law.

We will examine them in turn.

France’s Transport Code, adopted in 2010, contains 686 occurrences of the word “control”. Without wishing to study these in detail, the following observations can be made:

- the text contains numerous definitions (introduced with the expression “what is meant by [...]”), yet the word “control” is not defined at any point;
- “control” is used in very different ways in the Transport Code: the control body (highly frequent occurrence), the person in control of the vehicle (e.g. driver), one body in control of another within the chain of responsibility (e.g. a company controlled by another), the object controlled (vehicle, transport documents, driver, network access, etc.);
- the word “control” is only directly associated with the word “circulation” (which appears 274 times) on 20 occasions, many of which are redundant.

If we broaden our perspective, it can be noted that the word “control” is absent from the Code’s index (Editions Dalloz).

This can be easily explained: the notion of control is omnipresent in transport law, and so the word is highly polysemic, making it difficult to define or index.

Nonetheless, control is not really an autonomous legal notion insofar as it usually relates to the use of other notions.<sup>29</sup>

Many international texts have focused on illegal trafficking, i.e. the movement of goods or persons in conditions considered contrary to international public order.

These include the Unidroit Convention on stolen or illegally exported cultural objects (Rome, 1995). This relatively short instrument comprises a preamble and 21 articles.

---

<sup>29</sup> On the difficulties encountered in the exercise of control in the field of road transport, see Carré (2000, p. 597).

At no point does it use the word “control”. Yet that is precisely what it is about, since the purpose of this convention is to establish sophisticated procedures for the restitution or return of stolen or illegally exported cultural objects.

Although the instrument is an original text, uses the tools of both public and private law, and sets out both procedural and substantive legal rules, it fails to develop any specific discourse on the “control” of the illegal movement of cultural objects.

Control here simply underlies other notions, in particular that of the “return” and “restitution” of cultural objects, each of which has its own distinct meaning.

This situation can be likened to the many initiatives, including by the United Nations, as part of the fight against all kinds of trafficking (drugs, humans, organs, wild species, weapons, etc.) and which repeatedly refer to “control” yet fail to provide a consistent nomenclature for this concept.

This makes the discourse on control all the more variable and uncertain.<sup>30</sup>

In EU law, and particularly the laws governing the internal market, the ECJ plays an important role in controlling the obstacles to the various freedoms of movement. This is based on the compatibility test that allows it to check whether national obstacles to the free movement of persons, goods, services or capital can be justified based on various criteria.

If we take the decision-making practices of the European jurisdiction in this area as our point of reference, we note a dual contingency in the way this control is exercised. There are two duplications in this contingency: that of judges since control is very frequently exercised as part of an interlocutory procedure between a national judge and the European jurisdiction; and that of regulations given that the obstacle usually originates in domestic regulations (in the broad sense) which are then tested against the requirements of the Treaty on the functioning of the EU.

This complex configuration means that no party – national or European – has complete control over the obstacle in question. The case law generated by the ECJ is a tributary of national specificities. This state of affairs is reflected in the Court’s decision-making practices by close references to domestic context in its appreciation of the obstacle. And so it is not unusual for it to write something like “[...] which it falls to the national judge to verify [...]”, whereby the European judge leaves it up to his or her domestic counterpart to truly implement the compatibility check with all of the margin of appreciation that implies.

This might be termed “judiciary subsidiarity”, a phenomenon that is doubtless more marked nowadays than in the past. European judges carefully weigh up their reasoning, no doubt believing that much of their doctrine on obstacles has been fabricated, and nor are they unaware of the criticisms made against their interventionism, sometimes deemed excessive by member States.

<sup>30</sup> On the conceptual difficulties encountered in the international fight against trafficking, see Chaumette (2016).

The contingent nature of the “control” exercised by the ECJ is only compounded by this. It is difficult to place the control of obstacles to trade under a single model. There are several different models with varying levels of gradation depending on the case.<sup>31</sup>

### 5.3 Illustrations to Different Objects

We propose to distinguish four important objects involved in the process of circulation: persons, data, capital and waste.

Let’s start by persons.

The distinction between national and foreign plays a key role in the rights – especially public and political – that the different States in the world attribute to individuals. It is a tool of control over the movement of foreigners who are given lesser prerogatives than national citizens. For example, since banishment is punishable under international law, a State can refuse to expel one of its citizens but allow itself to expel foreigners.

The complexity of situations can nonetheless trouble the waters of this overarching distinction. In practice, a foreigner may have more links with a given national territory than one of its own citizens. For example, a foreigner who has been living in France for a long time and has given birth to children who then acquired French nationality has potentially greater links with its national territory than a French citizen who has always lived abroad with children who decided not to opt for French nationality.

To address such a situation, the (controversial) concept of “quasi-nationality” has been developed. This is the “small steps” technique at work. As a foreigner integrates more and more, they acquire more and more rights until such time as their status no longer really reflects the traditional split between national and foreign.

In such circumstances, it must be said that the State’s control over the foreigner’s movement differs from that exercised over a foreigner who has no particular links with its national soil. One might even say that this form of control is close to that exercised over national citizens. Yet a quasi-national is not a national and continues to obey certain rules specifically applicable to foreigners, particularly in terms of mobility.

A third category can be added to the two traditional categories of control exercised over nationals and foreigners. It is one that carries its share of uncertainty. It often requires a case-by-case assessment of the situation that can make it

<sup>31</sup> On the subject of monitoring barriers in internal market law by the European Court of Justice (ECJ), see Azoulai (2011). For an emblematic case of judicial subsidiarity in which the Court of Justice referred back to the national judge the task of verifying whether an internal regulation on the fixing of minimum lawyers’ fees was such as to guarantee a certain level of quality of service (something which, not only falls under an economic rather than legal analysis, but, by the very admission of economists specialising in these matters, proves impossible to establish!), see European Court of Justice (ECJ), 5 December 2006, Cipolla and Macrino, cases C-94 and 202/04.

difficult to reverse the attribution of rights close to those enjoyed by nationals and which have been acquired by a foreigner over time.

The result is that there is not one form of control over foreigners distinct from that exercised over national citizens but rather several forms of control depending on the level of integration of each foreigner as they move closer to the situation enjoyed by nationals.<sup>32</sup>

The second illustration concerns data protection mechanism.

The EU's GDPR regulation<sup>33</sup> contains many occurrences (525 to be exact) of the word "control".

The question is whether this term carries a specific meaning in the legislative corpus or whether it is undermined by polysemy, not to say uncertainty.

To begin with, it should be noted that the word does not appear as such in Article 4 of the regulation, which is specifically dedicated to definitions. It only refers to "controllers" without explicitly explaining what is meant by the notion of control.

As for its general usage in the regulation, the word "control" at once relates to that exercised by natural persons over personal data, that exercised by the processor of said data, by national or European authorities, by other authorities (e.g. judicial) or by a group of undertakings in one form or another (e.g. health checks, improving security features, monitoring tax fraud).

As for the object of control, we can see that it varies considerably depending on the person exercising that control and the ends being pursued. Rights and duties in relation to the control of data refer at once to the prerogatives specifically granted to natural persons over the use of their data, those granted to the processor of that data and all entities that fall under its authority, those granted to supervisory authorities, etc.

Finally, specifically on the question of the control over the movement of data, the use in the text of different standards, for example "reasonable measures", "specific and suitable measures", "measures to ensure lawful and fair processing", tells us that there is no attempt to pin down the measurement, release, orientation, stoppage or reversal of movement.<sup>34</sup>

The third illustration relates to capital.

Legal acts naturally play a central role in the movement of capital. We can safely say that they are a major tool of control – in the sense of releasing – this type of movement, which in principle requires the consent of the person who holds the rights over the assets concerned.

This form of control exercised over the movement of capital through legal acts stands in contrast to the much more meagre possibilities of monitoring

<sup>32</sup> On the notion of quasi-nationality, see with the various references cited: Carlier and Sarolea (2016, n.° 16).

<sup>33</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

<sup>34</sup> On the complexity of the notion of control in this area, see Lazaro and Métayer (2015).

this movement. Legal acts that constrain or govern the movement of capital are subjected to the principle of their relative effect.<sup>35</sup> Under this widely observed principle, legal acts can only have binding effects on those to whom they apply. It follows that anyone releasing a capital flow can in general only impose a restriction on the subsequent movement of that capital on the direct contracting party. Except in situations, as in the domain of securities, where the law establishes a veritable tracing right which, as the name indicates, literally makes it possible to “trace” the capital, a legal act does not enable comprehensive control over movement of capital.

This state of affairs shows that when it comes to the ordinary movement of capital through legal acts, the term control is interpreted in two opposing ways. Whereas it is central to the moment when the capital flow is released, it is intended, except in specific circumstances, to be relinquished for subsequent movements.

The final illustration is about waste.

In the world of waste, the act or fact of abandonment or defection plays a central role in the way waste is defined.

When it comes to control, the law generally adopts the same analytical approach regardless of whether or not the abandonment or defection is part of a controlled procedure. At this stage of defining waste, the voluntary abandonment of waste is in principle analysed in the same way as one’s involuntary defection from it.

This neutralisation of the question of control at the specific moment of abandonment or defection is pushed to its paroxysm in scenarios in which the original matter combines with others and thereby takes on new forms, without any human intervention. Such a scenario arises in land or sea pollution caused by fossil fuels, where case law, particularly in Europe<sup>36</sup>, has led to the waste being considered as the final substance produced by the agglomeration between fossil fuels and other matter. And so the soil or sediment transformed via this contamination itself becomes waste.

This extended definition of waste serves only one purpose: to expand the scope of the “polluter pays” principle by placing the (distant) consequences of abandonment of or defection from the original matter – that caused the subsequent, uncontrolled formation of waste – under the responsibility, i.e. control, of the person or body behind that act.

Ultimately, we can see that control and the loss of control coincide in an almost circular fashion in this type of legal construct. Control is equivalent to the loss of control, which is ultimately analysed as an object of control!

<sup>35</sup> On the relativity of obligations, see in particular the historical analysis of Palmer (2006).

<sup>36</sup> European Court of Justice (ECJ), 7 September 2004, *MP v. Van de Walle*, case C-1/03; European Court of Justice (ECJ), GC, 24 June 2008, *Commune de Mesquer (Erika case)*, case C-188/07.

## **6 THE LAW AND THE ILLUSION OF CONTROL**

Looking again at the four examples studied above – persons (6.1), data (6.2), capital (6.3) and waste (6.4), we need to determine the extent to which the law constructs solutions of control, even when the situation is, materially speaking, out of control.

A general impression prevails: the law is often built on an illusion of control.

### **6.1 Movement of Persons: the Loss of Control Justifies the Reinforcement of Control!**

When it comes to the movement of natural and legal persons, the spectre of a loss of control is a powerful tool that serves the reinforcement of control.

The mere allegation, even false or difficult to verify, of a loss of control drives the creation of new initiatives, especially regulatory initiatives, intended to reinforce control.

It is rare to find cases in which the loss of control is effectively assumed in the legal discourse since, on the contrary, one only speaks of a loss of control to fuel the illusion that it is useful to reinforce control.<sup>37</sup>

Multidisciplinary research studies have perfectly shown the extent to which control over the movement of persons results in the permanent blurring of categories (migrants, immigrants, emigrants, refugees, asylum seekers, etc.) whose only purpose is to mask situations in which control is lost (see in particular: ORTAR; SALZBRUNN; STOCK, 2019).

### **6.2 Movement of Data: the Loss of Control is Pushed to the Margins!**

Much effort has been made on the movement of data to generate a climate of trust. In the different ages of the transfer and sharing of data, one can safely say that the spectre of a total loss of control has been deliberately relegated by both public and private authorities to the rank of unproductive myth.

In the contemporary period, attention is naturally focused on the sharp rise in the circulation of digital data.

There is a fear of losing control, especially in Western society. Proof of this can readily be found in the examples of public mistrust towards certain tools that collect and transmit data on a large scale.

---

<sup>37</sup> On the role of European agencies in the development of the legal discourse on external border control, see Mehdi (2020).

But the vast majority of legal initiatives are turning towards another approach. They are tirelessly seeking to construct a safe environment for the circulation of digital data which in the long term is expected to accompany, not to say govern, our lifestyles.<sup>38</sup>

### **6.3 Movement of Capital: the Assumed Loss of Control over Capital Flows is Buried Under the Myth of Control Over their Causes and Effects!**

When it comes to the movement of capital, it is also of primordial importance to establish a climate of trust, the only way to facilitate the release of capital flows.

If we simplify things to the extreme, it can be said that a climate of trust is achieved in two main ways.

The first is to strengthen the existing mechanisms for the liberalisation of assets. We have come a long way since the time when banking and financial activities aimed to closely control capital flows. The dominant model is to liberalise capital and payment methods, which drives investments and the development of economic activities generally.

This loss of control over capital flows is compensated for by a second approach: the development of robust mechanisms to control the origins of capital flows and their effects. Because it is not “politically correct” to speak of the control of monetary and financial flows as such, every effort is made to try and reassure stakeholders that there are alternative tools of control out there. This is no less than an attempt to bury the assumed loss of control over capital flows under the development of other restrictive approaches.

In this respect, it is possible to count all of the initiatives set up to address the quality of banking and financial information in circulation, the transparency of the players involved and the prudential and crisis management mechanisms in place.<sup>39</sup>

### **6.4 Movement of Waste: the Trend Towards Convergence (Sometimes but not Always) Between the Myth and Reality of the Loss of Control!**

Waste may be the only domain in which the loss of control is increasingly recognised.

Although the discourse on the effective control of movement continues to be predominant, at times we see an awareness of the need to tackle the problem at its root, by drying up the source of waste, given our inability to control its movement.

---

<sup>38</sup> For an outreach presentation of the loss of control hypothesis in this area, see Bergé (2017a).

<sup>39</sup> For an outreach presentation of the loss of control hypothesis in this area, see Bergé (2017b).

The most significant example of this is of course plastic. Faced with the scale of this movement phenomenon, the idea is gradually taking hold that we could simply ban part of its production, in particular single-use plastics.

Our total loss of control, long seen as the worst-case-scenario, relegated to the rank of myth by most stakeholders, is increasingly being accepted as a potential reality that could see a number of practices overhauled.

In this type of discourse, adopted in relation to other forms of ultimate waste, the myth and reality of the total loss of control are tending towards convergence.

But this is not a general trend. One example can be found in the so-called compensation measures that convey the idea of “zero net”, i.e. compensating for the damaging effects of human action on the environment with measures that favour the environment through other human actions. This type of policy, which not only concerns environmental damage due to the production of waste, is fuelled by an illusion of control. It is because we have lost control in activity A that we try to compensate with environmentally friendly behaviour in activity B. But the loss of control persists whatever we say, even if we try to find a way to no longer speak of it!<sup>40</sup>

\*\*\*

All these considerations on movement and control should invite us to think differently about the law. This article notes a number of limits in our legal reasoning. Further work is needed to reconstruct our understanding of the law on circulation and control<sup>41</sup>.

## REFERENCES

ANCEL, Marie-Elodie; DEUMIER, Pascale; LAAZOUZI, Malik. **Droit des contrats internationaux**. 2.<sup>nd</sup> ed. Paris: Sirey, 2019.

AUDIT, Bernard; D'AVOUT, Louis. **Droit international privé**. Paris: LGDJ, 2018.

AZOULAI, Loic. (Ed). **Le droit des entraves dans le marché intérieur**. Bruxelles: Bruylant, 2011.

BATIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul. **Droit international privé**. v. 1, 8.<sup>th</sup> ed. Paris: LGDJ, 1993.

---

<sup>40</sup> For an outreach presentation of the loss of control hypothesis in this area, see Bergé (2017c).

<sup>41</sup> See our legal essay published in French in April 2021, in Bergé (2021)). For an adaptation of this work in English for a wide audience, see *Rethinking Flow beyond Control: an Outreach Legal Essay*, to be published (online edition: <http://www.universitates.eu/jsberge/?p=26156>).

BERGÉ, Jean-Sylvestre. Circulation totale: des déchets au-delà du contrôle. 24 avril 2017c. The Conversation. <<https://theconversation.com/circulation-totale-des-dechets-au-dela-du-contrôle-75427>>.

BERGÉ, Jean-Sylvestre. Circulation totale: des données au-delà de tout contrôle? 25 avril 2017a. The Conversation. <<https://theconversation.com/circulation-totale-des-donnees-au-dela-de-tout-contrôle-75433>>.

BERGÉ, Jean-Sylvestre. Circulation totale: des mouvements de capitaux débridés. 26 avril 2017b. The Conversation. <<https://theconversation.com/circulation-totale-des-mouvements-de-capitaux-debrides-75485>>.

BERGÉ, Jean-Sylvestre. Le droit communautaire dévoyé: le cas Blood. In: **Europe**, a. 9, n. 12, p. 4-6, déc. 1999.

BERGÉ, Jean-Sylvestre. Les situations en mouvement et le droit: essai d'une épistémologie pragmatique. Collection *Méthodes du Droit*. Paris: Dalloz, 2021. Résumé: <<http://www.universitates.eu/jsberge/?p=26245>>.

BERGÉ, Jean-Sylvestre; HELLERINGER, Geneviève. **Operating law in a global context**: comparing, combining, prioritising. Cheltenham Glos (UK): Edward Elgar, 2017.

BREAU, Susan Carolyn; SAMUEL, Katja L. H. (Ed.) **Research handbook on disasters and international law**. Cheltenham Glos (UK): Edward Elgar, 2016.

CARLIER, Jean-Yves; SAROLEA, Sylvie. **Droit des étrangers**. Bruxelles: Larcier, 2016.

CARRÉ, Stéphane. L'état du droit dans le transport routier de marchandises: une réglementation en trompe-l'œil. In: **Droit et Société**, Paris, Ed. Lextenso, v. 46, p. 597-614, 2000.

CHAUMETTE, Patrick (Ed.) **Maritime areas**: control and prevention of illegal traffics at sea / espaces marins: surveillance et prévention des traffics illicites en mer. Nantes: Gomylex, 2016.

DOUGAN, Michael (Ed.). The UK after Brexit. Cambridge (UK): Intersentia, 2017.

BAHUREL, Charles; BERNARD, Elza; HO-DAC, Marion (Ed.). **Le Brexit**: enjeux régionaux, nationaux et internationaux. Bruxelles: Bruylant, 2017.

HARNAY, Sophie; BERGÉ, Jean-Sylvestre. Dépasser le discours sur la circulation: dialogue entre une économiste et un juriste à propos de deux avis (2/15 et 3/15) de la Cour de Justice (UE). In: BOUJEKA, Augustin; GROUD, Thomas Habu; ZEVOUNOU, Lionel. (Ed.). **Les libertés de circulation au-delà de l'économie**. Paris: Mare & Martin, 2019. p. 213-232.

KOHEN, Marcelo G.; HÉBIÉ, Mamadou. (Ed.) **Research handbook on territorial disputes in international law**. Cheltenham Glos (UK): Edward Elgar, 2018.

LAZARO, Christophe; MÉTAYER, Daniel Le. Control over personal data: true remedy or fairy tale. Research Report n.º 8.681, 14 avril 2015. <<https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1504/1504.03877>>.

LENAERTS, Koen; Van NUFFEL, Piet. **European union law**. 3.<sup>rd</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2011.

MADURO, Luís Miguel Poiaras Pessoa; AZOULAI, Loic. (Ed.). **The past and future of EU law**. Oxford: Hart, 2010.

MAZZELLA, Sylvie; PERRIN, Delphine (Ed.). **Frontières, sociétés et droit en mouvement**: dynamiques et politiques migratoires de l'Europe au Sahel. Bruxelles: Bruylant, 2019.

McCORMICK, Barnes Warnock; PAPADAKIS, Myron P. (Ed.). **Aircraft accident reconstruction and litigation**. Tucson: Lawyers and Judges, 2011.

MEHDI, Rostane (Ed.). L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile face aux enjeux de la "crise des réfugiés en Méditerranée". Aix-en-Provence: Droits International, Comparé et Européen, 2020. <[https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/cdd11-1\\_0.pdf](https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/cdd11-1_0.pdf)>.

