

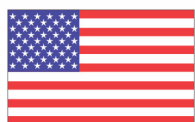
REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 5, n. 3 (set-dez. 2024)



Neste número:



REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE

LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714

Volume 5, número 3 (set.-dez. 2024)

Fundadores

Professor Doutor Richardson Xavier Brant
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros

Montes Claros, Minas Gerais, Brasil

2024

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

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 5, n. 3, set.-dez. 2024)
Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Doutor Richardson Xavier Brant e pelo
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

Histórico dos Editores da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica
Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso – de maio de 2020 até ...

Editor

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

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana - Roma, Itália.

Organização, padronização e revisão linguística
Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/editoração gráfica/leiaute da capa
Maria Rodrigues Mendes

Ficha Catalográfica

Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. Vol. 5, n.º 3. Montes Claros/MG, Brasil,
Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2024.

Quadrimestral

ISSN: 2675-6714

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

CDU: 34:008(05)(06)

Catálogo: Helenilza Santana dos Santos - Bibliotecária CRB 13/871

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

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

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

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

SUMMARIO

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

DOUTORADO

António Menezes Cordeiro A Proibição Constitucional da Enfiteuse: um ponto a rever.....	14
---	----

Daniel García Ramírez La Protección de Derechos de la Población Bajo Libertad Condicional: un modelo promotor de la paz.....	52
--	----

Ernesto Fabiani e Michele Nastri Procedure Esecutive e Antiriciclaggio dopo la Riforma Cartabia.....	67
--	----

Fortunato Costantino Le Smart City: sostenibilità sociale ed ESG.....	102
---	-----

José Antonio Tomás Ortiz de la Torre Consideraciones sobre Aspectos Jurídico-Políticos Presentes en el Nuevo Conflicto Armado Hamás-Israel Vistos Desde el Prisma del Derecho Internacional.....	128
--	-----

María del Luján Flores e Carlos Sapriza Desarrollos Normativos en el Ambito Espacial: perspectivas futuras.....	168
---	-----

Mark A. Lemley How Generative AI Turns Copyright Upside Down.....	198
---	-----

Victor Hugo Guerra Hernández Do “caso Bauffremont” (1878) ao Comércio Ilícito do Século XXI: fraude de direito no direito internacional privado.....	223
--	-----

MESTRADO

Aldo Efraín Ramírez Hernández La Justicia Distributiva en México como Protectora de Derechos Humanos en el Ámbito Público y Privado.....	248
--	-----

ESTUDOS CONTINUADOS

Hermínio Carlos Silva Rodrigues Liberdade e Segurança no Contexto da Sociedade de Risco Global: emergência de novos paradigmas constitucionais?.....	276
--	-----

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO	303
---------------------------------------	-----

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

APRESENTAÇÃO

APRESENTAÇÃO

Um fim de um ano pode ser ocasião especial para um balanço, uma retrospectiva das atividades do período. Para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, há uma ampliação no interstício. O fim de 2024 representa o complemento do primeiro lustro, a partida em forma de conjunto de cinco anos de atividade. Iniciada em maio de 2020, a Revista enche o seu “ano cinco” com a publicação de mais de uma centena e meia de artigos científicos (mais precisamente, 153), de 23 países diferentes, espalhados estes por quatro Continentes. Para atingir a todos os Continentes, falta apenas publicar algum texto de alguém da Oceania, mas a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** já teve o privilégio de promover uma palestra internacional com um Professor Doutor da Austrália. Portanto, a qualidade de “ultracontinental” está amplamente comprovada.

A Revista tem publicado artigos de Professores que têm título de Doutor, Mestre e com Especialização *Lato Sensu*.

Em relação às seções, há uma própria para abraçar os artigos científicos de cada uma das categorias ou graus acadêmicos ou científicos. E a seção “Estudos Continuados” publica textos de autores que têm qualquer dos títulos acadêmicos, mas os temas não são artigos científicos no campo do Direito de forma propriamente dita. São assuntos que têm liame com o Direito.

DOUTORADO

A seção ocupada pelos Autores que têm título de “Doutor(a)” e cujos temas são dos segmentos do Direito, está completa e povoada de nomes indiscutíveis como de elevado reconhecimento internacional. Autores que colaboram para elevar o nível da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** a partir de oito países, dos Continentes América (Central, do Norte e do Sul) e Europa. Vejam-se.

PORTUGAL. Há causas que agregam, e muito. Um artigo que soma a ponto de fincar a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** entre as grandes publicações mundiais é o artigo do **Professor Doutor António Menezes**

Cordeiro. Autor, apenas para ilustrar, de um Tratado de Direito Civil composto de quatorze volumes, além de outros livros de alta qualidade, o Professor jubilado da Faculdade de Direito de Lisboa fez um estudo em legislações (Constituições, Códigos e Leis infraconstitucionais) de todos os países falantes da Língua Portuguesa. O tema pesquisado foi a enfiteuse. Mostra o texto que, por motivos meramente ideológicos – mesmo trazendo grandes e malélicas consequências para os trabalhadores em terras rurais e para a economia portuguesa – a legislação portuguesa de 1976 extinguiu o instituto da enfiteuse. O Brasil, no Código Civil de 2002, também o fez, embora tenha criado o “Direito de Superfície” que substitui quase à altura. Além disso, reconhece o Autor, em termos de Brasil, a enfiteuse não era tão usada quanto em Portugal. Os demais países lusófonos ou mantiveram a enfiteuse em suas leis ou não as proibiram. O estudo mostra todos os detalhes e pesquisas – em ampla bibliografia – que voltam até duzentos anos antes. A justificativa de que a enfiteuse é medieval recebe uma simples explicação do Autor: “A propriedade também o é.”. Este é, sem dúvida, o melhor estudo sobre enfiteuse existente nos tempos atuais.

COSTA RICA. O **Professor Doutor Daniel García Ramírez** é da Costa Rica e fez Doutorado em Direito no Japão. Conhecendo a legislação costa-riquenha e também a legislação japonesa, a pesquisa do seu Doutorado foi centrada na comparação dos sistemas de liberdade condicional do Japão e da Costa Rica. Considerou que ambos os países não medem esforços para promover a paz em nível internacional. Os estudos continuados – iniciados nos primeiros momentos do Doutorado – demonstram que há um modelo de libertação condicional dos condenados que colabora para a promoção da paz internacional. O artigo aponta as oportunidades para maximizar e fortalecer a relação entre as instituições penitenciárias e a comunidade, presentes nesse modelo de liberdade condicional dos apenados. Para que o detento consiga a liberdade condicional, há “critérios funcionais, empíricos e reintegrativos”, em busca de uma garantia de abordagem eficaz que são exercidos pelas unidades prisionais. Sempre levando a sociedade como beneficiada. As políticas prisionais devem respeitar os direitos humanos. E os detentos têm regras cujo cumprimento é imperioso. Dentre elas, regras internacionais (como as Regras de Tokyo) que integram Tratado Internacional, um dos fundamentos jurídicos do artigo científico.

ITÁLIA. A Itália teve, recentemente, uma Ministra da Justiça de nome Marta Cartabia. A proposta originária do Ministério, na gestão dessa Ministra, para que houvesse uma reforma e atualização do Código de Processo Civil, somente saiu no fim de 2022, com interstício de adaptação (*vacatio legis*). Em honra a essa ex-Ministra, a reforma do Código de Processo Civil recebeu o nome “reforma Cartabia”. A modernização do CPC italiano trouxe maior facilidade no reconhecimento de filhos, alterou o rito processual dos processos ordinários e, principalmente – para o presente tema – alterou o processo falimentar. Dois autores italianos, que estudam constantemente Direito Empresarial, especialmente a recuperação judicial e a falência, analisaram o que o Código de Processo Civil trouxe de modificação, atualização ou modernização no procedimento falimentar. O “concurso de credores” foi amplamente analisado no artigo processo de execução em caso de lavagem de dinheiro, especialmente em empresas em fase falimentar. O autores são o **Professor Doutor Ernesto**

Fabiani e o notário e Bacharel em Direito Michele Nastri. Eles tratam, unindo a experiência, da questão do marco temporal em que eventuais bens são transferidos a terceiros, pouco antes do decreto de falência – o que se chama “termo legal da falência”. O artigo, portanto, está atual porque considera umas das legislações falimentares mais recentes do mundo. Além de ser novidade na Itália, é um espelho para o restante do mundo.