ORTAR, Nathalie; Salzbrunn, Monika; STOCK, Mathis. **Migrations, circulations, mobilités**: nouveaux enjeux épistémologiques et conceptuels à l'épreuve du terrain. Aix-en-Provence: Presses Universitaires de Provence (PUP), 2018.

PALMER, Vernon Valentine. **The paths to privity**: a history of third party beneficiary contracts at english law. New Jersey: Lawbook Exchange, 2006.

POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine; MARTY, Jean-Pierre. (Ed.). L'internationalité, bilan et perspectives. In: **Revue Lamy Droit des Affaires**, Paris, Ed. Wolters Kluwer, Supplement n.º 46, February 2002.

SPANJAART, Michiel. **Multimodal transport law**. Boca Raton (Florida-USA): Routledge, 2017.

TOLMAN, Richard Chace. **The theory of the relativity of motion: an introduction to the theory of relativity**. Berkeley: University of California Press, 2010.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. **Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité**. 4.<sup>th</sup> ed. Paris: LGDJ, 2017.

WYLER, Éric; PAPAUX, Alain (Ed.) **L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique**. Paris: Pedone, 1999.

Submissão em: 28 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 21 de setembro de 2021

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

BERGÉ, Jean-Sylvestre. Legal models of flow and control in question. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 3, p. 153-184, set.-dez. 2021.

## EL CONTROL ¿JUDICIAL? DE LA ADOPCIÓN

MARÍA TERESA PÉREZ GIMÉNEZ<sup>1</sup>

### RESUMEN

**A**doptar equivale a integrar en una familia a alguien que no pertenece a ella para crear una relación de parentesco. La legislación española equipara la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza al determinar los efectos de la relación entre adoptante y adoptado en igualdad de condiciones con la filiación consanguínea sea o no matrimonial.

Por ello y por razón de su trascendencia es, desde un punto de vista procedimental, objeto de una doble evaluación, en primer lugar de la Administración que habrá de determinar la idoneidad de los adoptantes y la conveniencia de la misma y después del Juez quien al constituir la habrá de velar para que se haga con todas las garantías. Dada la importancia de esta figura y la premiosa regulación existente en relación a la misma, nuestro análisis tiene un doble objeto: de un lado, estudiar el régimen jurídico de la adopción nacional profundizando en alguno de sus aspectos más novedosos, tales como la adopción abierta o el derecho a conocer el origen biológico y de otro lado, indagar en el papel y destacar las funciones de la autoridad judicial a lo largo de todo el procedimiento, dada la tendencia a la administrativización a la que se somete actualmente el proceso.

**Palabras clave:** Adopción, adopción abierta, filiación, identidad biológica, interés del menor, protección del menor.

### ABSTRACT

Adopting means integrating a child, who does not belong to the family, into the family unit in order to create a family relationship. The Spanish legislation puts the adoptive filiation on a level with the biological filiation when specifying the

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Jaén Jaén, España.  
e-mail: tperez@ujaen.es

relationship effects both for the adopters and the adoptee on equal terms with blood filiations, whether they are marital or not. For that reason and also, due to its significance, adoption in Spain is, from a procedural point of view, double-checked. First, adoption services will have to issue the adopters' certificate of aptitude if it is considered that the necessary conditions are met in the chief of adoption. Secondly, a judge will constitute the adoption and safeguard it in due process of law. Finally, because of the importance of adoption and its labored regulation, this research pursues a double aim. On the one hand, to analyse the legal system of national adoption in Spain, considering some of the newest aspects, such as open adoption or the adoptee's right to know their biological parents' names. On the other hand, to investigate the judge role and highlight the legal authority's functions throughout the adoption process, especially in view of the fact that in Spain the adoption process is currently subject to a great extent to public entities of protection of the minors.

**Keywords:** Adoption, open adoption, filiation, biological identity, the interest of the underage, child protection.

## 1 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA. CRITERIOS NORMATIVOS ACTUALMENTE IMPERANTES

### 1.1 Introducción. Régimen jurídico vigente

A través de la adopción se constituye una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado; de modo que tras la resolución judicial correspondiente que la constituye, el adoptado queda integrado en la familia del adoptante o adoptantes de manera estable e irrevocable, como si de una filiación biológica se tratara.<sup>2</sup> Ello comporta, al mismo tiempo, la ruptura de los vínculos entre el adoptado y su familia de origen.<sup>3</sup>

En España, es en la segunda mitad del siglo XX cuando se produce un importante movimiento normativo fundamentado, sobre todo, en la primordial idea de reforzar los vínculos entre adoptantes y adoptados, ampliando los efectos de la adopción para conseguir su equiparación con la filiación consanguínea. No obstante ello, se puede considerar la adopción como una medida subsidiaria, frente a otras medidas de protección, que se reserva para los casos en los que no es posible la defensa o cuidado de los menores recurriendo a medidas menos contundentes.

<sup>2</sup> Los principales efectos que ello conlleva son: derecho a utilizar los apellidos de los padres adoptivos; los recíprocos derechos hereditarios y el derecho-obligación de alimentos respecto a los ascendientes y hermanos. Se debe destacar también que los nuevos vínculos que nacen afectan no solo a los padres adoptivos sino a toda la familia, convirtiéndose en hijo, pero también en hermano, nieto, sobrino... etc.

<sup>3</sup> Con la introducción en nuestro Ordenamiento jurídico de la *adopción abierta*, proveniente de los países anglosajones, se permite que en algunos casos se mantengan vínculos personales con la familia de origen. En cualquier caso, los impedimentos matrimoniales subsisten.

Este proceso se ha llevado a cabo fundamentalmente a través de la aprobación de las siguientes leyes, a las que a lo largo de estas páginas haremos referencia<sup>4</sup> y que han querido, de alguna manera, configurar un marco jurídico uniforme en materia de adopción para todo el territorio español que minimice las discrepancias entre las Comunidades Autónomas:

- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de Adopción;
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor;
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. (LAI);
- Convenio Europeo en materia de adopción de menores de 27 de noviembre de 2008. Instrumento de ratificación por España de 16 de julio de 2010;
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria;
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. (LPIA).

La adopción se regula en el Código civil en los artículos 175 a 180, dentro del Libro I, *De las personas*, en el Título VII, *De las relaciones paterno filiales*, en el Capítulo V, *De la adopción y otras formas de protección de menores*, en la Sección 2ª titulada *De la adopción*. Su modificación ha sido muy profunda afectando, sobre todo, a los elementos personales, a su procedimiento de constitución, a los efectos y a la posibilidad de extinción.

## 1.2 Elementos Subjetivos: el Adoptante y el Adoptado

El artículo 175 del Código civil contiene los requisitos subjetivos que han de reunir el adoptante y el adoptado. Revisamos su contenido modificado por la Ley 26/2015.

a) EDAD: El adoptante debe ser mayor de veinticinco años. Se exige pues, una capacidad de obrar especial para poder adoptar, pues no es suficiente con haber alcanzado la mayoría de edad, los dieciocho años, sino que se exige un plus de madurez para poder ejercer y desarrollar las funciones parentales.

En el caso de que la adopción sea realizada por dos personas será suficiente con que una de ellas tenga dicha edad; si bien el otro habrá de ser al menos, mayor de edad o menor emancipado, dado que debe tener capacidad de obrar suficiente para consentir por sí mismo la adopción.

En cualquier caso, debe existir una diferencia mínima de dieciséis años entre adoptante y adoptado, aumentándose por tanto en dos años la que se exigía

---

<sup>4</sup> Con anterioridad a estas normas, destacamos la importancia de otras tales como: Ley de 24 de abril de 1958; Ley 7/1970, de 4 de julio y Ley 11/1981, de 13 de mayo.

con anterioridad a la reforma de la Ley 26/2015<sup>5</sup> y aquél no podrá tener más de cuarenta y cinco años, seguramente con la intención de asemejarlo a las edades ordinarias que permiten y aconsejan la procreación biológica y evitar al mismo tiempo, que por razones de excesiva edad no se pueda proteger adecuadamente al menor; salvo que se trate de la adopción del hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por una relación de convivencia *more uxorio*.

Siendo dos los adoptantes será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptado. No obstante, esta limitación no se tiene en cuenta y la diferencia de edad podrá ser mayor cuando se trate de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales; con la finalidad fundamental, se entiende, de facilitar la adopción en estos casos más complicados y de favorecer que los hermanos puedan permanecer juntos haciéndose eco del principio fundamental del interés superior del menor.

b) MENORES: Únicamente pueden ser adoptados menores no emancipados, personas, por tanto, que realmente pueden encontrarse necesitadas de protección y cuidados.<sup>6</sup> Como vemos, no se exige ninguna edad mínima de modo que una vez producido el nacimiento, cabe la adopción.<sup>7</sup>

Sin embargo, sí podrán ser adoptados incluso siendo mayores de edad, cuando inmediatamente antes de la emancipación, hubiera existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o una convivencia estable durante al menos el periodo de un año.<sup>8</sup> El legislador en este punto ha modificado bastante la situación anterior: así, antes de la reforma de la Ley 26/2015 se exigía que la situación de convivencia no se hubiera interrumpido de modo que se pudiera asegurar una verdadera coexistencia y relación entre los implicados iniciada además antes de que el menor hubiera cumplido los catorce años. En la actualidad estos requisitos no se mantienen; se exige que la convivencia sea *anterior* a la emancipación y que dure *un año*, si bien no se especifica que deba ser continuado aunque debe ser estable, lo que entendemos compatible con separaciones físicas temporales, por razones, por ejemplo, de trabajo.

Para el caso de que sea posible la adopción, el menor debe haber sido declarado adoptable. Es decir, no sólo debe existir la necesidad para él de protección, sino que además, la adopción debe ser considerada como la mejor opción para el menor en concreto.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> En igual sentido el artículo 9.1 del Convenio europeo en materia de adopción de menores.

<sup>6</sup> La emancipación se obtiene en España a partir de los 16 años, ya sea por concesión de los padres o por concesión judicial.

<sup>7</sup> Dejamos, por tanto, al margen de la posibilidad de adopción al nasciturus. En este sentido, López Maza (2016, p. 650).

<sup>8</sup> Suponemos que se refiere a un régimen de tutela o de guarda de hecho.

<sup>9</sup> Este es el principio de subsidiariedad de la adopción frente a otras medidas de protección de menores. Sin lugar a dudas, el lugar idóneo para el crecimiento de los menores es su familia biológica. Por ello, la Administración debe establecer las medidas y brindar los apoyos necesarios para que los deberes de protección que competen a los padres en relación a sus hijos sean una realidad; si fuera necesario recurriendo a su familia extensa; y sólo de manera excepcional optar por la total separación de la familia dando lugar al procedimiento de adopción.

c) PROHIBICIONES: En ningún caso se puede adoptar a un descendiente; a un pariente en segundo grado en línea colateral por consanguinidad o afinidad; al pupilo por su tutor en tanto se aprueba definitivamente la cuenta general justificada de la tutela, como medida que garantice que el tutor cumplirá adecuadamente con una de las obligaciones inherentes a su cargo, la rendición de cuentas; a no ser que la acción para exigirla haya prescrito una vez pasados cinco años desde que terminó sus funciones.

Tampoco podrá ser adoptante aquél que no pueda ser tutor por darse alguna de las causas de inhabilidad contempladas en el Código civil (ver artículos 243 y 244); de modo que estando esta situación debidamente demostrada impedirá, sin necesidad de otras resoluciones, que esa persona pueda ejercer las funciones parentales como progenitor adoptivo.

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjuntamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.<sup>10</sup>

El problema añadido que plantea esta materia es si es necesario o no que la unión *more uxorio* esté inscrita en el registro correspondiente de uniones de hecho. El artículo 175. 4 no lo pide expresamente; por su parte el artículo 7.2 del Instrumento de ratificación del Convenio europeo en materia de adopción de menores, si bien hace referencia en el apartado uno, letra a) a los matrimonios y a las parejas de hecho *registradas*, en el apartado dos, dice literalmente que igualmente tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas que vivan juntas en el marco de una relación estable, sin más. Para el Convenio europeo en ambos casos se podría adoptar. Y estamos de acuerdo con ello pues desde nuestro punto de vista tan pareja de hecho es aquella que no se ha inscrito pero convive de manera estable en una relación análoga a la conyugal como la que está inscrita.

Sin embargo, consideramos que lo más razonable será enfocar su consideración en atención a los requisitos que exijan las diferentes normativas autonómicas sobre las parejas de hecho pues la problemática deriva entonces a la cuestión de su acreditación. Por ejemplo, en la normativa andaluza sobre parejas de hecho,<sup>11</sup> el artículo 3 considera como tal la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal. Ahora bien, otra cosa es probar su existencia. Para ello caben dos posibilidades: hacer la declaración correspondiente ante el titular del órgano encargado del Registro o ante el Alcalde, concejal o funcionario en quien se delegue o bien mediante el otorgamiento de escritura pública u otro medio de prueba admisible en Derecho. Tras ello, serán objeto de inscripción en el Registro instituido al efecto, de lo que se derivan dos consecuencias inmediatas, la presunción *iuris tantum* de convivencia y el poder disfrutar de los beneficios y derechos previstos para ellas. En consecuencia, interesa que estén inscritas, si bien tanto la declaración de voluntad como la misma inscripción hacen flaquear la propia naturaleza de la pareja *de hecho*.

<sup>10</sup> La posibilidad de adoptar por parejas de hecho ya estaba contemplada en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/87, de 11 de noviembre. Ahora se prevé también en la Ley 26/2015.

<sup>11</sup> Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho. Ver artículos 3, 5 y 6.

Por otro lado, podrán adoptar tanto matrimonios como parejas de hecho heterosexuales y homosexuales.<sup>12</sup>

El matrimonio o la pareja de hecho celebrado o constituida con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge o conviviente la adopción de los hijos de su consorte o pareja; se entiende que éste habrá de someterse al procedimiento ordinario con la declaración de idoneidad incluida, si bien el legislador no ha especificado nada al respecto.

d) NOVEDAD: Se permite la adopción conjunta incluso en casos de crisis de pareja en los siguientes términos: en caso de que el adoptado se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja de hecho, la separación o divorcio o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta, siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptado con ambos cónyuges o con la pareja de hecho, durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

Quizá con esta previsión, el legislador ha querido equiparar la situación de los hijos adoptivos con los hijos biológicos que pueden verse involucrados en un proceso de ruptura, separación o divorcio que no debería de afectar en la relación con sus progenitores, cuando estos menores ya están integrados satisfactoriamente en la vida familiar (RUIZ-RICO RUIZ-MURÓN, 2016, p. 7-8). A nuestro juicio, siendo esto así, la realidad nos lleva en la mayoría de las ocasiones por otros derroteros y es muy difícil encontrar parejas y matrimonios que lleven adelante su situación de crisis sin ocasionar daños de una u otra índole a sus hijos menores, que deben asumir la separación de sus padres; es por ello, que al menos se puede poner en duda la conveniencia de esta vía de adopción que sólo puede explicarse desde una convivencia previa que haya procurado al menor dos referentes con quienes ha establecido vínculos de similar intensidad, ambos satisfactorios e interrelacionados (BARBER CÁRCAMO, 2017, p. 668) y poner de relieve la trascendencia que adquiere en estos casos la efectividad del principio de protección del menor.

## **2 PROCEDIMIENTO Y CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN**

Para iniciar el expediente de adopción es necesaria una propuesta previa de la Entidad pública a favor del o de los adoptantes que haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad.

El procedimiento actual de adopción mantiene dos fases: una primera fase en la que corresponderá a la Administración valorar si los adoptantes son idóneos y en su caso, hacer la propuesta correspondiente al Juez; y una segunda fase, de constitución judicial de la adopción.

---

<sup>12</sup> Ver artículo 44. 2 Código civil y Disposición adicional 1ª Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Ver también artículo 7.2 del Instrumento de ratificación del Convenio europeo en materia de adopción de menores.

## 2.1 Fase Administrativa: Declaración de Idoneidad y Propuesta Administrativa Previa

Para que se constituya la adopción por el Juez se requiere propuesta de la Entidad pública formulada por escrito, acompañada de la declaración de idoneidad, en la que se especifiquen las razones de la elección. El de adopción es un procedimiento en el que la Administración juega un papel de control muy importante, al efecto de garantizar como exponía el Preámbulo de la Ley 21/87, la más adecuada selección de los adoptantes y al mismo tiempo evitar el repugnante tráfico de menores.

A efectos prácticos, la competencia territorial corresponde a los organismos de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales a las que con arreglo a la ley corresponda en el territorio en cuestión la protección de los menores. De hecho, esta etapa, previa a la judicial, se regula a través de la legislación autonómica.

Tras la solicitud de los interesados, esta fase debe iniciarse con la *declaración de idoneidad* de los adoptantes, que a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, supone la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores que se van a adoptar y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.<sup>13</sup> La realiza la entidad protectora de menores de la Comunidad Autónoma, será notificada a los adoptantes y tiene una vigencia de tres años, pasados los cuales es necesario actualizarla.<sup>14</sup>

En realidad, el plazo de tres años al que nos referimos en el párrafo anterior lo establece el artículo 10.3 de la Ley de Adopción Internacional que podría aplicarse analógicamente a este supuesto, dado que se admite la posibilidad de solicitar una única declaración de idoneidad, que pudiera servir tanto para la adopción nacional como para la internacional, con el fin de economizar tiempo y recursos. El Código civil no contempla ningún plazo al respecto, con lo que recurrimos a aquél con carácter subsidiario, entendiendo que al tener la declaración de idoneidad carácter genérico, por no estar referida a un proceso de adopción determinado, no debería admitirse una declaración de idoneidad *sine die* pues las circunstancias que dieron lugar a su formulación positiva pueden haber cambiado. La protección del menor exige, entendemos, su renovación y puesta al día.

---

<sup>13</sup> En este sentido, ya el artículo 10 del Convenio europeo en materia de adopción de menores de 2008, hacía referencia a que la autoridad competente solo podrá declarar una adopción cuando haya llevado a cabo investigaciones adecuadas sobre el adoptante, el menor y su familia. Estas investigaciones se refieren, entre otras posibles, a la personalidad, la salud y el entorno social del adoptante, su vida de familia, la instalación de su hogar, su aptitud para criar al menor; los motivos por los que desea adoptar; la adaptación recíproca del menor y el adoptante; la personalidad, la salud y el entorno social del menor; su ámbito familiar; los orígenes étnicos, religiosos y culturales del adoptante y del menor.

<sup>14</sup> Expone Gómez Bengoechea, 2016, p. 452, que la no idoneidad debe ser motivada e implica la imposibilidad de presentar nuevos ofrecimientos para adoptar durante un tiempo determinado. Se trata de una resolución recurrible ante los tribunales. Ver artículos 778 a 780 LEC.

Esta declaración de idoneidad debe reunir tres presupuestos: de un lado, una *valoración psicosocial* sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para entender al menor en función de sus singulares circunstancias. De otro lado, debe ser formalizada mediante la correspondiente *resolución administrativa* y por último, debe ser *previa* a la propuesta de adopción.

Todo ello debe llevar a la demostración de la capacidad, aptitud y motivación adecuadas de los adoptantes tanto para ejercer las funciones como progenitores como para, en su caso, asumir las consecuencias previsibles o no, que se deriven de la integración del menor en su familia. Podríamos hablar de una *idoneidad continuada* que debe existir en el momento de la constitución y conservarse para el futuro. En atención a lo anterior, podemos definir los conceptos mencionados del siguiente modo:

- la CAPACIDAD: Entendida como el conjunto de condiciones, de cualidades y de aptitudes de los adoptantes que les permitirán el desarrollo correcto y adecuado de las obligaciones derivadas de la patria potestad;
- la APTITUD: Considerada como habilidad natural en los adoptantes para adquirir cierto tipo de conocimientos o para desenvolverse de forma adecuada en su relación con los menores que van a quedar bajo su cuidado y sometidos a su protección;
- la MOTIVACIÓN: Se evalúa el interés, el motivo o la razón que mueve a los adoptantes a establecer este vínculo irrevocable con el adoptado.