ITÁLIA. O **Professor Doutor Fortunato Costantino** escreveu, com exclusividade para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o artigo científico que atende pelo nome de “Le Smart City: sostenibilità sociale ed ESG”. O tema central é sobre o Direito Urbanístico, especialmente sobre a “inteligência” das cidades modernas. O bem-estar da sociedade, nos tempos atuais, passa pela condição de o Direito Urbanístico, incluindo o Direito Civil quanto às vizinhanças e Direito de Edificar, depende das edificações que atendam às normas em favor da coletividade. Para tal, a “inteligência da cidade” não está limitada à digitalização e informatização dos sistemas de acesso e de informação, como também a própria sustentabilidade, o Direito Ambiental. O autor leva em conta o fato de que, até o ano 2050, mais de 70% da população mundial estará concentrada nos centros urbanos, o que exige que os mecanismos e equipamentos ofertados pelo Poder Público, ou por ele controlado/exigido (como a infraestrutura nos loteamentos, como fundamento para serem aprovados pelo Município), devem contemplar condições de vida com qualidade. Preferentemente, que haja infraestruturas tecnológicas e digitais. O Autor fundamenta em normas modernas/futurísticas, como Nova Agenda Urbana das Nações Unidas (que fala do “direito à cidade” justa, inclusiva, segura, saudável, acessível, resiliente e sustentável) e a Agenda 2030. Não se pode falar sequer de um texto atual: é uma informação para fundamentar o futuro, no qual reinará a “cidade inteligente”.

ESPANHA. Se se anuncia que um artigo científico tem por tema o conflito Hamas-Israel, as pessoas mais apressadas logo cuidarão de entender, por si próprias e sem a consulta do material, que se trata de se posicionar do lado de um (e alegar atrocidades do outro) ou de outro (e alegar genocídio do adversário). Em se tratando de uma pesquisa que tem por base o Direito Internacional, porém, o estudo é diferente. E a pessoa mais competente para aprofundar em um estudo nessa área é o **Professor Doutor José Antonio Tomás Ortiz de la Torre**, da Universidad Complutense de Madrid. Para falar sobre o tema sob o prisma unicamente técnico, o Autor fez pesquisas em publicações que antecedem à criação do Estado de Israel. Tomou posse de obras de 1887, 1894, 1899, 1901, 1927, 1932, 1934, 1936, 1944, 1946 e, principalmente, publicações diversas desde que o Estado de Israel foi criado, esbarrando em informações do ano de 2024. Sempre, buscando fundamentos doutrinários e definições de “conflito”, “autodefesa”, “soberania político-administrativa”, “represálias internacionais”, “ocupação”, “agressão externa” e, é claro, “guerra”. Por ter o Direito Internacional como base do estudo, fala-se sobre as Convenções e Tratados Internacionais e do Tribunal Internacional de Justiça (que é sempre acionado para intermediar e solucionar etapas do conflito armado em questão). O desenvolvimento do texto se dá de forma que cativa o estudante que o toma em mãos. E a fundamentação jurídico-doutrinária comprova que se trata uma pesquisa cuja paixão é pelo estudo e, não, por um dos lados histórica e secularmente beligerantes.

URUGUAI. Há umas décadas, a chamada “corrida espacial” era vista como um perigo de alguma potência bélica se instalar um potencial de ataque, diretamente do espaço, e, de lá, controlar o mundo. O tempo sepultou a ideia inicial, presente no pensamento popular. As grandes potências da tecnologia, porém, não se acalmaram. O Direito Espacial é estudado por pouquíssimas pessoas, comparando com a quantidade de seres humanos na Terra. No Brasil, por exemplo, são poucas dúzias de estudiosos do assunto. Em outras localidades, porém, o interesse pelo tema tem exorbitado o seio dos grupos reduzidos. Há publicações especializadas e há grupos de estudos sobre o tema. E, da parte dos atores da tecnologia, há uma “revolução no domínio espacial”. As preocupações são até como julgar – o Direito Internacional se preocupa muito com isso – um país que atacar o outro a partir de bases instaladas na Terra, mas no espaço. Por isso, há Acordos e Tratados Internacionais sobre o uso do espaço. A **Professora Doutora María del Luján Flores** e o **Professor Doutor Carlos Sapriza** são os uruguaios mais bem qualificados dentre os estudantes do tema do Direito Espacial. E se uniram para produzir um artigo científico no qual decifram os conceitos do Direito Internacional na parte que cuida do Direito Espacial. Trata-se de um tema tão atual que, certamente, a publicação será estudada durante um longo futuro, pois o Direito Espacial está caminhando a passos largos até para ser uma disciplina independente do Direito Internacional, em razão da grande importância.

ESTADOS UNIDOS. O **Professor Doutor Mark A. Lemley** faz questão de publicar, no Brasil, na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**. Seus textos, comumente aparecendo em Revistas mais qualificadas dos Estados Unidos, têm no Brasil uma boa divulgação, por meio dessa Revista já informada e que está em mãos. Trata-se do mais qualificado autor sobre direitos autorais e direitos das patentes. Tem estudado continuamente a Inteligência Artificial e, em seus textos, tem habilidade para ligar o tema à questão dos direitos autorais. Seus estudos mostram dificuldades de interpretações sobre a quem compete dizer ser autor em se tratando de Inteligência Artificial Generativa (a que tem qualidades para criar, alguns graus acima da que somente identifica o que se acha produzido). No seu texto “How Generative AI Turns Copyright Upside Down”, o Autor demonstra que a lei de Direitos Autorais norte-americana está passando por mudanças para tratar da criação feita pela Inteligência Artificial, passando pela violação dos textos criados pela IA até o fato de que há categorias que nem sequer estão ainda previstas em normas jurídicas. Diz o Autor que a criatividade a cargo da AI, quando generativa, pressiona duas doutrinas jurídicas sobre Direitos Autorais: “a dicotomia ideia-expressão e o teste de similaridade substancial para violação”. Mostra que a criação que a AI é capaz de fazer ultrapassar as respostas, para focar nas perguntas certas a ela endereçadas. A inversão (o importante é a pergunta) traz a consequência de que também inversa é a previsão da Lei dos Direitos Autorais, o que representa dificuldade para os Tribunais norte-americanos conseguir fazer o acompanhamento da velocidade que essa tecnologia imprime. É preciso, pois, compreender que o “teste de infração” ou deve ser rejeitado ou, pelo menos, adaptado às formas distintas que aparecem nas respostas que a AI oferece às perguntas elaboradas de formas diferentes.

COLÔMBIA E BRASIL. Quando o **Professor Doutor Victor Hugo Guerra Hernández** submeteu um artigo da sua autoria à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, fez um pedido especial: que houvesse a tradução do texto para a Língua Portuguesa. O assunto é o ilícito em termos de comércio internacional, envolvendo marcas, contrabando, corrupção e outras formas de deixar de quitar tributos nacionais e internacionais. O início do texto traz uma interessantíssima história de mudança de país, em 1878, apenas para que pudesse haver a obtenção dos benefícios de um divórcio de um casal. A partir desse ponto, o “Caso Bauffremont”, há o desenvolvimento das explicações de como se dá o fraude no Direito para que o fraudador obtenha vantagens das decisões dos Tribunais ou da aplicação das leis tributárias, nacionais e internacionais. Sempre comparando as posições de personagens que fazem todo o malabarismo para que uma lei internacional seja aplicada para o seu caso – que tanto pode ser como um incentivo à comercialização internacional dos seus produtos quanto pode chegar à busca de julgamento em outros foros, internacionais, por serem mais favoráveis as legislações estrangeiras – em casos concretos. Assim, o tema, como se vê, é do Direito Internacional Público, mas por um ângulo pouquíssimo aproveitado pelos próprios autores desse segmento do Direito.