En atención a estas circunstancias, el Código civil considera que nunca podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad, tengan suspendido su ejercicio o tengan confiada la guarda de su descendencia a la Entidad pública.

Los candidatos a convertirse en padres adoptivos deben asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad pública o las instituciones de integración familiar que con ella colaboren. Se puede tratar de entrevistas individualizadas o de sesiones grupales en función del número de interesados en esta cuestión.

Se ha de tener en cuenta, por otra parte, que según el artículo 178.4 último párrafo, en la declaración de idoneidad se debe hacer constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían que el menor mantuviese relaciones con su familia de origen, esto es, si su posición sería favorable a una adopción abierta.

A nuestro juicio, la oposición de los adoptantes no debería afectar negativamente a la declaración administrativa de idoneidad, sino tener un valor neutral; siendo en el caso afirmativo, un dato a tener en cuenta por parte de la Administración al efecto de coordinar adecuadamente las posibilidades de adopciones abiertas. No obstante, es cierto que si el interés del menor

aconseja el mantenimiento de relaciones con la familia de origen, no podrá ser considerado como adoptante más idóneo quien se haya manifestado en contra de tal posibilidad.<sup>15</sup>

El efecto fundamental de la declaración de idoneidad es manifestar que determinadas personas son aptas para adoptar en abstracto.<sup>16</sup> Ahora será la Entidad pública la que seleccione a quienes considere más adecuados de entre los declarados idóneos a través de una resolución que habrá de remitir al Juez. Es cierto que para los posibles adoptantes se crea una expectativa de adopción pero deben entender que en ningún caso están automáticamente seleccionados para adoptar (DÍEZ GARCÍA, 2013, p. 1.894).

Finalmente, se debe destacar que la Entidad pública podría delegar mediante resolución motivada la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que hayan sido declaradas idóneas y determinadas para su adopción. Es la figura que se conoce como *guarda con fines de adopción*.

Esta figura viene a sustituir al anterior acogimiento preadoptivo configurándose en la actualidad como una etapa del procedimiento de adopción; teniendo los guardadores los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.<sup>17</sup> Durante este periodo se realiza un seguimiento para valorar la adaptación, integración y mantenimiento de las condiciones básicas por las que se les consideró idóneos para la adopción.

En este caso, la Entidad pública antes de la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, previa audiencia de los afectados y del menor, si tuviera suficiente madurez y siempre si fuera mayor de doce años. Esta situación se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o removidos de la tutela. Como se expone, el artículo 176 bis del Código civil prevé la delegación de la guarda con carácter previo a la presentación de la propuesta, pero no se encuentra inconveniente para hacerlo al tiempo de la presentación e incluso después, habida cuenta de la existencia de una situación de desamparo y de que se trata de favorecer al menor propiciando para él un ambiente de familia.

Se puede plantear una duda de interpretación en relación al consentimiento que exige el artículo 176 bis del Código civil, pues no se señala expresamente qué es lo que deben consentir los adoptantes, si la guarda o la adopción. A nuestro juicio, el precepto se refiere a la primera pues dada la situación de desamparo en la que se encuentra el menor y teniendo en cuenta que el consentimiento se ha de prestar en presencia del Juez a quien se ha de presentar la propuesta

<sup>15</sup> Plantea Ruiz-Rico Ruiz-Murón, 2017, p. 589, que no especifica el precepto las consecuencias que tendría el cambio de postura del adoptante en el tiempo que medie entre la declaración de idoneidad y la constitución de la adopción; si bien, considera que el interés del menor probablemente aconsejaría la negativa del Juez a la adopción.

<sup>16</sup> Alberruche Díaz-Flores (2015, p. 2) ve aquí un síntoma más de la intensa administrativización que está sufriendo el Derecho Civil y dentro de él, de manera particular, la materia de protección de menores.

<sup>17</sup> López Azcona, 2016, p. 61 y 62, compara ambas figuras y concluye que no se aprecian importantes divergencias de contenido entre ellas; se trata mas bien de un cambio meramente terminológico y de hecho se hace extensivo a los guardadores con fines de adopción el estatuto de los acogedores familiares.

de adopción, se trata de una medida de urgencia que evitará buscar otra familia o que el menor tenga que ingresar en un centro de protección. Dada la premura de la medida es lógico que los futuros adoptantes tengan que dar su consentimiento ante la Entidad pública para la guarda y con posterioridad darlo para la adopción ante la autoridad judicial.<sup>18</sup>

La propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y en todo caso antes de transcurridos tres meses desde que se acuerda la delegación de la guarda con fines de adopción. No obstante, este plazo de tres meses para hacer la propuesta podría prorrogarse hasta un año, si la Entidad pública considera necesario establecer un periodo mayor de adaptación a la familia, siempre pensando en el interés del menor. Es decir, la prórroga de tres meses a un año para favorecer la adaptación conlleva la ampliación del plazo para hacer la propuesta de adopción. Ahora bien, en cuanto al periodo de duración del acogimiento en sí mismo considerado dado su carácter familiar y temporal, entendemos que su duración podría ser hasta de dos años prorrogables con vistas a la adopción (ver artículo 173 bis) 2. b)). En este caso, se debería permitir a los propios guardadores formular la solicitud de adopción de acuerdo con el artículo 176. 2. 3º del Código civil.

En este periodo se producirá la plena participación del menor en la vida de la familia que lo acoge que tendrá que velar por él y cumplir el resto de las obligaciones derivadas de la patria potestad, si bien al no haberse aún constituido la adopción no se produce la integración jurídica en dicha familia. Esta guarda se lleva a cabo con un carácter transitorio y con las miras puestas en la adopción. Se prevé, sin embargo, durante este periodo la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen.

Acabará la guarda preadoptiva cuando el Juez dicte la resolución de adopción aunque también podría considerarlo no procedente en cuyo caso la Entidad pública deberá determinar la medida de protección más adecuada para el menor.

Por último, el artículo 176. 2 señala de manera taxativa y concluyente los casos en los que resulta posible iniciar el expediente de adopción de manera privada, sin ser necesaria la propuesta previa de la Entidad pública, sino haciendo directamente la solicitud el adoptante al Juez. Se trata de los supuestos en los que en el adoptado se da alguna de las siguientes circunstancias: 1) Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; 2) Ser hijo del cónyuge o pareja de hecho del adoptante; 3) Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o bajo tutela del adoptante; 4) Ser mayor de edad o menor emancipado.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> López Maza (2016, p. 668), lo ve al contrario. Considera que deben consentir la adopción de ese menor concreto adelantándose el trámite del artículo 177. 1 del Código civil y realizándose ante la Entidad pública, si bien después de nuevo se ratificará ante el Juez. En igual sentido, Callejo Rodríguez (2017, p. 17), a quien sin embargo, llama la atención el hecho, de que a diferencia de lo que ocurre en el acogimiento, no se les exija su consentimiento para la delegación de la guarda.

<sup>19</sup> Aclara López Maza (2016, p. 663), que en estos casos tampoco se procederá a la declaración de idoneidad del adoptante, pues esta se presume por razón del parentesco existente, la existencia de una convivencia previa de ambos y la madurez del adoptado, según el caso. Estas circunstancias hay que alegarlas y acreditarlas.

Incluso para los tres primeros supuestos se prevé expresamente la posibilidad de constituir la adopción aunque el adoptante hubiera fallecido, si se diere alguna de las siguientes situaciones con carácter alternativo, bien que ya hubiera prestado ante el Juez su consentimiento o bien que este hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Esta última posibilidad introduce una importante excepción a la prestación del consentimiento en presencia del Juez tal como dispone el artículo 177. 1 del Código civil por lo que debe entenderse en sentido estricto como una singularidad.<sup>20</sup> En estos casos, el efecto de la resolución judicial se retrotrae a la fecha de prestación del consentimiento. Seguramente se trata de una previsión que se incorpora en atención al interés superior del menor, aunque se ha de reconocer que los efectos del establecimiento del vínculo de filiación serán, en tales hipótesis, de carácter principalmente patrimonial (RUIZ-RICO RUIZ-MURÓN, 2017, p. 587).

## **2.2 Fase Judicial: Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria y Constitución de la Adopción**

En la actualidad la regulación del expediente de adopción se recoge en los artículos 33 a 40 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en base a los cuales se determina la competencia del Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad pública que tenga encomendada la protección del adoptado y en su defecto, el del domicilio del adoptante.<sup>21</sup>

La tramitación del expediente de adopción tendrá carácter preferente, con la finalidad de agilizarlo y que ello suponga una protección extra para el adoptado y se practicará con la intervención del Ministerio Fiscal, no siendo necesaria la asistencia ni de abogado ni de procurador. El expediente en cuestión se iniciará con el escrito de propuesta de adopción formulada por la Entidad pública o mediante la solicitud del adoptante cuando esté legitimado para ello; en cualquier caso, a instancia de parte.

En el primer caso, como hemos señalado, previa la declaración de idoneidad del adoptante; en el segundo supuesto, en el que no se requiere la propuesta previa, el ofrecimiento para la adopción se presentará por escrito en el que exprese por una parte, sus condiciones personales, familiares y sociales; los medios de vida con los que cuenta y cuál es su relación con el adoptado; y de otra parte, justifique que concurre alguna de las circunstancias exigidas que le exoneran de tener que llevar a cabo la propuesta administrativa previa.

Por su parte, el artículo 177 del Código civil (actualizado de acuerdo con la LPIA) recoge algunos aspectos sustantivos esenciales determinando quienes

<sup>20</sup> López Maza (2016, p. 664), dice que solo cabe la excepción cuando el futuro adoptante esté en peligro de fallecer y una vez que se haya producido la muerte. En caso contrario, debe prestarse ante el Juez.

<sup>21</sup> Se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria que finaliza mediante auto. Si existiera oposición, se convertirá en contencioso y tras citación a los interesados a una vista por el secretario judicial, se tramitará de acuerdo a lo previsto para el juicio verbal. En cualquier caso, según el artículo 4 del Convenio europeo en materia de adopción, la autoridad competente solo constituirá la adopción cuando tenga la convicción de que esta satisface el interés superior del menor, dando especial importancia a que se le proporcione un hogar estable y armonioso.

habrán de prestar su consentimiento, manifestar su asentimiento o bien ser oídos en audiencia.

Así, habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años sin tener que estar asistido por ningún representante legal. Esto es, se reserva exclusivamente esta manifestación de voluntad para las personas entre las cuales se va a constituir el vínculo jurídico de filiación adoptiva. Se trata por tanto, de un requisito constitutivo de la adopción y que por ello afecta a su propia existencia. Es previo a que el Juez tome su decisión y además tiene carácter personalísimo.

Por su parte, habrán de asentir a la adopción, admitiendo que este vínculo que se va a crear es lo más conveniente, de un lado, el cónyuge o pareja de hecho del adoptante salvo que medie separación o divorcio o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en el caso ya expuesto de que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta. Es evidente que la adopción va a afectarles tanto a nivel personal como patrimonial y con este asentimiento se trata de asegurar una atmósfera apropiada para la incorporación del menor a la vida de la familia, lo que podría no verificarse en caso de que existiera oposición.

De otro lado y de igual modo, los progenitores biológicos del adoptado que no se halle emancipado, a no ser que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación; no requiriéndose tampoco si estuvieran imposibilitados para prestarlo. En este caso, su participación es necesaria pues la adopción provocará la extinción del vínculo con el hijo y la consiguiente pérdida de la patria potestad y desaparición de las obligaciones inherentes a la misma. Como importante limitación, este mismo precepto *in fine* determina que en las adopciones que requieran propuesta previa, que son casi todas, lo que se asiente es el hecho de la adopción y que por tanto el asentimiento de los progenitores no podrá referirse a adoptantes concretos. Los adoptantes no se eligen.

Como novedad, tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores suspendidos de la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de desamparo, sin oposición a la misma, o cuando hubiera sido desestimada.

Por último, se ha de destacar que el asentimiento de la madre biológica no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto, en lugar de los treinta días previstos en la normativa anterior.<sup>22</sup> Se trata de asegurarle un periodo de tiempo prudente que le permita la recuperación y reflexión sobre el asentimiento.

Con carácter general, tanto los consentimientos como los asentimientos deben otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> El artículo 5.5 del Convenio europeo también contempla este plazo de seis semanas, pero para prestar el *consentimiento*, no el asentimiento.

<sup>23</sup> El artículo 5.2 del Convenio europeo dice que las personas cuyo consentimiento se requiere deberán proveerse del asesoramiento necesario y estar debidamente informadas acerca de sus consecuencias, en especial en lo referente al mantenimiento o ruptura de los vínculos legales entre el menor y su familia de origen.

Para el caso de que la adopción se constituyese *post mortem*, tras el fallecimiento del adoptante, se flexibiliza este aspecto en el sentido de admitir la validez del consentimiento que el adoptante ya hubiera prestado ante el Juez o si hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Por su parte, los asentimientos podrán emitirse tanto ante el Juez durante la tramitación del expediente como con carácter previo a la iniciación del mismo ante la correspondiente Entidad pública o en documento público, lo que se sujeta a un periodo de caducidad de seis meses, transcurridos los cuales habrán de comparecer de nuevo en presencia del Juez (ver artículos 176.4 del Código civil y 37.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

Por último, y al margen de los consentimientos y asentimientos, existe un importante y obligatorio trámite de audiencia, como ocasión que se ofrece a los interesados de realizar alegaciones que informen e iluminen la decisión del Juez sin que dichas argumentaciones sean vinculantes para el mismo; así, se ofrece esta oportunidad a los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no fuera necesario;<sup>24</sup> al tutor y en su caso, la familia acogedora y el guardador o guardadores; y al adoptado menor de doce años en atención a su edad y madurez.<sup>25</sup>

Tras todo lo anterior, la adopción se constituirá mediante resolución judicial en forma de auto que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Dicho auto debe acceder al Registro Civil e inscribirse al margen del nacimiento del hijo adoptivo, produciendo a partir de entonces el cierre registral respecto de terceros, quienes a través del mismo no deberían poder conocer la existencia de la adopción. La publicidad de estos datos queda restringida, siendo sólo accesible a los adoptantes y al adoptado mayor de edad y en su caso, a terceros que justifiquen un interés legítimo y obtengan una autorización especial.<sup>26</sup> Contra dicho auto se puede interponer recurso de apelación que de nuevo tiene carácter preferente, atendiendo al interés superior del menor, y que no produce efectos suspensivos.

<sup>24</sup> Ver artículos 177. 2.2 y 177. 3.1 del Código civil. En concreto: 1. Cuando el adoptado sea mayor de edad o menor emancipado. 2. Cuando los progenitores estén incurso en causa de privación de la patria potestad, pero aún no hayan sido privados de la misma. 3. Cuando hayan quedados suspendidos de la patria potestad como consecuencia de la asunción por la Administración de la tutela automática y no hayan impugnado la declaración de desamparo en el plazo de dos años o lo hayan hecho sin éxito.

<sup>25</sup> Estoy de acuerdo con López Azcona, 2016, p. 68, quien considera que se debería haber mantenido la audiencia de la Entidad pública a fin de valorar la idoneidad de los adoptantes cuando no sea necesaria su propuesta previa, tal y como establecía el antiguo 177.3.4º, sobre todo si se atiende a la intensa *administrativización* que inspira la reforma.

<sup>26</sup> Explica Anguita Ríos (2016, p. 11), que si los adoptantes lo solicitan cabe la cancelación formal de la inscripción originaria de nacimiento, practicando un nuevo asiento, siendo la adopción objeto de una inscripción principal de nacimiento. De este modo, se evita la superposición de filiaciones, y no aparece rastro alguno de la filiación adoptiva. Sólo se incluyen los datos registrales de la inscripción anterior (libro, folio, página), sin mencionar el hecho de la adopción. De Lorenzi (2016, p. 112), entiende que la Resolución Circular de la DGRN de 31 de octubre de 2005, en materia de adopciones internacionales debería considerarse nula por ser contraria a normas de rango superior.

### 3 EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

La adopción es irrevocable, lo cual es perfectamente lógico dada la trascendencia de sus efectos y el cambio de integración familiar que supone, de modo que no puede quedar al capricho o cambio de ánimo de los sujetos en ella implicados, y en particular de los adoptantes (LASARTE ÁLVAREZ, 2016, p. 334). Y ello es así, porque es efecto fundamental de la adopción la equiparación de las filiaciones, como establece el artículo 108 del Código civil; de modo que la filiación adoptiva produce los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, matrimonial y no matrimonial, no sólo entre adoptantes y adoptado sino también entre éste y el resto de la familia de aquéllos.

De este primer efecto de integración en la familia de adopción se deduce que los progenitores tendrán la patria potestad respecto del menor lo que conlleva a su vez la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo, procurarle una formación integral, representarle y administrar sus bienes. Le transmitirán sus apellidos siguiendo las reglas existentes al respecto; regirá para ellos, en su caso, la obligación legal de alimentos entre parientes; y por supuesto, tendrá los derechos sucesorios que le correspondan ya sea como legitimario, ya sea como heredero abintestato, dado el principio de igualdad de todos los hijos ante la ley con independencia del origen de su filiación. A ello se añadirá en caso de ser extranjero, la adquisición de la nacionalidad española de origen y la obtención de la vecindad civil de los adoptantes.

En coherencia con este planteamiento, el Código civil declara la extinción de los vínculos entre el adoptado y su familia biológica excepto en lo relativo a los impedimentos matrimoniales que se mantienen vigentes. No obstante ello, esta regla general tiene dos importantes excepciones: por un lado, que el adoptado sea hijo del cónyuge o pareja de hecho del adoptante y por otro lado, que sólo uno de los progenitores esté legalmente determinado y este efecto sea solicitado por el adoptante, el adoptado y el progenitor cuyo vínculo se quiere mantener.

Sin embargo, la principal novedad en esta materia reside en la introducción en nuestro Ordenamiento jurídico de la conocida como *adopción abierta*.<sup>27</sup> Se trata de una situación excepcional importada del derecho anglosajón que consiste en la posibilidad de mantener relación o contacto con algún miembro de la familia de origen a través de visitas o de comunicaciones, a pesar de la extinción de los vínculos de parentesco.

<sup>27</sup> Artículo 178.4 LPIA. Se da en países tales como Estados Unidos, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. Se pueden considerar como antecedentes en España, el artículo 235.47.4 del Código civil de Cataluña según el cual: “la autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la Entidad pública competente o del Ministerio Fiscal puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen en los casos del artículo 235.44.4 o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor” y el artículo 74.1 de la Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia en Galicia que dispone: “Las personas menores de edad tendrán derecho a conservar los vínculos afectivos con sus hermanos y a tal fin la Administración procurará que todos ellos sean acogidos o adoptados por una misma persona o familia y en caso de separación, tratará de facilitar la relación entre ellos”.

Según el propio preámbulo de la ley se intenta con ello flexibilizar la adopción sobre todo de menores adolescentes, que presenta mayores complicaciones, al objeto de hacer un tránsito más suave que facilite la *pérdida* a la familia de origen y que permita que el menor se beneficie de una vida más estable en su familia de adopción manteniendo los vínculos con la anterior, en especial con sus hermanos.<sup>28</sup> Se está pensando probablemente en los casos de menores que no han perdido el contacto con sus familiares de origen durante la etapa precedente a la adopción, pues la ruptura tajante de estos contactos, no sólo perjudicaría al menor sino que podría dificultar la adopción misma al provocar el rechazo por parte de los familiares (así lo explica RUIZ-RICO RUIZ-MURÓN, 2017, p. 589).<sup>29</sup> En cualquier caso, es importante destacar que si bien se mantienen los vínculos afectivos, la regla general de extinción de los vínculos jurídicos se mantiene.

En él se explica también que existen, en general, dos vías de constitución. Una de ellas, a través del acuerdo privado entre las partes con supervisión y apoyo de las Entidades públicas y otra, que es la que sigue nuestro modelo, que debe ser confirmada por el Juez a quien corresponderá, en su caso, decidir también sobre su posible modificación o finalización.

A ella se refiere el artículo 178.4 del Código civil del que pueden extraerse las siguientes ideas que consideramos de gran interés:

- a) se apela de nuevo al principio de interés superior del menor (PÉREZ GIMÉNEZ, 2013, p. 72-75) para su establecimiento. Interés del menor que deben valorar tanto la Entidad pública para proponérselo al Juez como éste para determinarla;
- b) la adopción abierta la propondrán la Entidad pública o el Ministerio Fiscal;
- c) en la declaración de idoneidad se debe reflejar si quienes se ofrecen a la adopción están dispuestos a este tipo de adopción;
- d) se requiere el consentimiento de la familia adoptiva<sup>30</sup> y del adoptado mayor de doce años. Si no alcanzara esta edad, será oído siempre que su madurez lo aconseje;
- e) el Juez será quien al constituir la adopción lo haga con el carácter de abierta, determinando su periodicidad, duración y condiciones;
- f) la Entidad pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las comunicaciones y visitas, haciendo las pertinentes propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años;

<sup>28</sup> Si la relación se va a mantener con hermanos biológicos y estos son menores de edad y están adoptados por otra familia, se requiere que se encuentren también en régimen de adopción abierta.

<sup>29</sup> Considera Callejo Rodríguez (2017, p. 21), que el aumento de la edad de los menores que se encuentran a la espera de ser adoptados incide en el interés del legislador para encontrar fórmulas que faciliten su adopción. Esto ha llevado a introducir la adopción abierta en nuestro Código civil.

<sup>30</sup> Entendemos que se refiere al o a los progenitores adoptivos. Es muy dudosa la redacción del artículo que no aclara bien si siendo menor de doce años debe prestar su consentimiento en función de su madurez o sólo debe ser oído.

- g) el Juez puede solicitar nuevos informes sobre la marcha de la relación si pasados los dos años iniciales lo considera necesario;
- h) están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de la adopción abierta la Entidad pública, la familia adoptiva, la familia de origen<sup>31</sup> y el menor con más de 12 años o menor de esta edad pero con suficiente madurez;
- i) el Juez acordará también su modificación o extinción.

A nuestro juicio, el legislador es algo confuso en su redacción y no se expresa con la claridad que sería deseable para una figura de nuevo ingreso en nuestro Ordenamiento jurídico. En concreto, entendemos que existe ambigüedad en algunos aspectos, así por ejemplo no queda rotundamente claro, si la competencia que tiene el Juez le viene dada de oficio o a instancia de parte aunque nos inclinamos más por esta segunda posibilidad; y tampoco vemos clara la equiparación de determinados conceptos como modificación-suspensión, y finalización-supresión (los estudia LÓPEZ AZCONA, 2016, p. 73).

Sea como fuere, consideramos que establecer una adopción abierta requiere un alto grado de consenso, previo conocimiento del alcance de la misma y de generosidad por parte de todos. Entendemos que se hará por el bien del menor, para proteger sus intereses y para favorecer su adaptación, pero apreciamos que mantener el equilibrio no debe ser fácil y que tanto los padres adoptivos como los familiares de origen, que vayan a mantener estos contactos, deben ser plenamente conscientes del triángulo que se crea pues realmente la relación no se va a mantener de manera aséptica entre el menor adoptado y los familiares de origen de que se trate, sino que de alguna manera afecta también a los padres de adopción.<sup>32</sup>

Ahora bien, si lo que busca en el caso concreto son adopciones cooperativas, abiertas a la comunicación y a la colaboración entre la familia adoptiva y la biológica porque existen condiciones estables que lo aconsejen y no se fuerzan situaciones de difícil convivencia ni se fuerza a personas a crear o mantener vínculos fácticos, sería una buena opción, manifestada desde el inicio en el expediente de idoneidad (ANGUITA RÍOS, 2016, p. 16).

A nuestro juicio, la labor que debe desarrollar la Entidad pública es importantísima en este tipo de adopción, no sólo a la hora de valorar las circunstancias que la aconsejen para hacer la propuesta al Juez; sino también después a la hora de supervisarla, valorar su desarrollo y al tiempo de hacer las correspondientes proposiciones de modificación, mantenimiento o extinción, en su caso. La tarea del Juez, por supuesto, es crucial también pues finalmente es quien haciéndose eco del superior interés del menor, la constituye.

---

<sup>31</sup> Entendemos que en concreto aquéllas personas a quienes se hubiera autorizado para la comunicación y visitas. El concepto que se utiliza *los miembros de la familia de origen que se considere* es demasiado indefinido.

<sup>32</sup> El propio artículo 178. 4 dice que podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones *entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva*.

Por otra parte, y aunque la adopción sea irrevocable, el artículo 180. 5 y 6 del Código civil<sup>33</sup> introduce el *derecho a conocer la propia identidad biológica*, el origen biológico de la persona adoptada. El fundamento de este derecho se halla en la conciencia social actual sobre la importancia que para la construcción de la identidad tiene el conocimiento de la propia familia, así como las primeras circunstancias sociales (BARBER CÁRCAMO, 2017, p. 750). Por esta razón, a los adoptados se les reconoce, una vez que alcanzan la mayoría de edad, o antes a través de sus representantes legales el derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.<sup>34</sup>

Se trata como dice el profesor Lasarte de una cuestión sumamente compleja, delicada y vidriosa que hace difícil tomar una posición decidida a favor o en contra de la misma, pues a pesar de lo que pueda mostrar de favorable, seguramente la búsqueda de orígenes biológicos genere mayores problemas que ventajas, de índole psicológica, de desarraigo familiar y social; sin olvidar que confluyen y colisionan el derecho del hijo al conocimiento de su origen y el derecho del o de los progenitores a la protección de su intimidad personal y familiar (LASARTE ÁLVAREZ, 2016, p. 338).<sup>35</sup>

En cualquier caso, para hacer efectivo este derecho, el adoptado deberá acudir en primer lugar al Registro civil ya que la adopción se inscribe al margen de la inscripción de nacimiento, reflejando todos sus datos y los relativos a su filiación por naturaleza. Si no encontrara en él la información que busca y para reforzar este derecho, se impone a las Entidades públicas una doble obligación: de un lado, asesorar y prestar a través de sus servicios especializados la ayuda que se precise; de otro lado, asegurar la conservación de la información de que se disponga relativa al menor, en concreto sobre la identidad de sus progenitores

<sup>33</sup> Introducido por la Ley 54/2007, de adopción internacional y modificado por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Ver también artículo 30 del Convenio de la Haya de 1993.

<sup>34</sup> De Lorenzi (2016, p. 112), dice que en el Derecho civil español hay cuatro reglas que reafirman este derecho y una que la vulnera. En el primer sentido, caben citar la constancia registral del nombre de la progenitora como punto de partida para el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado y la prohibición del parto anónimo; la consagración de los deberes de la Administración de reunir y conservar la información así como de prestarla al serle requerida, y de los padres de comunicarla al hijo; el reconocimiento de una acción por la que encauzar la pretensión de conocer los orígenes biológicos y el mantenimiento de alguna forma de relación con los miembros de la familia de origen como paliativo de los efectos de la disposición legal que dispone entre ellos la ruptura de los vínculos jurídicos. Por el contrario, la regla que contrasta con este panorama legislativo, es la que permite a los adoptantes solicitar que se extienda una nueva inscripción del nacimiento durante la minoría de edad del adoptado en la que sólo consten los datos relativos a la adopción sin mención alguna a la filiación biológica anterior salvo los datos registrales de la inscripción de esta última (número de libro, folio y página) que queda formalmente cancelada en la casilla de observaciones.

<sup>35</sup> Menciona también el artículo 235 del Código civil de Cataluña que establece la obligación para los padres de comunicar a su hijo que es adoptado tan pronto como tenga suficiente madurez y en todo caso antes de los doce años, salvo que esta información fuera contraria al principio de interés del menor. Para García Villaluenga y Linacero de la Fuente (2006, p. 69 y 109 y ss.), se configura como un derecho de la personalidad. Ante la posible pugna frente al derecho a la intimidad de los progenitores biológicos, lo consideran prioritario y entienden que no se podría negar información a la persona que la solicite. Eso sí, con la necesaria reserva de actuaciones y respeto de los derechos legítimos de terceros. En el mismo sentido, Anguita Ríos (2016, p. 6). De Lorenzi (2016, p. 104), lo considera como un derecho humano, fundamental y autónomo.

y la historia médica del menor y de su familia durante un periodo de cincuenta años<sup>36</sup> desde el momento en que ésta se haya hecho definitiva.<sup>37</sup>

Para que esto sea factible, cualquier entidad pública o privada tendrá obligación a su vez de facilitar a la Entidad pública o al Ministerio Fiscal los informes y antecedentes necesarios sobre el menor cuando le fueran requeridos. Si estos se negaran a prestar la información, se les podría requerir por vía judicial.

De todas formas, es importante destacar que este derecho está limitado al acceso a información sobre los orígenes biológicos, pero en ningún caso legitima al adoptado al ejercicio de acciones de reclamación de la filiación, invocando su derecho a la verdad biológica (UREÑA MARTÍNEZ, 2015, p. 148). Tiene pues una eficacia meramente declarativa y va referido en exclusiva al adoptado y no a sus descendientes. Por tanto, no se podrá utilizar dicha información para otros usos distintos del señalado, so pena de incurrir en una vulneración del derecho a la protección de datos personales (LÓPEZ MAZA, 2016, p. 697).<sup>38</sup> Sin olvidar, por otra parte, que en los supuestos de adopción internacional es posible que la legislación de los países de procedencia impida el acceso a los datos de identidad en determinados supuestos, con lo que quedará limitada a lo reflejado en los expedientes de la Entidad pública y organismos acreditados que intervengan.

#### 4 EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

El Juez acordará la extinción de la adopción según el artículo 180 del Código civil a petición de cualquiera de los progenitores que sin culpa por su parte no hayan intervenido en el expediente con su asentimiento o audiencia según el caso. Para ello, la demanda debe haberse interpuesto en el plazo de los dos años siguientes a la adopción y siempre que dicha extinción no perjudique gravemente al menor. Si el adoptado fuera mayor es necesario su consentimiento expreso.

De este precepto se deduce que dado el carácter irrevocable que tiene la adopción, la única circunstancia que permitiría extinguirla es que los padres biológicos del menor no hubieran podido intervenir en el expediente por causa que no les fuera imputable. De algún modo, se ampara a los padres por naturaleza. Ellos serán quienes estarán legitimados activamente para interponer la demanda frente a los padres adoptivos,<sup>39</sup> ante el Juzgado de Primera Instancia

<sup>36</sup> En el mismo sentido el artículo 22. 5 del Convenio europeo en materia de adopción de menores.

<sup>37</sup> Aclara López Maza (2016, p. 697), que la adopción se hará definitiva a partir del momento en que los padres biológicos ya no puedan solicitar su extinción conforme al artículo 180.2 del Código civil, es decir dos años desde la constitución, por lo tanto la obligación de conservar los datos durará cincuenta y dos años desde que la adopción se constituye.

<sup>38</sup> El artículo 13 de la Ley de Adopción Internacional se remite expresamente a la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en cuanto al tratamiento y cesión de los datos e información obtenidos de acuerdo con el artículo 180 del Código civil.

<sup>39</sup> Según Gesto Alonso (2013, p. 1) si la adopción se ha constituido a propuesta de la Entidad pública, también debería dirigirse la demanda frente a ella, o cuando menos, tendrá la posibilidad de solicitar su entrada en el proceso como tercero interviniente, pues resulta obvio su interés en el resultado del pleito.

del domicilio de éstos, sustanciándose las actuaciones judiciales por los trámites del juicio ordinario que corresponda, siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal. Ahora bien, para que esta acción de extinción de la adopción prospere se deben dar los siguientes requisitos:

en primer lugar, los padres deben interponer la acción de nulidad en el plazo de los dos años siguientes al momento de constitución de la adopción por resolución firme del Juez. Se trata de un plazo de caducidad;

- en segundo lugar, tienen que acreditar que si no comparecieron en el expediente de adopción fue por causas ajenas a los mismos, sin su culpa;
- por último y a nuestro juicio de máxima importancia, la extinción que se pide no debe perjudicar gravemente al menor. Se trata de aplicar desde otro punto de vista el principio de protección del menor. Durante el procedimiento de constitución de la adopción se tuvo en cuenta para llevarla a cabo y ahora de nuevo se somete a juicio para dejarla sin efecto. Es el Juez quien tiene en última instancia esta enorme responsabilidad y quien tendrá que decidir si la extinción provoca o no esos graves perjuicios. Es fundamental el papel de la autoridad judicial en esta valoración pues se plantean problemas humanos de gran contenido ético y moral y no precisamente desprovistos de conflictos emocionales. El eje inspirador para el Juez debe ser el velar de modo decidido por los intereses de los menores, ponderando las circunstancias específicas de cada caso concreto para alcanzar la solución más razonable, justa y equitativa.

Si se cumplen todos estos presupuestos, el Juez decidirá mediante sentencia la extinción de la adopción. En caso contrario, desestimará la demanda manteniendo su vigencia. Para el primer caso, desaparecida la adopción constituida se pierden los vínculos jurídicos existentes con la familia de adopción, se pierden los apellidos, el derecho de alimentos y los derechos sucesorios. En contrapartida, todo ello se recupera en relación a la familia biológica. No obstante, se mantienen subsistentes la nacionalidad y vecindad civil adquiridas y la extinción no afectará a los efectos patrimoniales producidos mientras la adopción estuvo vigente.

Frente a la sentencia dictada por el Juez se puede interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y a su vez frente a ella cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

En otro orden de ideas, al margen de la extinción se podría pensar en la viabilidad de la acción de nulidad de la adopción bien por haberse constituido contraviniendo normas de carácter imperativo o bien por infracción de normas procesales (lo estudia con gran detalle GESTO ALONSO, 2013, p. 10-18). Se trata de un tema complejo dada la naturaleza mixta del acto constitutivo de la adopción y si bien la doctrina es unánime en considerar que la infracción de normas imperativas acarrearán la nulidad de la adopción, existe desacuerdo acerca de cuál ha de ser el procedimiento para instarla y las causas concretas que pueden fundarla (BARBER CÁRCAMO, 2017, p. 748). Por poner algún ejemplo de las primeras, por estar más relacionado con el objeto de nuestro

estudio, podríamos hacer referencia al incumplimiento de los requisitos de edad, prescindir del consentimiento de adoptantes o adoptado, el asentimiento de la madre sin respetar el plazo de seis semanas actualmente impuesto, no respetar las prohibiciones para adoptar que reflejamos al inicio del estudio, vicios de la voluntad, omisión de trámites, defectuoso cumplimiento de los mismos, etc.

## 5 CONCLUSIÓN FINAL

El estudio realizado de la adopción en España nos lleva a concluir que a pesar de la importante administrativización a la que se tiende tras las nuevas reformas legislativas acontecidas, no es menos cierto que el papel que en el desarrollo y control de la misma juega la autoridad judicial sigue vigente y es de vital importancia. Pongamos algún ejemplo.

Así, en relación a la valoración de la idoneidad, que como se ha expuesto tiene carácter genérico, pues en principio no va vinculada a un adoptado determinado, lo que es lógico en atención a que su concreción se producirá con posterioridad. Ello no es un impedimento para que después el Juez pueda valorarla de nuevo referida a un adoptado concreto teniendo en cuenta por supuesto, el interés prevalente del mismo; siendo él quien va a aprobar o denegar esa adopción a pesar de que la competencia, a priori, la tenga la Entidad pública; de modo que aún cuando para ésta la idoneidad se reúna, la última palabra la tiene la autoridad judicial quien hará el control pertinente en el proceso concreto. En conclusión, aunque sea la Entidad pública la encargada de valorar la idoneidad de los adoptantes, ello no impide que posteriormente el Juez vuelva a controlarla. Tiene pues, la última palabra.

Para llevar a cabo la adopción deben darse los consentimientos señalados; en caso contrario, no puede constituirse. Sin embargo, el Juez no queda vinculado por ellos, pudiendo denegar la adopción si resultare más conveniente para el interés del menor, pudiendo además practicar cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción se hace con esa intención. Ello quiere decir que la acumulación de todos los trámites estudiados no vincula al Juez y que por ello, podrá negar fundadamente la constitución de la adopción tras el enjuiciamiento de las circunstancias concretas. De igual modo, y en caso afirmativo el expediente de adopción termina con auto que tiene efectos constitutivos de la adopción. Quien la constituye es, por tanto, el Juez. No es una resolución administrativa sino judicial. Tiene pues, la última palabra.

En relación a la adopción abierta tampoco resulta vinculado por la propuesta ni en relación a los familiares con los que se podría mantener la relación y el contacto, sino que la acordará o no, según considere más conveniente para el interés del menor. No se trata, como en otros Ordenamientos jurídicos, de un acuerdo privado entre las partes, supervisado y apoyado por las Entidades públicas, sino que debe existir la correspondiente confirmación judicial. La adopción abierta no es la regla general sino una situación excepcional que previa propuesta de la Entidad pública o del Ministerio Fiscal, podrá decidir el Juez si entiende que se producen las circunstancias determinadas por el legislador.

De igual modo, será competente para decidir sobre el mantenimiento de las relaciones entre familiares, en su caso; así como su periodicidad y condiciones. Tiene pues, la última palabra.

En caso de extinción de la adopción es requisito que esta no perjudique gravemente al menor. Y en esta materia, de nuevo, el Juez tiene un importante margen de libertad a la hora de tomar esta decisión, que queda a su prudente arbitrio. Tiene pues, la última palabra.

En definitiva, observamos que la administrativización en última instancia supone descargar funciones atribuidas al Juez en las Entidades públicas. A nuestro juicio es positivo que se alivie el peso de la autoridad judicial en aquellas actividades que se puedan llevar a cabo desde las Entidades públicas, y por ello entendemos que debe existir una perfecta coordinación entre ambos, si bien consideramos que es un acierto que en materia tan sensible como es la protección de los menores se opte por una supervisión que otorgue mayores garantías a través del control judicial, y que sea el Juez quien en aras de la protección del menor, tenga la última palabra.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes. Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en materia de adopción. **La Ley Digital 360**, A Coruña, La Ley, n. 7, p. 1-10, 2015.

ANGUITA RÍOS, Rosa María. La adopción abierta: un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado. En: **Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil**, Pamplona, Ed. Aranzadi, n. 11, p. 1-21, 2016.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. La filiación adoptiva. En: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; CUENA CASAS, Matilde. (Dir.). **Tratado de derecho de familia: las relaciones paternofiliales v. V.** Pamplona: Aranzadi, 2017. p. 619-753.

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, “Cuestiones controvertidas en las nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia. En: **Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil**, Pamplona, Ed. Aranzadi, n. 6, p. 1-30, 2017.

DE LORENZI, Mariana. El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿una materia pendiente? En: **Revista de Derecho, Empresa y Sociedad**, Madrid, Dykinson, n. 8, p. 101-124, Enero-Julio, 2016.

DÍEZ GARCÍA, Helena. Comentario artículos 175 a 180. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. (Dir.). **Comentarios al código civil**. t. II. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 1.884-1.953.

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia.; LINACERO DE LA FUENTE, María et al. **El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006. Colección *Observatorio de la Infancia*, 1.

GESTO ALONSO, Blanca. **El procedimiento de adopción**. Navarra: Aranzadi, 2013.

GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. El sistema de protección de menores en España. En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coord.). **Tratado del menor: la protección jurídica a la infancia y la adolescencia**. Pamplona: Aranzadi, 2016. p. 435-462.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. **Principios de derecho civil: derecho de familia**. t. VI. Madrid: Marcial Pons, 2016.