MESTRADO

O espaço que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** dedica aos Professores que têm Mestrado completo está, neste número, ocupado pelo texto competente de um autor mexicano. E o assunto é de interesse de todos os estudiosos do Direito do planeta.

MÉXICO. Desde os tempos de Aristóteles (nascido no ano 384 e falecido no ano 322 antes de Cristo), passando por Ulpiano (150-228), Santo Agostinho (354-430), Norberto Bobbio (1909-2004) e John Rawls (1921-2002), há uma discussão filosófica acerca da Justiça Distributiva cujo resumo é a definição de que “justiça é dar a cada um o que é seu na proporção do seu merecimento”. A partir dessa teoria clássica da Filosofia do Direito, o **Professor Mestre Aldo Efraín Ramírez Hernández**, analisou como o México, como nação, vem fazendo justiça em prol dos seus administrados. O estudo mostra o México a partir da aplicação da Constituição Federal, em vigor desde 1917, com determinações de tratamento especial em favor dos menos favorecidos, das classes suplantadas, e incentivando o respeito e o tratamento igualitário para as mulheres, os indígenas, os povos originários (os que já estavam na América quando os europeus chegaram para anunciar que descobriram novas terras) e as crianças e adolescentes. O artigo recebe o nome “La Justicia Distributiva en México como Protectora de Derechos Humanos en el Ámbito Público y Privado”. O material escrito retrata o Estado mexicano com políticas especiais, de longos tempos, em que os direitos humanos são aplicados em favor dos grupos mais vulneráveis. O tema envolve como os Direitos Humanos – disciplina sempre estudada pelo pesquisador – vêm sendo decididos em favor dessas classes relacionadas.

ESTUDOS CONTINUADOS

A última seção da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é a denominada “Estudos Continuados”. É espaço para ser ocupado por Autores que merecem o maior destaque no que escrevem, ainda que os textos submetidos à Revista não tenham a classificação de “artigos científicos”, por não serem exata ou exclusivamente sobre Direito. São temas até “além do Direito”, mas tendo o Direito como suporte direto.

A seção, no presente número da Revista, está ocupada por um Doutorando que estuda profundamente seus temas, antes de terminar a sua produção jurídica.

PORTUGAL. O que foi moderno em um “ontem” de tempos passados, tornou-se ultrapassado, carcomido pelo tempo. A modernidade atual já está sendo apontada como caminho para uma pós-modernidade. Esta, marcada pela globalização, pela facilidade de comunicação e deslocamento, pelo conhecimento instantâneo à disposição e à distância. Conhecendo os pormenores desses temas, o **Professor Mestre Hermínio Carlos Silva Rodrigues** escreveu um artigo que demonstra a transformação dos comportamentos da sociedade da tardo-modernidade para a pós-modernidade. Somente se alcançará a pós-modernidade, em época de “modernidade líquida”, com um Estado bem aparelhado para prestar serviços sociais e dar garantia legal e segurança jurídica. Os Direitos Fundamentais, portanto, são a tônica dessa época “do hoje em diante”. Uma época em que as garantias descritas na Constituição têm que, mais do que estar explícitas, ser praticadas verdadeiramente. Toda a participação estatal, porém, tem que estar pautada na atuação liberal, sem assistencialismo político-eleitoral, sob pena de colocar a sociedade em risco. Daí, nascem, dentre outros, o direito fundamental à segurança coletiva, com ênfase na liberdade individual de forma responsável, fruto de uma cultura que também é da competência do poder.

Esta é a síntese dos textos que compõem esse presente número. Como se pode ver, mesmo em um resumo, três dos dez textos têm a condição de estar antecipando o que no futuro será objeto de permanentes estudos.

Este fato faz com que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** se apresente no hoje com pés firmes para ser estudada no amanhã. E em todo o mundo.