LÓPEZ AZCONA, Aurora. Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. En: **Boletín del Ministerio de Justicia**, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia del Gobierno de España, año LXX, n. 20.185, p. 89 y ss., 2016.

LÓPEZ MAZA, Sebastián. Artículos 175 a 180 del código civil. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). **Las modificaciones del código civil del año 2015**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016. p. 647-698.

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa. Violencia en el ámbito familiar: menores y crisis matrimonial. En: VERDERA IZQUIERDO, B. (Coord.). **El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar**. Madrid: Dykinson, 2013. p. 55-84.

RUIZ-RICO RICO-MURÓN, Julia. Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. En: **Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil**, Pamplona, Ed. Aranzadi, n. 3, p. 1-10, 2016.

RUIZ-RICO RICO-MURÓN, Julia. **Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia:**

guía práctica de las crisis matrimoniales. Pamplona: Aranzadi, 2017. p. 569 a 595.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena. Novedades más significativas en el código civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En: **Revista CESCO de Derecho de Consumo**, Toledo, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, n. 15, p. 145-148, 2015.

Submissão em: 26 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 6 de novembro de 2021

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

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa. El control ¿judicial? de la adopción. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 3, p. 185-207, set.-dez. 2021.

## LAS TIC Y EL DERECHO DE LAS RELACIONES DE CONSUMO

MARIELLA BERNASCONI<sup>1</sup>

### PREFACIO

Abordaremos las relaciones de consumo en el contexto actual en donde la tecnología es protagonista en las contrataciones. Derecho de información y publicidad *online*, tratamiento de las cookies. Analizaremos si son respetados los derechos básicos del consumidor consagrados en la legislación vigente. Las características de la contratación electrónica y/o digital, sus beneficios y sus eventuales perjuicios para el consumidor, definición de e-consumer, análisis de su aplicación práctica y su relación *marketing* digital. Términos y condiciones de productos y servicios. Reflexiones sobre la protección del consumidor en entornos digitales en el MERCOSUR y en el derecho comparado respecto de nuestra legislación.

### 1 INTRODUCCIÓN

Ante la tendencia de una nueva era tecnológica, el ordenamiento tuitivo de las relaciones de consumo y principalmente sobre los derechos básicos de los consumidores ha comenzado a ser disipados para determinada sociedad de consumidores, específicamente sobre aquellos en donde lo rudimentario es

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Abogada, Profesora Adjunta (Grado 3 Efectivo) de Técnica Forense I, II y III: Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho – Udelar – Edificio Central y del Consultorio Barrial “Las Acacias”, Secretaria del Instituto de Técnica Forense Período 2016-2018, Encargada de Núcleo Temático de Relaciones de Consumo – Defensa del Consumidor en Consultorio Jurídico (Edificio Central) desde 2012 y desde 2016 a 2018 del módulo práctico de la Opcional Relaciones de Consumo y desde 2019 de la Opcional Teórica – Práctica de Relaciones de Consumo, Asistente de Cátedra durante el receso en el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho – Udelar – Edificio Central desde el año 2002, Expositora y Panelista en las Jornadas de Enseñanza de Derecho de la Facultad de Derecho de la ciudad de Buenos Aires – República Argentina - UBA – desde el 2012 hasta la actualidad. Expositora, Moderadora, Autora de artículos publicados. Autora de publicaciones académicas en obra colectiva. Profesora Técnica –Especialidad Administración y Servicios– egresada del INET en el año 2002 - Universidad Tecnológica del Uruguay (UTU). Uruguay. *e-mail*: dra.mbernasconi@gmail.com

complejo de abandonar. El gran peón de los derechos, el cual todo consumidor debe defender y reclamar, es el derecho de la información. Esa información que hoy se encuentra reñida por el bombardeo de publicidad que ofrece en forma posible y potencial la digitalización tanto del consumo de bienes como de servicio; teniendo presente la contratación sincrónica (inmediatamente se expresa la manifestación de voluntad) y asincrónica (mediatamente se expresa la manifestación de voluntad).

Sumado a ello desde el año 2020 estamos atravesando y viviendo una pandemia mundial a raíz del virus (Covid19) donde una de las consecuencias de este flagelo sanitario es el aislamiento de las poblaciones en cuarentenas preventivas o para recuperación y/o obligatorias para evitar la circulación del virus y esto llevó a que la ciudadanía empezara a comprar por internet utilizando las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) como herramientas que como se verá se aplican al trabajo, a la educación en todos sus niveles, contratos digitales, comercio electrónico, si bien la tecnología ya abarcaba el protagonismo en la vida de todos los seres humanos ahora es la gran estrella de la vida de la población mundial con fortalezas, debilidades, obstáculos y amenazas.

## **2 DERECHO DE INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD**

La consideración de la publicidad como manifestación del derecho a comunicar de parte de las empresas tecnológicas es la contrapartida de la obligación de respetar el derecho establecido en el art. 6 inc. C, de la Ley 17.250, que regula las relaciones de consumo en nuestro ordenamiento jurídico, donde establece que información debe ser veraz bajo el entendimiento de su naturaleza informativa.

Cuando se identifican los elementos constitutivos de la verdad publicitaria, resulta ser el principal, la prohibición de causar error en los destinatarios de la publicidad. La inducción a error, efectivo potencial y susceptible de afectarles en su comportamiento económico, define la publicidad engañosa, en donde la variedad de posibilidades de informar a través de la publicidad es un hilo fino en verse afectado por la inducción al error al consumidor.

Es así que, en el entorno digital, las empresas se encuentran por un lado ante la necesidad de a través de un buen *marketing* digital de generar ventas de sus productos o servicios y por otro lado el deber de cumplir con la legalidad del deber de información veraz y clara que debe de recibir el consumidor. Esto supone una desconsideración hacia el derecho a la información a través de la publicidad: derecho a comunicar (lado activo) y a recibir (vertiente pasiva del mismo) información verdadera (pero no necesariamente objetiva –salvo excepciones–), y auténtica. Es decir, no generadora afectiva o potencialmente de error susceptible de afectar al comportamiento económico del consumidor medio, respecto de los bienes ofrecidos en el mercado y a cuya contratación se ordena la publicidad comercial: y claramente identificable en cuanto a su naturaleza publicitaria, esto es, orientada a la expresada finalidad de promover la contratación.

### 3 CONTRATACIÓN Y *MARKETING* DIGITAL

Desde la perspectiva contractual, siendo el acto publicitario vinculante para el anunciante, de acuerdo a la normativa vigente, y pre configurador del futuro contenido negocial, la declaración publicitaria ofrece una naturaleza de oferta, la cual también está regulada muy detalladamente en la Ley 17.250. Es aquí la existencia de un deber precontractual de informar (SZAFIR; CARRERO PEREIRA, 2017) a través de la publicidad, por lo que resulta posible afirmar, bien que sea desde el deber de no desinformar, toda vez que el respecto a la verdad, inherente a la información, también lo es a la información publicitaria, instrumento para la realización del derecho a la información de los consumidores. Los consumidores se han visto inmersos en la digitalización del consumo de bienes y servicios y también la tecnología incentiva a las empresas a guiar a los consumidores al fomento del consumo mediante la tecnología (QUÉ, 2016).

Dentro de las variantes del *marketing* digital, a los efectos de lograr el fin de las empresas de obtener clientes y fomentar las relaciones de consumo, se utilizan las llamadas las *cookies*.

#### 3.1 Las *Cookies*

Las *cookies* son pequeños archivos que los sitios web transfieren a tu PC para almacenar información sobre tus preferencias siendo un gran recurso para las campañas de *marketing online*. Con esta forma de hacer *marketing*, las *cookies* recopilan información sobre el usuario y permiten que el usuario reciba información sobre los sitios web que ha visitado en *banners*, o anuncios en otros sitios web, ajenos al sitio que se publicita, generando el potencial consumo, así como una alternativa para recuperar clientes. La idea general del empleo de las *cookies* en el *marketing* es recopilar información para posteriormente hacer que el usuario pueda recibir información adicional para ayudar a recuperar clientes.

Las ventajas del empleo de *cookies* en el *marketing* digital:

- mostrar anuncios de tu sitio web en otros sitios, *banners* y espacios publicitarios;
- captar nuevos clientes;
- realizar el seguimiento a los visitantes del sitio web;
- personalizar la forma de navegación del usuario;
- mostrar productos relacionados con las búsquedas del usuario, adecuando la oferta de los espacios e-commerce al interés del usuario basándose en sus búsquedas, formas de navegación, etc.;
- hacer *tracking* de los usuarios y visitantes del sitio web.

Dentro de la digitalización, no solo en la etapa precontractual se referencia en formato digital, a través de lo que se mencionó anteriormente sobre la invasión del *marketing* digital en las relaciones de consumo, sino que también la etapa contractual ha ganado relevancia en lo digital (QUINTANA, 2017, DA13). Es así que ahora las contrataciones de productos y servicios en la gran mayoría se encuentran definidas por parte del empleador a través de lo que se denominan “*Términos y Condiciones del Producto y/o Servicio*”, en donde la empresa proveedora del producto o servicio que se ofrece, dejará reflejada las condiciones que se registrará para esa contratación.

### 3.2 “Términos y Condiciones”

En este punto es importante destacar la consideración que los términos y condiciones adquieran el carácter de contrato de adhesión, en el entender de que estamos frente a la redacción y porque no imposición, por una sola de las partes, en este caso del proveedor y el aceptante –el consumidor– simplemente se adhiere o no al mismo, aceptando o rechazando el contrato en su integridad, de acuerdo a lo que establece el artículo 28 de la Ley 17.250, quedando en juego la necesidad del consumidor de tener que adquirir ese producto o servicio. Por lo que para obtenerlo deberá de aceptar los términos y condiciones detallados en su integridad. Podríamos hablar en cierta manera de una limitación a la libertad de elección, en donde el consumidor podrá no estar de acuerdo con todo lo establecido en esos términos y condiciones, pero, deberá de aceptarlos si estamos frente a una necesidad, como pasa por ejemplo en los servicios monopolizados (ROSSI, 2021a.).

Cada empresa en su formato de proveedores de productos o servicios digital, expondrán estos términos y condiciones que regulan la relación con el usuario respecto al acceso de los contenidos y de los servicios que se ponen a disposición a través de la página web de sus empresas. Pero la realidad es que el consumidor medio no ha adquirido la precaución y tal vez la educación de informarse o leer esos términos y condiciones antes de la contratación, por lo que es factible que muchas veces ante una disconformidad posterior con lo consumido, pueda llevarse sorpresas en lo que se informó previamente.

Cabe destacar que el proveedor cumple con su deber de información en cierta manera, aunque sea a través de la imposición de las condiciones, y tal vez se necesite mayor hincapié en la educación de los consumidores de informarse previamente. Pero en lo que refiere al deber de información que debe de tener la empresa, la normativa legal exige que el usuario tenga conocimiento de las condiciones de contratación de un producto o servicio, por lo que una redacción incompleta o inadecuada puede dar lugar a la imposición de una sanción de parte del regulador.

Por ello, resulta recomendable que se establezcan las condiciones de forma clara, es decir, evitando una redacción ambigua u oscura, ya que el usuario debe conocer y entender las reglas a las que se somete, tal como lo establece el artículo 29 de la ley madre sobre Defensa del Consumidor.

El contenido de dichas condiciones debe incluir de forma detallada y clara cuestiones como la limitación de responsabilidad, plazos de entrega del producto o garantías, con la finalidad de evitar futuros problemas como podrían ser reclamaciones o pleitos por malos entendidos al no especificarse de la forma más correcta dichas condiciones, evitándose a la escala de mayores contingencias para la empresa proveedora.

#### **4 TIC COMERCIO ELECTRÓNICO**

El profundo desarrollo de las tecnologías de la información y del conocimiento de tecnologías de la información y la comunicación (TIC), las telecomunicaciones, el procesamiento automatizado de datos y las posibilidades de dar garantías en las transacciones en línea, han ofrecido a las empresas, una gama de posibilidades de hacer negocios, de ofrecer productos y servicios de una forma y velocidad que tiempo atrás era impensado.

Se define al comercio electrónico como aquel donde hay intercambio telemático de información entre empresa o entre empresas y consumidores que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega de bienes intangibles como ser datos, documentos, imágenes, música, videos, servicios, etc. en un pedido electrónico de bienes tangibles cosas o servicios. Constituye uno de los pilares más significativos de la revolución tecnológica de la que, en la actualidad, somos protagonistas (CARNIKIAN, 2013).

El comercio realizado a través de internet se encuentra en constante y considerable expansión por cuanto tiene importantes beneficios económicos, como la “reducción de costos administrativos e impositivos, el acortamiento del proceso de distribución e intermediación, la posibilidad de operar todo el día, la superación de las barreras nacionales; y el aumento de la celeridad en las transacciones.”.

##### **4.1 E-Consumer**

En este ámbito digital se determina la formación de nuevas dinámicas que a su vez forjan un nuevo tipo de consumidor diferente al tradicional. Dicho consumidor es denominado *e-consumer* y se caracteriza por su gran capacidad de evaluar y comprar productos y servicios en negocios *online*, la intromisión de la era digital es tan profunda que *e-consumer* pueden llegar a realizar todas sus actividades vitales desde el uso de las herramientas informáticas, así, pueden hacer gestiones de banco (consultar saldo, realizar transferencias) ver las colecciones de arte de los museos hacer la compra doméstica, seguir algún curso de formación en línea, consultar la opinión de un médico etc., incrementándose significativamente el tiempo *online*.

## 4.2 La TIC

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), tecnología que utilizan la informática, la microelectrónica y las telecomunicaciones para crear nuevas formas de comunicación a través de herramientas de carácter tecnológico y comunicacional. Los más importantes TIC son el correo electrónico, la búsqueda de información, la banca *online*, el audio, la música, la televisión, el cine, el comercio electrónico, e-administración y e-gobierno, la e-sanidad, la educación, los videojuegos y los servicios móviles. Son herramientas que se utilizan en la educación y pasaron a forma parte de la cultura digital.

## 4.3 Los Problemas o Dificultades que Representa a los Consumidores el Comercio Electrónico

El consumidor en el comercio electrónico encuentra muchos escollos que sortear, primero por las características del comercio electrónico y las relaciones con el *ciber* consumidor, el carácter de internacionalidad de las relaciones jurídicas se encuentra presente en la mayoría de las situaciones, lo que convierte en dificultosa la decisión de resolver que ley se aplica y cuando hay protección al consumidor (Machado, 2015).

En muchas ocasiones no es posible determinar con fehaciencia jurídica quién es el proveedor de bienes o servicios que incumplió y produjo el daño. De modo que en algunas oportunidades el consumidor y el abogado patrocinante, asumen tareas de “detectives jurídicos” a la hora de buscar elementos que contribuyan a revelar la identidad del sujeto responsable y poder emplazarlo judicialmente. Asimismo, se forman en multiplicidad de veces una pluriparticipación de sujetos con los más diversos vínculos entre ellos también, en efecto, una vez conectado a Internet, se comienzan a suceder una serie automática de vínculos precontractuales, contractuales, extracontractuales y de consumo, entre éstos y los restantes usuarios del sistema, así como también con las empresas que proveen las herramientas para que toda esa cadena se pueda dar.

Por último y no menos importante que los anteriores, el derecho a la información, esto es solo quién se encuentra bien informado puede valorar y en consecuencia ejercitar la libre elección de bienes o servicios que se le ofrecen, así como de las condiciones en que contrata, se dificulta que se visualice en estos vínculos. Se celebran por tanto contratos internacionales de consumo donde la legislación aplicable dependerá de cómo se celebró el contrato, las características, verificar si se contempló la protección del consumidor, las legislaciones deben actualizarse para el comercio electrónico porque se ha instalado en la sociedad de consumo y ha sido aceptado sin hesitaciones por los consumidores.

En el ámbito que nos ocupa, la explosión tecnológica alcanza también a la actividad negocial y al mercado de consumo. Las tradicionales casas de comercio se aggiornan extendiendo sus puestos de venta en la comunidad *online*, ya sea por medios de sitios webs propios o a través de canales intermediarios

como son las empresas MercadoLibre, e-Bay o Amazon, por mencionar los más conocidos.

Esa esa “marca” en la aceptación es suficiente como para dar un consentimiento total, el vértigo se la evolución en ese sentido es total, de hecho, la magnitud que tiene “internet” en cuanto a la inmediatez de la propagación de la información y en cuanto a la satisfacción para los consumidores y usuarios del mismo. Y este invento (y su repercusión en los cambios de hábitos que ha provocado ante consumidor o usuario final del mismo), y además con la particularidad que se ha implantado dentro de una misma generación, a diferencia de lo que tardaron las revoluciones industriales en desarrollarse. Amerita preguntarse sobre esto último ante una contratación en el entorno digital.

## **5 MERCOSUR**

Existe una reglamentación que no vincula a los Estados partes, ya que expresa que se deben respetar las normas y reglamentaciones sobre productos de cada estado integrante.<sup>2</sup> La implementación del Escuela Mercosur de Defensa del Consumidor es una apuesta surgida del trabajo conjunto del Comité Técnico n.º 7 de Defensa del Consumidor del Mercosur, con lo que se cumplimenta así el punto 10.1.2 del Art. 3 de la Decisión 64/10 del Consejo del Mercado Común. Existe suscrito por los estados integrantes del Mercosur (MERCOSUR, 2015) una serie de resoluciones que contienen sistemas de defensa del consumidor, principios, defensa del consumidor en el Mercosur, etc., que deben cumplir y que los vincula, pero siempre respetando la normativa de cada país no contradiciendo la protección de los derechos del consumidor de cada país.

## **6 LEGISLACIÓN COMPARADA**

En el derecho comparado, en Argentina (ROSSI, 2021b) en la última reforma del Código Civil, se agregó la normativa referente a la defensa de los derechos de los consumidores y se está estudiando en la actualidad un proyecto de ley respecto a las reclamaciones internacionales y colectivas en materia de derechos del consumidor. Difiere mucho la legislación argentina de la nuestro ya que contempla muchas más situaciones como por ejemplo el derecho de retracto es de 10 días en nuestra ley es de 5 días, la normativa está casi toda en el actual Código Civil y de Comercio, nosotros no teneos codificada esta normativa está en distintas leyes, así como modificaciones en rendiciones de cuentas.

Respecto de Brasil existe un Código del consumidor.

---

<sup>2</sup> <https://www.mercosur.com.int>.

## 7 CONCLUSIONES

Se arriban a conclusiones abiertas, porque la legislación nacional debe contemplar estas contrataciones como lo están haciendo en Argentina, donde ya están estudiando una ley que contemple acciones colectivas cuyos reclamos se originen en contrataciones internacionales celebradas en el entorno digital. La legislación uruguaya es muy escasa y no abarca todos los reclamos, nuestra experiencia en la práctica así lo constata y ratifica, falta mucho camino por recorrer para lograr una legislación que no se encuentre dispersa, sino que integre el Código Civil o se proyecte un Código del Consumidor.

En Argentina en la última reforma al Código Civil, Código Civil y Comercial aprobado y vigente incluye toda la normativa relativa a protección del consumidor igual tienen algunas leyes que no se agregaron y en Brasil existe un Código del Consumidor.

Aquí si bien con la ley Ley 17.250 se avanzó respecto a las protecciones de los consumidores, se le han agregado y modificado artículos luego de su promulgación, dichas modificaciones a través de Leyes de Presupuesto práctica de los legisladores de nuestro país, que si bien contemplaron situaciones específicas aún falta por seguir actualizando la normativa referente al Derecho del Consumidor.

Respecto de la Ley 18.507 carece de garantías procesales, es una ley que se promulgó para amparar los consumidores que reclaman en procesos de relaciones de consumo cuyo monto del reclamo amerita un proceso sumario pero en la práctica su aplicación ha provocado tanta desigualdad que por ello existen dos proyectos de ley que se están tratando en el ámbito del PROMOLE modificaciones para lograr la igualdad de las partes del proceso y establecer el patrocinio letrado obligatorio (que hemos presentado en representación de Practica Profesional), la academia fue consultada y se han elaborado dos proyectos.

Se encuentra absolutamente saneado en el derecho de consumo clásico la vital importancia de este derecho que parece el eje rector de la relación que está por nacer, este derecho se afinca en “hacer conocer” a la otra parte, aquellos datos o condiciones para una adecuada formación de la voluntad que originará el acuerdo negocial. Sin perjuicio, debe señalarse que, en el área de consumo, la dimensión de la información transita por diferentes etapas que van desde la pre-negocial a la de ejecución o cumplimiento del contrato. Las legislaciones tuitivas como la nuestra, hacen de la información un instrumento de ofensiva contra el abuso, orientándose a restablecer el equilibrio negocial a través de una concepción diferente de la presunta igualdad de las partes en los contratos regidos por el Código Civil.

Como consecuencia de la globalización de las operaciones de carácter comercial, tanto en el mundo tradicional como virtual, se hace imprescindible una regulación normativa que discipline, de forma íntegra, los problemas que se suscitan en el ámbito de las actividades vinculadas a tal contratación, en especial respecto a la que se plantea a nivel electrónico, siendo conscientes,

en todo momento, de que el establecimiento de las relaciones jurídicas de tipo contractual por medios electrónicos, informáticos o telemáticos constituye un proceso beneficioso para la sociedad. Seguiremos trabajando para colaborar en la unificación de la normativa y proteger efectivamente los derechos del consumidor en el ámbito forense porque en el papel las normas pueden haber sido claramente redactadas, pero si su aplicación difiere del espíritu de las leyes no se hace justicia.

Finalmente corresponde y amerita expresar que falta educación en materia de derechos del consumidor, la ciudadanía no tiene “cabeza de consumidor” quien reclama está visto por la sociedad como alguien desubicado y las empresas lo saben por eso el *marketing* de las mismas se orienta a quienes no les importa si son engañados en sus derechos como consumidores y si lo advierten no se paran un segundo en iniciar un reclamo, la dejan pasar y por eso en los hechos nos encontramos con empresas que reaccionan agresivamente y al borde de la burla ante el reclamo del consumidor, esta mentalidad hay que revertirla.

Así como adecuar la mentalidad analógica a la digital que ya se instaló en el comercio y será quien protagonice en el futuro las contrataciones de todo tipo y en todos los rubros. Hoy más que nunca la academia deberá empoderarse de este paradigma para elaborar normas que amparen los derechos del consumidor, contribuyendo con los legisladores en el asesoramiento y en la redacción de las mismas.

## BIBLIOGRAFIA

CARNIKIAN, Federico. Responsabilidad civil de los sitios web de venta online. En: **Revista Crítica de Derecho Privado**, Montevideo, Ed. Universidad de la República, n. 10, p. 525-540, 2013.

CENTANARO, Ivana; GERACITANO, Esteban (Org.). DERECHO de consumo y virtualidade. Centro de Graduadas y Graduados. Video. 21 mayo 2021. Vídeo. 1h55min42seg. Disponible em: <<https://youtu.be/rhR1aji42o4>>.

MACHADO, Alvaro Manuel. ¿Qué decir de la certidumbre jurídica ante el vértigo tecnológico? En: **Revista Crítica de Derecho Privado**, Montevideo, Ed. Universidad de la República, v. 2, n. 12, p. 225-242, 2015.

MERCOSUR. **Manual de defensa do consumidor Mercosul e Perú**. 2015.

QUÉ son las cookies y para que sirven en el marketing digital. 25 abril 2016. Antevenio. Madrid, Ed. Antevenio. <<https://www.antevenio.com/blog/2016/04/que-son-las-cookies-y-para-que-sirven-en-el-marketing-digital>>.

QUINTANA, Macarena. Compraventa por internet: responsabilidad de los shopping online. En: **La Justicia Uruguaya**, Montevideo, Ed. Ministerio de Educación y Cultura, Tomo 155, 2017.

ROSSI, Jorge Oscar. Charla taller sobre reclamos internacionales. 17 de mayo 2021b. Observatorio de Abogados. Asistente como invitada por el Observatorio de Abogados de Argentina.

ROSSI, Jorge Oscar. Master Class - Taller “De que hablamos cuando hablamos de contratos en entornos digitales?” dictada el 12 de abril de 2021a. Observatorio de Abogados. Certificado de asistencia expedido por Observatorio de Abogados de Argentina.

SZAFIR, Dora; CARRERO PEREIRA, Silvia. ¿Deber de informar informarse? En: **Revista Crítica de Derecho Privado**, Montevideo, Ed. Universidad de la República, n. 14, p. 1.001-1.017, 2017.

URUGUAY. Ley 17.250, de 11 de agosto de 2000. Ley de Relaciones de Consumo. Defensa del Consumidor. **Registro Nacional de Leyes y Decretos**, tomo 1, semestre 2, año 2000, p. 173, publicación en 17 de agosto de 2000.

URUGUAY. Ley 18.507, de 26 de junio de 2009. Defensa al Consumidor. Procedimiento Judicial. **Registro Nacional de Leyes y Decretos**, tomo 2, semestre 1, año 2009, p. 1.584, publicación en 7 de julio de 2009.

Submissão em: 25 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 27 de outubro de 2021

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

BERNASCONI, Mariella. Las TIC y el derecho de las relaciones de consumo. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 3, p. 208-217, set.-dez. 2021.

## **DREAMS OF DRY EYES: LEGAL COMPLICATIONS OF SURROGACY FROM THE SURROGATE MOTHER'S PERSPECTIVES**

**SANDEEP KULSHRESTHA<sup>1</sup>**

### **ABSTRACT**

**S**urrogacy is taboo in the society, though it is important and gives an objective to the lives of a large number of couples. Present Paper is based on an empirical study conducted by the researcher among the surrogates in and around south Indian City Hyderabad. He deals with the analysis of the concept of surrogacy from the moral, social and feminist views along with the views of Surrogates and people of their vicinity. Psychological impact has also been analysed. It is also found that the surrogates are in high spirit of being instrument of exultant for others and represent it an altruistic work. Though it is not socially accepted, but people of the vicinity of the surrogates don't consider as taboo.

### **1 INTRODUCTION**

The identity of a female is largely associated with a word 'Motherhood'. It makes a woman complete in socio-psychological sense, Thus Infertility, though not life threatening, but cause immense mental agony, depression and trauma. Only the infertile couples, who are facing this situation, may describe it. WHO estimates that the cases of infertility ranges between 10 and 15% throughout the world (ROWE; VIKHLYAEVA, 1988, p. 2; INDIA, 2005, p. 2). If we analyse World's Population of 7000 million, approximately 25% (1750 million persons), we presume attempt for parenthood at any time. If we consider the WHO estimate, then 10-15% of this 1750 Million i.e. approximately 175 to 260 million couples are estimated to be infertile at present.

---

<sup>1</sup> Doctor of Philosophy, Master of Laws and Bachelor's Degree by Jiwaji University. Professor at Amity University Gwalior. Gwalior (Madhya Pradesh), India. *e-mail*: sandeep723@gmail.com

A large number of these infertile couples are thankful to Recent extraordinary advances in Medical Technology lead to satisfy the desire of women/men to have their own children, even in case of severe incurable infertility. Assisted Reproductive Technology (ART) thus allows reproduction without actual physical contact between partners.

Any procedure or method designed to enhance fertility or to compensate for infertility outside the traditional means of procreation can be labelled as assisted reproductive Technology (BLANK; MERRICK, 1995, p. 85). Far back from 1960s some of the countries are using these technologies. These technologies have been developed from the less complex, Artificial Insemination (AI) to more delicate and controversial techniques like In Vitro Fertilization (IVF) and Cryopreservation Egg and Sperm Donation, Surrogacy and more recently Cloning (KOYONDA, 2001, p. 43 JILI 66 at 67).

First ever IVF child was born on July 25<sup>th</sup>, 1978 in Great Britain and only 2 months after that, second IVF (In Vitro Fertilization) baby Kanupriya was born in Kolkata on October 3<sup>rd</sup>, 1978. Thereafter we observe the substantial growth in the field of Assisted Reproductive Technology (ART), whereas in 21st century it developed many folds (INDIA, 2009, para 1.1). Obviously certain legal as well as social issues arise as the biological mother may different from the mother who actually gave birth to her child. Fatherhood is also a crucial socio-legal issue. Legitimacy of such child is also an issue of controversy.

The word 'surrogate' is originated from a Latin word '*surrogatus*', which is past participle of '*surrogare*', which signifies for a substitute<sup>2</sup>, i.e. a person replaces the original one for a particular purpose or time. So the word 'surrogate' has been considered for 'substitute' or 'replacement'. 'Surrogate mother' then it signifies with a woman who bears or agrees to bear a child for and on behalf of another woman, or we can say her 'substitute mother'. Surrogates generally get monetary compensation for the services they render. In brief we can say that they are substitute or 'tentative' mother. In Surrogacy arrangement a Surrogate mother generally conceives the embryo after fertilization outside, gestates the foetus in her womb for entire pregnancy period and thereafter give birth to baby for and of another woman who is after the birth of the child, to be seen as the 'real' mother socially and legally. So we can summarise the Surrogate mother as a woman "who bears a child on behalf of another woman, either from her own egg or from the implantation in her womb of a fertilized egg from other woman".

The common form of surrogacy is where the sperm of male intended for his child utilised to fertilize the egg of a lady, generally through Artificial Insemination outside the womb, in a disc, who bears the child for entire pregnancy period and lasts with the delivery. The wife of the intended male considered as intended mother, who for all social purposes considers as the mother of child and the mother carried the child in her womb separates herself from the child. In this kind of Surrogacy, surrogate is Genetic mother of the child, so it is Genetic Surrogacy. Some scholars refer it as 'partial surrogacy'.

<sup>2</sup> <http://www.thefreedictionary.com/surrogate+mother>

In case of infertility of the commissioning father, or due to defective gene, he doesn't wish to pass or for any other reason, doesn't use his sperm and prefer to use the sperm of a donor or even the husband of surrogate to fertilise the surrogate's egg, is 'total surrogacy'.

If in the process of fertilisation, the egg and the sperm of intended couple (or of anonymous donors) utilises through the process of in vitro fertilisation, thereafter the embryo being implanted into the uterus of the carrying mother. Here surrogate without having any genetic link with the child, is carrying and performs the function of gestation thus this kind of surrogacy commonly refers as 'Gestatory surrogacy' some the scholars use word 'full surrogacy' for this type of surrogacy.

In this way technical advances one way gave the pleasure to some people but resulted product, the innocent child compels to carry the motherhood in pieces. The concept of Motherhood in this manner actually splits up into genetic, gestational, and social motherhood. A surrogate mother, generally for monetary compensation, commits herself to carry an embryo for another woman who for reasons of reluctance, age, or medical conditions cannot or does not want to do so. Usually,<sup>3</sup> the intended father gives his sperm for the fertilization of an egg that may stem either from the surrogate mother herself (traditional surrogacy) or from the intended mother or an egg donor (gestational surrogacy). However, sometime intended mother gives her eggs for fertilisation with donated sperms<sup>4</sup> for gestational surrogacy.

Surrogacy has been become a thriving business recently, whereas it was technically feasible for decades. As per an estimation, figures have increased nearly tenfold between 2006 and 2010 (TRIMMINGS; BEAUMONT, 2013, p. 483 *et seq.*, *apud* ENGEL, 2014, p. 202-203) meanwhile amounting to some small 4-digit number of surrogacy cases involving intended parents from European countries every year (TRIMMINGS; BEAUMONT, 2013, p. 483 *et seq.*, *apud* ENGEL, 2014, fn. 3, p. 199).

India became most popular surrogacy destination thus in depth study of this growing industry is warranted. The studies conducted up until now were mostly conducted by journalists and their approach is entirely different. Some literary studies were also conducted, but the same have certain limitations. A detailed empirical study around the effects of surrogacy is required, which can analyse its effect on surrogate's health, family, and other social implications. Issue of legal complication arising out of this also requires proper attention of scholars. Another important aspect need to be addressed is the role of women in decision-making process in complex threads of Indian society, to become surrogates, as they are the most important and most affected actors of the surrogacy arrangement.

In present study, researcher attempted to address these issues, specifically from the viewpoint of surrogates themselves. To find out the reaction of the community, a sample survey in the vicinity, where these women reside, was

<sup>3</sup> As only in rare cases are both intended parents lacking in fertility.

<sup>4</sup> In case where the intended father is infertile or due to defective gene, doesn't wish to pass or for any other reason, though it is only once in a blue moon that the sperm comes from a donor

also conducted. This study is different in another aspect that all the surrogates participated in the study have completed their task and researcher analysed their perception after the successful delivery and handing over the children to respective Intended Parents.

In India, literature on this aspect is not enough, so humble researcher adopted the sample survey method. First he interviewed the actual players, who may also victim of social stigma associated with this process, i.e. the surrogates and the persons reside in the vicinity of those surrogate women. But before interacting with them, it is found appropriate to discuss the issues raised throughout the world associated with the ART and surrogacy arrangements.

Undoubtedly ART procedure is very personal. In case of surrogacy, issue becomes crucial from the surrogate's perspectives, though, intended parents and their children hardly face discrimination or any other lack of acceptance (ENGEL, 2014). Public opinion is split as to whether Surrogacy arrangement or commonly said "Womb on rent" should be supported?

Since it is general presumption in the society that the conservative Indian society is not ready to accept this kind of development, so Researcher analysed the perception of the society, whether there is any immorality in surrogacy arrangements? What is the perception of surrogate mother herself? He was very particular about the issues that whether surrogacy can be compared with Prostitution or that reproductive labour of women has been commodified and thus degraded or alienated or whether it is being dehumanised, while discussing with the surrogates and people of their vicinity. He also tries to deal with the question "Whether Surrogacy is moral?" While dealing with the moral acceptability of surrogacy the child's perspective was also considered. The morality of surrogacy contracts and the commodification of children were also considered while discussing with the target groups.

## **2 SURROGACY AND THE PROSTITUTION!**

Some scholars compare surrogacy arrangements with the prostitution and held declared them similar. Mary Warnock in her report on fertilisation and embryology holds it "a form of exploitation similar to prostitution" (WARNOCK, 1985). Andrea Dworkin uses an interesting word (m)otherhood to compare it with the prostitution and held it "a new branch of female prostitution with the assistance of Doctors and Technology". She presents it as "like the female sales their Sexuality, Surrogate women are selling their reproductive capacities" (DWORKIN, 1983, page 72).

Certain similarities between two may easily be found as Prokopijević says: "In both cases one's physical service is being offered, in both instances a deep personal or emotional relationship is not required for the transaction to be completed, in both cases material compensation is offered for the physical services provided." (PROKOPIJEVIĆ, 1990). He further explains that these similarities are 'superficial and relatively unimportant' in light of differences between them. Even all kind of Physical labour can't be compared with that of

prostitution only on the ground that it is for money, so comparison on the ground of physical labour for money, declaring it the same as the prostitution is not acceptable at all. Similarly absence of “deep personal or emotional relationship” is nowhere required for Physical labour for money. In almost all transactions of material compensation for physical labour, situation is same.

Unfortunately, in prostitution no emotional relation or deep intimacy develops, but just think about the lady, who carries a baby in her womb for nine months, feels her movements inside, becomes part of every activity including watching her movement in images, may free from emotions? Anton van Niekerk and Liezl van Zyl (1995, p 345-349) rightly condemned the efforts to declare it similar to prostitution.

Whatever scholars world-over are commenting about surrogacy on the basis of her reproductive services for monetary compensation, but without considering their views, is not justifiable and must be considered as sheer brain storming. Though, the surrogacy arrangements are furtive and surreptitious one and most of the time all the stakeholders concern and care their privacy. But this study reveals that if the poor people after knowing the fact that no actual physical contact is required for surrogacy, though difficult to digest, don't compare it with any kind of prostitution, however they generally don't agree to permit their women to enter into the surrogacy arrangement.

Study conducted by this researcher reveals similar notion about surrogacy. Researcher found that general perception about the surrogacy is more or less based upon misconceived information. While discussing with the people of the vicinity of surrogates, he explained them the procedure of Surrogacy, once, they could not believe, but on explaining through graphics that she does not even touch the intended father, and in some instances she never saw the intended parents, they realized their wrong perception. Even some of them told that even it is for money; still the sacrifice for the contentment of being mother/father of their own child for others is a Noble Cause. They also relate it with their religion as in Hindu culture “The Kanyadan” (Gift of daughter to her husband) considers as the highest sacrifice and similarly in Islam the sacrifice of the Son.

Undoubtedly, prime motivating factor for all the surrogates participated in the study conducted by the researcher, for entering into the arrangement was grave need of the money, but their sacrifice cannot be devalued for this reason only and it should be regarded as a “Noble Cause”.

Anderson objects on Surrogacy with a feminist view and claims that it commodifies women's reproductive labour. Her objection is not based on the argument that it is alienated labour, but she condemns the ‘alienation of reproductive labour’. In this significance, she compares it with the prostitution and finds somewhere around it. In light of the perception of the people of the vicinity of surrogates and their family members, It appears that her version is misconceived. Physical labour and even alienated labour is also not immoral, unless it does not satisfy the sexual desire. In this context in fact she unfortunately, compares sexuality with the reproductive labour. She is comparing feeling of motherhood with the sexual pleasure.

I never intended to say that every prostitute extending her physical services for pleasure. Certainly a large number of them have been compelled to do so, and the situation may same for surrogates as well, though I didn't find it in any case, which might their explanation to justify their act, but my protest is against the undermining the reproductive labour of Surrogates, which they are doing not for themselves, but the sake of their families and also for the contentment of others.

It is also requires to consider that surrogacy contract for a surrogate is not amounting to selling her body to satisfy the sexual desire of others, but it is directly associated with the desire of parenthood. Satisfaction of desire of parenthood is the matter of pride, whereas the satisfaction of sexual desire through prostitution seldom consider as a matter of pride on the contrary in most of the cultures it is matter of shame.

Sexual satisfaction is very private thing and performs behind the curtain, whereas the pregnancy in India is a social practice and normally celebrated by the family and surroundings. Many social expectations and considerations are associated with it. Entire family cares for pregnant during entire pregnancy period. Does anybody can undermine these expectations? Intercourse on the other hand, normally keeps very personal and prostitution is the matter of a few minutes or hours behind the doors. Pregnancy is a lengthy process and takes further a long time to recover physically and mentally after delivery. In fact it is beyond simple biological practice.

So, undoubtedly, any kind of labour can't be compared with the women's reproductive labour and it is entirely different from any other form of labour. But, while holding it different another question arises that whether commodification does not turning it into alienation of labour? According to question-raisers, if we want it to considered as different, than it should be kept away from commodifying it or leave to turn it into 'alienated labour'.

Satz cites various scholars, who consider the reproductive labour of women from the naturalistic and biological viewpoint and says that though surrogacy arrangement is not voluntary unlike other forms of physical labour. He says that the other forms of labour, labourer remain free to take decision at every step, whereas, surrogacy requires long term commitment. He further clarifies that once a woman enters into a surrogacy agreement, and conceives, thereafter she is bound to perform reproductive labour, irrespective of her consent at every step. At a later stage if she want to withdraw, she has no way to escape from the arrangement. Another aspect is the restrictions involved on the behaviour of woman throughout the pregnancy period in reproductive labour in reference to her own body, which is not that much invasive to labour's body in other form of physical labour (SATZ, 1992, p. 107-131).

In agreement with Satz, I don't think that anybody can deny these differences between reproductive labour and other form of labour. Pateman is against the consideration of reproductive labour of a woman as an alienable commodity. He says that it is more 'integral' to the identity of a woman than other productive capacities (PATEMAN, 1988). Satz's criticism to Pateman's view on the ground of morality does not impress me. If somebody may be instrument of

Exhilaration for others and that is for their lifetime, after alienating her services for a short, though considerable time, nothing is immoral, specifically when no immoral labour is involved in it.