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso
Editor

Autoria

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

Urheberschaft

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

Authorship

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

Paternidad literaria

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

Paternité

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

Paternità

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

Colocação <i>Rangfolge</i> Ranking <i>Colocación</i> Classement <i>Classifica</i>	Origem dos autores por países <i>Herkunft der Autoren nach Land</i> Authors' origin by country <i>Origen de los autores por país</i> Origine des auteurs par pays <i>Origine degli autori per paese</i>	Número de artigos publicados <i>Anzahl der veröffentlichten Artikel</i> Number of articles published Numero de artículos publicados Nombre d'articles publiés <i>Numero di articoli pubblicati</i>
1.º	Brasil	26
	Espanha	26
3.º	Portugal	21
4.º	Argentina	19
5.º	Itália	10
6.º	Estados Unidos	09
7.º	Moçambique	05
	Uruguai	05
9.º	Colômbia	04
	Japão	04
	México	04
12.º	Bolívia	03
	França	03
	Turquia	03
15.º	Chile	02
	Grécia	02
	Índia	02
18.º	Angola	01
	Canadá	01
	Costa Rica	01
	Polónia	01
	Suíça	01
	Venezuela	01

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

DOCTORADO

A PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DA ENFITEUSE: UM PONTO A REVER

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹

I INTRODUÇÃO

I.1 Reponderando a Proibição

O artigo 101.º/2 da Constituição, na versão original de 1976, dispunha:

Serão extintos os regimes de aforamento e colónia e criadas condições aos cultivadores para a efectiva abolição do regime da parceria agrícola.

A revisão de 1989 levou a regra para o artigo 99.º/2, em moldes reforçados:

São proibidos os regimes de aforamento e colónia e serão criadas condições aos cultivadores para a efectiva abolição do regime da parceria agrícola.

A revisão de 1997 conservou esse texto, renumerando-o como artigo 96.º/2, hoje em vigor. Manteve a designação “aforamento”, equivalente a “emprazamento” e a “enfiteuse”. Na sequência, usaremos “enfiteuse”: o termo consagrado no Código Civil.

A proibição exarada na Lei Fundamental portuguesa merece, meio século volvido, uma reflexão de fundo. Como qualquer outro preceito, ela tem uma história. Ela comporta antecedentes e ela corresponde a valorações que o legislador constituinte subscreveu e entendeu serem merecedoras de

¹ Doutor em Direito. Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito de Lisboa; Presidente emérito do Centro de Investigação de Direito Privado. *E-mail*: menezescordeiro@fd.ulisboa.pt

uma consagração solene. Adiantamos, todavia, que ela vai ao arrepio das leis europeias, designadamente das mais recentes e que ela não tem correspondente nos países da lusofonia que herdaram, com adaptações progressivas, o Código Civil de 1966.

Antecipando as conclusões, desde já sublinhamos a conveniência em repensar, sem ideias preconcebidas, a proibição do artigo 96.º/2 da nossa Lei Fundamental. Apontamos, para tanto, quatro razões básicas. Assim:

- 1) a enfiteuse, à semelhança do que sucede com outros institutos milenários, conheceu uma evolução até aos nossos dias; hoje, ela representa – ou pode representar – um direito real *ad meliorandum*, capaz de repartir os bens produtivos e de incentivar investimentos básicos que, de outro modo, não teriam lugar;
- 2) a enfiteuse permite ao Estado, sem abdicar da propriedade, conceder a particulares o uso e a fruição do seu património, de modo a valorizá-lo;
- 3) a enfiteuse, ao contrário da ideia que terá presidido à sua extinção e, depois, à severa proibição constitucional, não dá (ou não deve dar) azo à exploração do enfiteuta; pelo contrário, ela confere-lhe uma posição mais sólida e mais social e economicamente favorável do que a resultante do arrendamento;
- 4) a enfiteuse é acolhida em países como a Bélgica, a Espanha, a França e a Itália; além disso, ela está presente em Angola, em Cabo Verde, na Guiné, em Moçambique e em São Tomé, sendo de sublinhar que, em Angola e em São Tomé, ela foi mesmo reforçada e que, nos restantes países lusófonos, ela foi, indiretamente, fortalecida.

Suprimida a proibição constitucional, caberia ao legislador ordinário reconstituir o instituto, assegurando-se de que ele desempenharia um papel social e economicamente útil, especialmente na agricultura e na floresta.