Martin Engel's opinion is somehow realistic which dismisses any analysis of the reproductive labour without the product i.e. the child. The status of child is the decisive factor. If birthing mother remain social mother of the children, than the issue of reproductive labour doesn't arises. So the issue can be discussed only after the child come into existence. Though, Pateman's assertion of consideration of reproductive labour as an integral part of woman's identity can't be denied, specifically in light of present social structure where motherhood completes the woman.

Certainly without considering the resultant children one can evaluate the reproductive labour as the thing that distinguishes it from other kind of labour, as he says that "the product of their labour is not 'something' but 'someone'". I appreciate his arguments that the relationship between a mother and a child even before birth, while pregnancy with her unborn foetus cannot be analysed on similar to that between a worker and his skill or physical labour. While criticizing, we should take care that the scope of Pateman's study was in other context and reference to the present topic was incidental. Martin was further confused in observing that things are means to an end, but not ends in them. This contention is not appropriate in reference to pregnancy and relations of mother and her born or unborn child. He should consider that the Children are not means, and delivery does not end their relationship.

The word mother is different from pregnant and term mother and motherhood is signifies after the birth only. Mother never regards the relationship for any end; instead, birth of a child itself is a beginning of a relation. I agree with Pateman that being '*most integral part of female identity*' reproductive labour should not be considered in isolation. Off course, the bond between a pregnant woman and her unborn child is usually (or should be) an integral part of her pregnancy and it usually never ends, and become stronger by the time. When it converts into motherhood, every smile and action of baby makes it stronger.

Saritha<sup>5</sup>, a Surrogate in Hyderabad, bluntly said, "We Poor People are giving births, without looking the future of resultant children, on sacrifice of one of them, we may ensure better life for others". On alienation of her body, she assertively asks "What unusual we are doing, which a normal lady doesn't?" She further adds that "beside money, exhilaration of intended parents is our real reward".

Researcher met certain intended parents and one of the genetic mothers from USA, while discussing with the researcher, emotionally expressed that when a woman is taking risks of going through pregnancy and labour for another family clearly deserves to be paid specifically when she voluntary chooses the service and money was going to benefit her financially. In fact money she is getting is a usual amount for intended parents but it is life changing for the surrogates, who really is in shear need of it for the betterment of her family.

---

<sup>5</sup> Changed name

Pregnancy is a phenomenon, which develops an intimacy with the child in womb. During the pregnancy mother falls in love with the baby so also her family members waiting for the birth. It is common perception that intended parents are away from this feeling. The researcher does not agree with this perception. The real situation is that intended parents are also remain eager with mere thought of parenthood and for that they travel long distances, fight with the regulatory authorities and even some time with the adverse laws. They also spent a huge amount for their dream of parenthood, how, one can ignore them?

Researcher met with a number of intending mothers and observed their involvement in the process and their attitude with the pregnant lady. In fact they only want the best pre-natal care and services for the lady, carrying their child in womb and even sometime feel a bond with her. Almost all the Intended mothers make every effort to keep surrogate to be safe, happy and comfortable and they also want to make her feel the same. Some of them consider it friendship but other feels it like sisterhood.

In a surrogacy Hostel this researcher watched an Australian Intended mother with a surrogate; they were playing together with dolls. Intended mother was recording every activity of surrogate in her handycam. Another Japanese lady brought chocolates for all the ladies of surrogate hostel and a huge bag full of gifts for the previous children of surrogate. Even they spend their time in doing makeup of each-other. They were enjoying together every moment of pregnancy even with the barrier of language and culture. Their relationship was based on emotions and feelings associated with basic human values.

### **3 CHANGE OF PERSPECTIVE**

While discussing the surrogates within few days after handing over the child, i found their blunt eyes and one of them told me in Telugu that she is ready to pay whatever she received if Researcher helps her to recover her child. After a month when he met her again, she was somehow comfortable and said that they are constructing a room in her house and her children will not be compelled to face the bad weather. 'Change of Perspective' may be understood from this example. Actually, Perception of surrogate changes as their pregnancy develops.

Researcher analysed the change in their perception right from the entering into contract. Initially lady generally thinks about the society only and don't think of herself and if she thinks sometime even than make her strong to take this step for the betterment of her family. While entering into contract of surrogacy, she act mechanically. At the beginning most of them have been taught to consider the pregnancy simply as a physical labour. They make themselves ready to give up the child. Even during the pregnancy they do not associate with the pregnancy in early days and feel that they will get money and are giving service for money. In this mechanical feeling they add the work for exhilaration to an infertile couple.

With the advancement of the pregnancy they feel that they are expecting a child, that is not a product, but the part of their body, a living human being, whose presence they feel in their womb. At this juncture they feel themselves tied with another human being developing in their own body. They suffer a stigma that though they are pregnant but in social sense they are not permitted to expect their child. They live with a feeling that something is surviving inside, but they are keeping it for someone else or they don't have any right over the child. In this way it is a kind of divorce of pregnancy from the cautious feeling of motherhood. So we can easily say that the process of surrogacy deals with the surrogates, the cautious ladies bound to feel as a human being and to live as mere 'human incubator'.

Thought, Satz appears to be knowingly ignoring the above perspective of surrogates and divorce her innocently from the knowledge of the emotions 'normally' involves during the pregnancy. On the contrary she points out the examples of women, having no affection with their children or fetuses or while pregnancy they abort it. She also tells about the women, who could not develop bond with their children (SATZ, 1992, p. 107-131, note 10).

Unfortunately, Satz is undermining the basic human emotions related with motherhood or the affection of mother with her child. The feelings in the mind of a mother shall certainly be of affection, though she doesn't express it as she is bound by the agreement. Even the mothers, she is referring shall not permit to bring their child away. No parameter can evaluate the love and affection of a mother with her child, though some of them express well and some do not. Some of them are careless by nature and some are hyper sensitive, but this situation does not only reflect in their behaviour with their child but it becomes the part of their general behaviour.

So, the question arises that whether we should object the institution of Surrogacy on this count? We should also consider the cases in which the surrogate feels deep sense of bonding with the child in womb, but in order to execute her agreement of surrogacy, she forced to give the child to the intended parents against her will? Isn't amounting to dehumanising or alienated labour?

Some scholars suggest the way to overcome this problem by leaving the issue of handing over the child to intended parent on the willingness of the surrogate, thus not legally compelling surrogates. In this way she, would have an opportunity to withdraw, in the circumstances of change in her perspectives during the pregnancy. She would have options either to continue with the terms of the contract and handing over the child to the intended parent, or, if she is willing to keep him after change in the perspective, to keep him with her. Russia adopted this model.

Uncertainty is nowhere part of law, so rather finding illusionary solutions, which keep contracting parties in dark and doubt the probable solution, must be based on solid principles. Intended parents, who have been spent a huge amount and time besides the feelings or the sense of expecting a child, have to suffer a lot. In this analysis we find that, though Satz fails to explain the human behaviour and affection of mother with the child, but her critics also fails to provide somehow acceptable solution.

Prokopijević while dealing with this issue come forward with ‘repercussion of a non-moral nature’ model. He suggests that the surrogates might be granted liberty to choose the option to handover the child to intending parents or keep with her after paying entire expenses incurred in the process along with the compensation. A specific period of time should be allotted to exercise this option if she changes her mind.

The solution seems to be attractive but it unfortunately impractical for two major reasons. First can we presume that a lady who just for the economic reasons agreed to sale her reproductive labour may be in a position to return the entire amount including the expanses and the commission and charges of all stakeholders? Secondly, that while giving liberty we can’t ignore the claim of the commissioning couple, who were ‘expecting a child’ and in this way they were feels them-selves ‘pregnant’ psychologically, although there was no physical pregnancy to the female partner of such couple. It should also be kept in mind that the child is their genetic child. While satisfying the emotions of a lady who voluntary entered into a contract we can’t ignore the desire of intended couple and the legitimacy of their desire to be parent of their child, the emotions developed during the process and psychology of ‘expecting a child’.

Prokopijević supposes that around 10% of the surrogates may change their mind. He says that this shall not affect the institution of surrogacy adversely. He further explains that in case of an intended couple falls in that ten percent, at the next time the probability shall be only 1 percent. He contends that repetition of such bad luck is almost negligible. He prefers to neglect such a slight probability (PROKOPIJEVIĆ, 1990).

Unfortunately he is ignoring a simple fact that the relation of mother and a child is not subject matter of mathematical calculation. We have an example of Russia, probably based on the analogy discussed by Prokopijević, but we have to examine, whether the model is successful or not. Otherwise also the surrogates are poor lady, who are not in a position to break the contract and compensate the commissioning couples. They can’t afford to break the contract. Does it not amounting to emotional shock to them when they will get the knowledge that due to lack of money they had to leave their child? This may create certain psychological problems to the surrogates and otherwise also it is inhumane that a woman shall be compelled to leave her child only due to lack of money.

On the other hand he is ignoring the fact that the bearing a child in the womb is more than a biological or physical process and intending parents, who are ‘expecting a child’ in psychological and social sense have to suffer a lot. Prokopijević is also neglecting the feelings and desire to have a child. He makes mistake in separating the feelings of intended parents from that of Surrogate mother. Monetary compensation is immaterial as alternate to the child for either of the parties.

Love and affection of parents with their adopted child is also a common phenomenon. As we discussed above in a number of cases intended mother spend time with the surrogates and in most of the cases intended parents bother to care of Surrogate while pregnancy as ‘their’ own. They in fact expect a child. One can presume the psychological effect on the intending mother, who expects

a child and can't be satisfied simply to 'try again later' in case of failure of first attempt. I am of the opinion that the mental shock will create a psychological impact on the expecting parents and they shall never be relying on any of the surrogate for the purpose.

Now another question arises that who will be considered as social parent of child. From the open eyes one can say that in the case of compliance of the terms of the contract of Surrogacy, the intended parents, else the biological mother and her husband shall be considered as social parent of the child. Courts in most of the jurisdictions, while deciding the matter of parenthood consider the well-being of the child itself. Similarly, in my opinion Instead of asking about the 'real' parents of the child on the basis of determination of biological or genetic linkages, the best interest of the child should be paramount consideration. Best interest of the child is the only parameter to decide the guardianship is the only best known solution.

Now, if we presume a situation where surrogate is compelled to handover the child to the intended parents against her will, her labour shall be turned into 'alienated labour'. In fact she is compelled to alienate herself from the fruit, the child, and to hand over to intended parent.

For an instance, if fruit lies with the tree, i.e. the surrogate, and surrogate and her Husband (if exist) are the legal parent(s), the intended parents shall be victim and the decision shall be amounting to denial of the legitimacy of their relations with the resultant child, whereas, genetically they (or at least one of them) are parent of the children. It is also noteworthy that if the surrogate decides to keep the child with her, the arrangement shall be immoral, since it will be amounting to denial of the valid claim of the genetic parent. Definitely, it will cause severe disappointment to them, may result into moral and psychological harm.

However, while discussing with the surrogates, researcher heard about a large number of successful transactions. He never heard about any dispute of change in perspective from any stakeholder and even from any person of the vicinity of the surrogates. Ultimately all the stakeholders of the surrogacy contract are in benefit; the intended parents got the child, whereas the surrogate has been compensated financially and other stakeholders also got their rewards, and question or even feeling of alienated labour found no place.

#### **4 DEHUMANISING LABOUR**

Another question arises that whether the surrogacy arrangement is a kind of 'Dehumanising labour'? As we have discussed earlier that the pregnancy is not merely a biological or physical process, but it has psychological impact as well. Cautious knowledge of surrogate that she is carrying a child in the womb develops an intimacy with it. Psychological expectation of a child prepares a woman for the birth of a child. In case of pregnancy by contract for a surrogate are geared up by the feeling that they are experiencing the pregnancy for other. They have to leave the result of the pregnancy, the child. This may keep them under stigma for a long duration till the pregnancy ends or even thereafter also.

Now consider another situation where a lady get pregnant for the sake of desire of child of a close friend or relative and she is cautiously aware that the child will remain with them and she shall always be considered the second mother of the child, shall we describe it as alienated or dehumanised labour? When she knows that she is doing it for the exhilaration of someone close to her by bringing a child into the life of a childless couple with whom she also has a close relationship.

An inherent problem with the surrogacy arrangement is its character, which involves at least two different persons who can legitimately claim the parental rights over a child. This is a situation of conflict, which can be resolved only through a clear and unambiguous statute. Till then a conflict can in principle always arise. Almost all the personal laws give first parental right to the natural parents, but in case of surrogacy situation get complicated as genetic parents may differ from the biological parents.

An easier solution to combat with this problem is to prior agreement with clear terms, but the danger of causing moral or psychological harm to the surrogate and/or the intended parents may always arise. One can find solution to make such arrangement between close friends or relatives. But it is not the guarantee that the problems would not arise. During his study researcher found that in no case the arrangement was made with close friends or relatives, but on the contrary he found that a couple usually prefer a surrogate totally stranger to them. The reason he analysed behind this perception is that they don't want a 'second mother' to their child, who can interfere with his upbringing.

Moreover, this perception of intended parents is generally based on the advice given by the professionals, who seldom want them to develop any kind of relation or even motivate them to make a distance even with the prospective surrogates. A large number of intended couples are following the advice, but some of them in abeyance of it developed intimacy with the surrogates, caused the development of mutual trust resulted into impact of Aluistic Surrogates, her near or dear, never complained about dehumanization of her reproductive labour.

## **5 CONCLUSION**

After overall discussion about surrogacy, scholastic approach towards it, Surrogate's perception and general perception, it is clear that surrogacy is the model to counter infertility, generally not accepted by the community. Most of the countries of the world don't approve commercial surrogacy, but India does.

In Indian society, reproductive role of the women has been taken as granted and it has no consideration at all, though, in case of infertility of either of the spouses, she held liable. Commercial Surrogacy is the way where some significant amount of money associated with the reproductive capacity of the women. But the important question does arise that whether childbearing capacity of women may be commercialise in traditional Indian families? Whether society accepts it? Whether women are ready to it? Whether reproductive autonomy is right of the

women? Whether family should have control over the reproductive autonomy of a woman? What does consent actually mean or represent in these conditions?

All these questions lead to a new debate in conservative Indian society. The surrogacy as a means to economic empowerment may be considered but with great cautious, so as to keep safe the complex threads of typical Indian social structure. So two main concern reveal from this study- first is the Reproductive Autonomy and influenced decision making and second one is the role of community.

Surrogacy arrangements shall remain devalued by community members, though, as observed during the study, their immediate families support and defend them. Those who consider it as a good mean to counter infertility shall also contest on the issue of payment for surrogacy. First who think that in the present capitalistic age reproductive labour should be monetary rewarded or at least compensated, whereas the other are disagree with it, who says that it should remain the matter of maternal altruism for the contentment of others, which will their real reward. In their opinion, it is commodification of child or womb.

While the study it was observed that all the pregnancies ended into Caesarean. It was also informed to the researcher that in every case pregnancy ends in caesarean only. This phenomenon is of great concern for the policy makers. Clinicians never tell the risk of Caesarean to the surrogates. Most of the Surrogates are facing problems arising out of the caesarean. Women must be informed about the caesarean well in advance along with the complications associated with the procedure.

Unfortunately, the present work was suffered from lack of resources, scope and directions also. Psychological aspect could not be addressed, which requires proper consideration to reveal the actual scene. In depth study is required to analyse the behaviour of Surrogates, Psychological impact, effect of their decision on Social behaviour etc. Need proper consideration in a subject specific study.

## REFERENCE

BLANK, Robert H.; MERRICK, Janna C. **Human reproduction emerging technologies and conflicting rights**. Washington (DC): Congressional Quarterly, 1995.

DWORKIN, Andrea. **Right-wing women: the politics of domesticated females**. London: The Women's Press / Clean & Tight Contents, 1983.

ENGEL, Martin. Cross-border surrogacy: times for a convention? In: BOELE-WOELKI, Katharina; DETHLOFF, Nina; GEPHART, Werner (Ed.). Family Law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities. CONFERENCE OF THE COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW, Fitht. **Proceedings...** Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014. p. 199-217.

HELMS, Tobias. Leihmutterschaft: ein rechtsvergleichender überblick. In: StAZ, Amsterdam, Elsevier, n. 66, p. 114-119, 2013. Available at: <[www.rbmojournal.com](http://www.rbmojournal.com)>. [last accessed 28-03-2014].

INDIA. Government of India. Law Commission of India. **Law commission report n.º 228**: need for legislation to regulate assisted reproductive technology clinics as well as rights and obligations of parties to a surrogacy. New Delhi: Law Commission of India, 2009.

INDIA. Government of India. Ministry of Health and Family Welfare. Indian Council of Medical Research National. Academy of Medical Sciences. New Delhi: S. Narayan, 2005.

KOYONDA, Samson O. Assisted reproductive technology in Nigeria: placing law above medical technology. In: **Journal of the Indian Law Institute**, New Delhi, Ed. Indian Law Institute, v. 43, n. 1, p. 66-93, January-March 2001.

PATEMAN, Carole. **The sexual contract**. Sanford: Stanford University Press, 1988

PROKOPIJEVIĆ, Miroslav. Surrogate motherhood. In: **Journal of Applied Philosophy**, Oxford (UK), Ed. Blackwell, v. 7, n. 2, p. 169-181, 1990.

ROWE, Patrick J.; VIKHLYAEVA, Ekaterina Michailovna (Ed.). **Diagnosis and treatment of infertility**. Toronto: Hans Huber, 1988.

SATZ, Debra. Markets in women's reproductive labor. In: **Philosophy and Public Affairs**, Ed. John Wiley, v. 21, n. 2, p. 107-131, 1992.

SVITNEV, Konstantin. Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia. In: **Reproductive BioMedicine Online**, Amsterdam, Elsevier, v. 20, n. 7, p. 892-894, 2010.

THE FREE Dictionary. Feasterville (Pennsylvania): Farlex. Available at: <<http://www.thefreedictionary.com>>.

TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. General report on surrogacy. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul (Ed.). **International surrogacy arrangements**. Oxford (UK): Hart, 2013. p. 483 et seq.

VAN NIEKERK, Anton; VAN ZYL, Liezl. The ethics of surrogacy: women's reproductive labour. In: **Journal of Medical Ethics**, London, Ed. BMJ Journals, v. 23, n. 6, p. 345-349, 1995.

WARNOCK, Mary. A question of life: the Warnock report on human fertilisation and embryology. Oxford and New York: Basil Blackwell, 1985. Available at: <[https://books.google.co.in/books/about/A-question\\_of\\_life.html](https://books.google.co.in/books/about/A-question_of_life.html)>. [last access: 18-01-2014].

Submissão em: 03 de julho de 2021

Último Parecer favorável em: 5 de outubro de 2021

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

KULSHRESTHA, Sandeep. Dreams of dry eyes: legal complications of surrogacy from the surrogate mother's perspectives. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 3, p. 218-232, set.-dez. 2021.

## O INSTITUTO DA *DISCOVERY* E SUA APLICABILIDADE NOS SISTEMAS PROCESSUAIS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

VITOR LUÍS DE ALMEIDA<sup>1</sup>

### RESUMO

Contemporaneamente, a preservação do interesse da coletividade apresenta-se como o objetivo primordial do processo, já que seus escopos são a realização do direito e da paz social. O processo deve ser visto, portanto, como um instrumento da própria Constituição, no qual as regras, abstratamente formuladas, consubstanciam os direitos e garantias fundamentais, concretizando-os. Assegurar o direito à ação no plano constitucional é garantir o acesso ao devido processo legal, ao instrumento tal como concebido pela própria Lei Fundamental.

Nesse ínterim, a prova confere efetividade à garantia da ampla produção probatória, cuja natureza constitucional é incontroversa. Por conseguinte, o acesso efetivo à prova apresenta-se também como direito fundamental, compreendido nos ideais de acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

O sistema processual infraconstitucional deve, assim, assegurar às partes a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz, o que implica, evidentemente, na dilação probatória destinada à demonstração dos fatos controvertidos. Contraditório e ampla defesa compreendem também o poder conferido às partes de se valerem de todos os meios de prova possíveis, adequados e admissíveis, para reconstrução dos fatos.

A busca da verdade, por meio da prova, mostra-se como um dos elementos essenciais à legitimação da atuação jurisdicional mediante o processo. Nessa perspectiva, a utilização do instituto processual da *discovery*, tem se difundindo, como forma de garantia de uma instrução probatória mais efetiva, que se adapte à natureza jurídica da prova, como direito constitucional decorrente.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Professor do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho – *campus* Montes Claros. Doutor em Ciências Jurídico-Processuais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público Municipal e graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UMIMONTES/MG. Colaborador na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEJF/TJMG e na Escola Judiciária Eleitoral Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – EJE/TRE-MG.

Nesse ambiente de constitucionalização do processo, o presente estudo tem por objetivo abordar questões inerentes à devida aplicabilidade da *discovery* no âmbito dos sistemas processuais *common law*, bem como da possibilidade de sua utilização também em sistemas processuais *civil law*.

**Palavras-chave:** *Discovery. Common law. Civil law. Prova antecipada.*

### ABSTRACT

At the same time, preserving the interest of the community is presented as the primary objective of the process, as its scope is the realization of law and social peace. The process must be seen, therefore, as an instrument of the Constitution itself, in which the rules, abstractly formulated, embody the fundamental rights and guarantees, making them concrete. Ensuring the right to action at the constitutional level is to guarantee access to the due process of law, to the instrument as conceived by the Fundamental Law itself.

In the meantime, the evidence grants effectiveness to the guarantee of ample evidence production, whose constitutional nature is uncontroversial. Therefore, effective access to evidence is also presented as a fundamental right, understood in the ideals of access to justice, due legal process, contradictory and broad defense.

The infra-constitutional procedural system must, therefore, ensure the parties the possibility of the broadest possible participation in the formation of the judge's conviction, which evidently implies in the evidentiary delay aimed at demonstrating the facts in dispute. Contradictory and broad defense also comprise the power given to the parties to avail themselves of all possible, adequate and admissible means of evidence to reconstruct the facts.

The search for the truth, through proof, is shown as one of the essential elements for the legitimization of jurisdictional action through the process. From this perspective, the use of *discovery's* procedural institute has been spreading, as a way of guaranteeing a more effective evidential instruction, which suits the legal nature of the evidence, as a resulting constitutional right.

In this environment of constitutionalization of the process, this study aims to address issues inherent to the proper applicability of *discovery* in the context of common law procedural systems, as well as the possibility of its use also in civil law procedural systems.

**Keywords:** *Discovery. Common law. Civil law. Early proof.*

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em Direito Processual, o estudo da prova se estende desde o objeto, os meios, as fontes, até a carga e a valoração de todo o material probatório coletado durante a instrução processual. O processo é como uma ventana aberta para contemplar o Direito em toda a sua dinâmica. Sua própria natureza de sucessão temporal de atos supera sua concepção estática. A atividade, sempre finalista de todos os sujeitos que nele intervêm, vai proporcionando o impulso vital que o leva ao seu término (FAURE, 2008, p. 323).

Nesse espaço polêmico, dentre os múltiplos modelos gerais de distribuição do ônus da prova, vai-se destacando, pela sua já longa conservação, pelo majoritário conhecimento doutrinal e, em alguns ordenamentos, pela consagração legal mais ou menos explícita, a chamada “teoria das normas”. Uma regra tradicional que, separando “normas” ou “fatos” “constitutivos” por um lado, e, por outro, fatos “impeditivos”, “excludentes” ou “extintivos”, e talvez ainda “modificativos” do “direito”, faz pender o risco de *non liquet* probatório, respectivamente, ora contra uma, ora contra outras das versões disputadas (MÚRIAS, 2000, p. 17).

Mas, o desenvolvimento da ciência processual nos últimos tempos acabou por demonstrar que a aplicação estrita das regras tradicionais sobre a carga probatória pode levar a resultados desvaliosos e injustos, especialmente em casos em que a prova resulte da impossibilidade ou imensa dificuldade concreta para sua realização.

Um processo que não pode cumprir com suas finalidades, devido à imperfeição dos meios instrumentais, representa uma batalha perdida para o bem-estar do homem (ALEGRE, 2008, p. 443). O ponto nevrálgico da técnica probatória vem sendo a presente doutrina de divisão do ônus, uma vez que nem sempre a lei se mantém fiel à pura ortodoxia do critério tradicional pré-estabelecido sobre repartição do ônus da prova. Existem pois, alguns tipos de situações, fundadas em razões de ordem prática e concreta que levam, pragmaticamente, à introdução de desvios à regra geral formulada (VARELA; BEZERRA; NORA, 1985, p. 458).

O intento de ressaltar uma nova ideia em matéria jurídica, lançada no mundo da prática de decidir, sob uma nova abordagem da doutrina e dos significados das decisões judiciais que adotam, sofre necessariamente uma mutação positiva ao longo do tempo, proporcionando melhoras no modelo inicial de distribuição do ônus probatório.

Afinal, no processo civil, assim como no âmbito dos demais ramos das ciências jurídico-processuais, só se pode resolver um litígio concreto segundo aquilo que foi alegado e provado. O conhecimento e a certeza se impõem mediante a atividade probatória das partes e, em um sistema cooperativo, também do julgador, sempre no intuito de melhor irrigar o processo com a produção de provas que levem à descoberta da verdade objetiva ou, ao menos, da verdade processual possível. Quer significar que a própria parte é quem suporta as consequências de sua inatividade, de sua negligência e da indução do julgador

a erro. E, portanto, a ela cabe o dever de subministrar os máximos elementos probatórios, pois a carga processual é um imperativo do seu próprio interesse.

Nesse diapasão processual, imerso, contemporaneamente, em um processo constitucionalizado, o instituto da *discovery* tem-se afirmado, demonstrando sua validade e efetividade.

## **2 A DISCOVERY E SUA TRADICIONAL APLICABILIDADE NOS SISTEMAS PROCESSUAIS COMMON LAW**

Com já abordado, a prova constitui a alma do processo e para toda a controvérsia discutida concorrem elementos essenciais e diferenciados. Para se atingir uma decisão judicial justa, faz-se necessária a adequada comprovação da existência ou inexistência dos fatos argumentados no processo, cabendo às partes ou ao magistrado – em razão de seus poderes instrutórios – utilizarem-se da instrumental atividade probatória para demonstração da veracidade ou não desses fatos.

Em termos gerais, dentro das discrepâncias mais expressivas entre os sistemas continentais e o anglo-saxão, deve-se entender que nos primeiros – afetos à *civil law* – só se ordena às partes que apresentem documentos específicos, uma vez que estabelecidos sua existência, seu conteúdo básico e sua posição pela outra parte; ao contrário, nos segundos – afetos à *common law* – cada parte tem que juntar todos os documentos que tem em seu poder. Nesse diapasão, o instituto jurídico da *discovery* tem alcance em diversos sistemas *common law*, como um denominador comum, que estabelece a exigência de apresentação de documentos existentes em poder da parte contrária.

De acordo com os ensinamentos de Bray (1885, 104 e ss.), tradicionalmente, em sua acepção jurídica, a *discovery* ou exibição define uma complexa técnica probatória documental de direito anglo-saxão, surgida no fim do século XVIII, dentro dos processos seguidos nos Tribunais de Equidade e Chancelaria do Tesouro da Grã-Bretanha<sup>2</sup>. Segundo esse método probatório, as partes litigantes, ainda em uma fase anterior ao efetivo início do processo, deveriam ser obrigadas a aportar ao feito todos aqueles documentos probatórios e escrituras litigiosas relevantes que estivessem em seu poder, inclusive aquelas provas documentais que, eventualmente, prejudicassem as pretensões da parte que a apresentara. Sua utilização estava sujeita a quatro limitações principais:

1. a petição só poderia se dirigir às partes do processo, excluindo-se terceiros;
2. estava proibida a solicitação daquela informação que pudesse incriminar a parte requerida por tal aportação documental;
3. a parte requerida só podia revelar fatos, excluindo provas;

<sup>2</sup> Sobre a *discovery* como técnica probatória no sistema processual civil britânico, vide Stampa (2011, p. 53-58).

4. os documentos não podiam ser revelados, salvo se a parte solicitante houvesse descrito detalhadamente o documento que pretendia obter da parte contrária e essa, por sua vez, tivesse admitido sua existência.

Atualmente, nos Estados Unidos da América<sup>3</sup>, a *discovery* está regulamentada pelas legislações locais dos Estados e em âmbito nacional pela *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1998, particularmente em seus artigos 26 a 37. Por meio desta instrução utilizada pelos juízes, outorga-se o direito a cada uma das partes de um processo ao qual se dará início, de conhecer a informação básica que possui a contraparte, com o objetivo de estruturar sua posição de fato e de direito no desenvolver do processo judicial. O instituto consiste, assim, na possibilidade que tem a parte de designar como prova os documentos possuídos pela outra parte, mesmo sem a necessidade de especificá-los.

Comparando os dois ordenamentos jurídicos acima tratados, pode-se afirmar que a instituição probatória da *discovery* no processo civil norte-americano coincide com a britânica, em sua concepção, como veículo eficaz de solução negociada das diferenças e de revelação da verdade quanto aos fatos. A possibilidade da valoração dos respectivos argumentos processuais pelas partes – em função dos resultados derivados de sua prática forense – favorece a atuação conciliatória. Sem embargo, a diferença com seu homólogo britânico é que o Direito Processual Civil norte-americano contempla a prática da *discovery* com um objeto manifestamente mais amplo, ou seja, não só circunscrito à documentação escrita. Dessa maneira, as partes no processo civil estadunidense podem também solicitar a aplicação da *discovery* sobre qualquer matéria que não esteja submetida a critérios de confidencialidade, sempre que se demonstre pelo solicitante que ela resulta necessária para identificar os fatos debatidos – e eventualmente litigiosos – nos quais os litigantes fundamentarão suas respectivas alegações e pretensões no curso do processo (STAMPA, 2011, p. 59).

Contemporaneamente, a *discovery* anglo-saxônica – especialmente em sua limitada vertente inglesa identificada como *disclosure*<sup>4</sup> – constitui um mecanismo probatório característico do processo judicial civil, cuja existência é reconhecida por todo jurista com uma formação de direito consuetudinário e, aparentemente, rechaçada por todo profissional jurídico com formação romano-germânica (STAMPA, 2011, p. 45).

Não obstante, impende considerar que o funcionamento da *discovery* resulta *a priori* em uma abstração àqueles princípios comuns ao mecanismo probatório – característico do processo civil anglo-saxão –, podendo fornecer ao julgador uma excelente qualidade técnica da prova para julgamento, assentada na eficácia das decisões adotadas. A finalidade primordial do instituto se demonstra, pois, em facilitar a adequada delimitação dos fatos litigiosos e o esclarecimento da verdade do assunto debatido pelo Tribunal, contribuindo, de forma efetiva, para adequada formação do convencimento judicial. E, conseqüentemente, de uma decisão mais justa.

<sup>3</sup> Sobre a *discovery* como técnica probatória no sistema processual civil norte-americano, vide Stampa (2011, p. 57-61).

<sup>4</sup> Ressaltando a importância da *disclosure* no sistema de justiça norte-americano, vide Monaghan (2015, p. 437-462).

### 3 A CONTEMPORÂNEA APLICABILIDADE DA *DISCOVERY* NOS SISTEMAS PROCESSUAIS *CIVIL LAW*

Não obstante seja o instituto tradicionalmente aplicado nos sistemas da *common law*, partindo dos princípios processuais da paridade de armas, da boa-fé processual e da cooperação, impende admitir-se que a *discovery* possa também ser adotada por sistemas da *civil law*, na perspectiva da formação do convencimento judicial, inclusive influenciando a realização da conhecida prova antecipada.

O dever de colaboração das partes vai além da exposição da verdade em juízo, atuando de forma honesta, não alterando ou deturpando os fatos ou circunstâncias. Impõe-se que os litigantes levem ao conhecimento do juiz todo o material probatório acerca da controvérsia fática da causa, possibilitando a obtenção da verdade apta ao embasamento de uma solução justa ao litígio.

Nesse sentido, é que se afirma que o procedimento da *discovery*, ligado à apuração de provas antes da fase judicial, típico do sistema do *common law*, notadamente do Direito norte-americano e inglês, não seria estranho também ao sistema do *civil law*. Das diferenças existentes entre eles quanto ao procedimento probatório, não emergiria uma impossibilidade *tout court* de adoção da *discovery* no âmbito do *civil law*. Isso porque ela está diretamente ligada à obrigação de veracidade, extraída do princípio da colaboração/cooperação, largamente reconhecido nos países de tradição romano-germânica e ora expressamente disciplinado no novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

A cooperação impõe às partes o dever de colaborem entre si e com o Estado-juiz para a solução do litígio, inclusive, caso seja necessário, prestando informações, realizando depoimentos ou testemunhos ou fornecendo documentos em fase prévia à demanda. Permitindo às partes prévio conhecimento das provas que fundamentarão o litígio, a *discovery* facilita a realização de acordos, eliminando os custos e os riscos de uma demanda judicial. Não havendo composição do litígio entre as partes, sua adoção reduz o tempo de duração do processo, contribuindo para a celeridade processual.

A eventual resistência quanto à aplicação do instituto em sede dos sistemas compreendidos pela *civil law* pode ser superada dentro de um processo em que a finalidade principal seja a utilização da *discovery* para contribuir na busca da verdade da controvérsia, determinando os fatos, as circunstâncias e as provas especificamente relevantes para a articulação das respectivas posições litigiosas das partes.

Na seara da produção antecipada de provas, adotada em um grande número de países pertencentes à *civil law*<sup>5</sup>, o artigo 381, do vigente Código de

<sup>5</sup> Tratando da tutela cautelar para conservação da prova no direito italiano, vide Comoglio (2010, p. 201-209). Versando sobre a prova pré-constituída no direito espanhol, vide Alcubilla (2009, p. 10.386-10.392); e Morales (2011, p. 167-175). Sobre a produção antecipada de prova no Direito português, sob a égide do Código de Processo Civil de 1961, vide Varela, Bezerra e Nora (1985, p. 483-488); e, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, analisando o art. 525º, vide Reis (1960, p. 331-334). Quanto à aplicação da *discovery* no sistema espanhol, com ênfase na arbitragem, vide Stampa (2011, p. 195-215).

Processo Civil brasileiro, trata da produção antecipada de prova numa linha aproximada à da *discovery* (PITT, 2007, p. 115-127), permitindo a realização da prova, para além de quando haja um fundado receio de que se torne impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, também quando sua prévia produção viabilize, em tese, a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito, ou ainda quando o prévio conhecimento dos fatos justifique ou evite o ajuizamento da ação. O novo Código de Processo Civil afastou o cunho meramente acautelatório da produção antecipada de prova, colocando esse valioso instrumento também a serviço do combate da cultura da litigiosidade que tem caracterizado a vida processual brasileira recentemente. A um só tempo, previne-se a atividade jurisdicional contenciosa e solidifica-se a decisão de aforamento da ação.

Analisada sob essa ótica, entende-se que a *discovery* pode ser aplicada, indistintamente a sistemas processuais da *common law* e *civil law*, sempre no intuito de garantir uma melhor instrução probatória ao feito.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se olvide que como instrumento processual probatório o instituto da *discovery* também tem sofrido severas críticas, sendo qualificado como uma efetiva ferramenta de pressão processual sobre o oponente litigioso. Não obstante, diante do exposto, conclui-se que a adoção da *discovery* apresenta importantes vantagens como a ampliação do prévio conhecimento sobre os fatos, o desencorajamento à atuação fundada em má-fé processual, a viabilidade da celebração de acordos e a promoção da própria justiça.

Em sendo devidamente utilizado como instrumento de convencimento judicial na descoberta da verdade, o instituto procura um equilíbrio entre os princípios probatórios existentes nos sistemas *common law* e *civil law*, mantendo a independência e imparcialidade do magistrado e atingindo uma verdade mais efetiva, por meio do fomento de que as partes cooperem processualmente entre si, mas sobretudo, com o próprio Estado-juiz.

Por conseguinte, sua disposição científica pode também ser utilizada, juridicamente, de forma analógica, para fundamentar até mesmo modificações na divisão do ônus da prova, uma vez que fomenta a exigência de uma efetiva cooperação entre as partes no desenvolvimento da atividade probatória mais adequada, no intuito de propiciar um convencimento judicial efetivo sobre a verdade dos fatos, o qual culminará na possibilidade de uma decisão mais justa, que melhor atenda à necessidade de regulação do conflito de interesses existente entre as partes e à própria pacificação social.

#### REFERÊNCIAS

ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (Coord). **Enciclopedia jurídica**. v. 18. Madrid: La Ley, 2009.

ALEGRE, Juan Carlos. Las cargas probatorias dinámicas en el derecho de daños. In: PEYRANO, Jorge Walter; WHITE, Inés Lépori (Coord.). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 441-454.

ALVIM, José Manoel Arruda. **Curso de direito processual**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

BRAY, Edward. **The principles and practice of discovery whit and appendix of forms**: included suggested forms for skating objections to discovery. London: Reeves and Turner, 1885.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, Ed. IDEPE / Malheiros, n. 29, jan./mar. 2000.

CABRAL, Antônio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. In: **Revista de Processo/ Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 29, n. 115, p. 345-374, maio-jun. 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. v. II. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Tradução de José Casais y Santaló. v. 1. Madrid: Reus, 1922.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Tradução de José Casais y Santaló. v. 2. Madrid: Reus, 1925.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**: trattati brevi. 3. ed. Torino: UTET, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FAURE, Miryam Balestro. La dinámica de las cargas probatorias: una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales. In: PEYRANO, Jorge Walter; WHITE, Inés Lépori (Coord.). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 321-365.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006.

FREITAS, José Lebre. **Introdução ao processo civil**: conceitos e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. Reimpressão.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. **Ação declarativa à luz do código revisto**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

MONAGHAN, Nicola. **Law of evidence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

MORALES, Rodrigo Rivera. **La prueba**: un análisis racional y práctico. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. In: **Revista de Processo/ Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 9, n. 35, p. 178-184, jul./set. 1984.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: LEX, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

PITT, Gioconda Fianco. Dever de veracidade no processo civil brasileiro e sua relação com o instituto da *discovery* do processo norte-americano da common law. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 115-127.

REIS, José Alberto dos. **Comentário ao código de processo civil**. v. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1960.

STAMPA, Gonzalo. **Discovery arbitral**. Madrid: Colex, 2011.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VARELA, João de Matos Antunes; BEZERRA, José Miguel; NORA, Sampaio e. **Manual de processo civil**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1985.

Submissão em: 8 de setembro de 2021

Último Parecer favorável em: 16 de novembro de 2021

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

ALMEIDA, Vítor Luís de. O instituto da *discovery* e sua aplicabilidade nos sistemas processuais *common law* e *civil law*. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 3, p. 233-242, set.-dez. 2021.

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  
Konditioune fir d'Soumissioun  
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni  
Kushtet e Paraqitjes  
Norme Editorial  
Pateikimo Sąlygos  
Podmienky Predkladania  
Podmínky pro Předkládání  
Pogoji za Oddajo  
Skilyrði fyrir Framlagningu  
Тапсыру Шарттары  
Uslovi za Podnošenje  
Uvjeti za Podnošenje  
Villkor för Inlämning  
Voorwaarden voor Inzending  
Warunki Przedłożenia  
Услови за поднесување  
Услови за подношење  
Условия подачи  
Условия за Подаване  
Умовы для Прадстаўлення  
Умови подання  
Προϋποθέσεις για Υποβολή

# CONDITIONES PARAS SUBMISSIO

## 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**

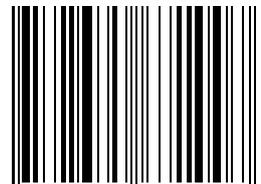
**Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso**

**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