De modo a melhor abalizar as conclusões antecipadas, iremos recordar, com a necessária concisão:

- 1) a origem e a evolução da enfiteuse;
- 2) aspetos comparatísticos, sublinhando as experiências europeias e a situação na lusofonia;
- 3) a supressão da enfiteuse em 1976 e as suas consequências;
- 4) as bases para a sua reconstrução.

I.2 Origem e Evolução

A enfiteuse teve uma origem histórica complexa (CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 1-5), tendo vindo a precisar-se em várias etapas. No Direito romano,

ela remonta à *possessio* do *ager publicus* (BONFANTE, 1933, p. 160; VON DANKWARDT, 1873, p. 323 ss., aproxima a origem da enfiteuse do *precarium*).

Eis o cenário, em reconstituição histórica: a propriedade (*dominium*) só era possível no âmbito da cidade de Roma. Nos vastos territórios que vieram a ser conquistados e que se mantinham na titularidade do *populus*, apenas se admitia uma situação de posse. Esta tinha uma tutela que veio a ser ampliada com a História, dando azo à *possessio* do *ager publicus* (*vide* CORDEIRO, 2000, p. 15).

Transmissível *mortis causa e inter vivos*, a *possessio* do *ager publicus* evoluiu para propriedade plena. A seu lado, porém, surgem os *agri vectigales*, provavelmente destinados a contrariar a evolução do *ager publicus* para a propriedade privada (CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 6). Os *agri vectigales* correspondiam a terrenos pertencentes ao Estado, aos municípios ou aos colégios sacerdotais e que eram dados, aos particulares, em locações perpétuas ou de longa duração (cem anos) (BONFANTE, 1933, p. 160; CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 6-7; VACCARI, 1965, p. 915-916). O locatário ficava adstrito ao pagamento de um cânone anual – o *vectigal* – sob pena de incorrer em resolução do contrato. A doutrina foi levada a ver, nesta situação, algo de estruturalmente real e não já uma mera relação pessoal, como surge habitualmente na *locatio-conductio*². A figura floresceu, particularmente no Baixo-Império: era uma fórmula privilegiada para conseguir incrementar a produção agrícola, sem abrir mão da dominialidade da terra. Falava-se, a seu propósito, em *ius perpetuum salvo canone*.

O *ager vectigalis* veio a fundir-se com um instituto oriental, que assumiu funções paralelas à sua: o *ius emphyteuticum* (FAVARA, 1960, p. 539/I; VACCARI, 1965, p. 916/I). Na Grécia, os romanos depararam com contratos de locação perpétua ou a longo prazo, usados pelo Estado ou pelas comunidades, para incrementar o aproveitamento dos terrenos incultos. A propósito de tais contratos referia-se *φύτεσις* (*phytesis*), donde *ἐμφυτευτικόν* (*emphyteytikon*) para sugerir a obrigação de plantar ou *δύττειν* (*dyteyein*), a qual incumbiria ao beneficiário (CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 8-9, indicando as fontes; HIRATA; SILVEIRA, 2020, p. 559-572).

O *ius emphyteuticum* resultante da alatinização dos originais gregos, traduzia, deste modo, uma situação *ad meliorandum*. Tornava-se particularmente útil como modo de promover o aproveitamento de prédios incultos ou em estado de mato. No século V, o *ius perpetuum salvo canone* fundiu-se com o *ius emphyteuticum* numa única figura: a enfiteuse (JOHNSTON, 1940, p. 323-347; KASER, 1975, § 249, p. 308 ss.; VENTURA, 1968, p. 326-327).

Pretendendo resolver dúvidas sobre a natureza da figura em causa, o Imperador Zenão, em Constituição de 480 (C 1,4,66, *apud* KRÜGER, 1895, p. 191/I; *vide* COMFORT, 1937, p. 4), vem explicitar a convenção enfiteutic como um contrato *a se* ou *sui generis*: não poderia ser considerada nem como venda, nem como locação. Daí, a enfiteuse passou ao Direito justinianeu, designadamente às *Institutiones* (JUSTINIANO, 1997, I. 3, 24, 3, p. 194).

² As fontes podem ser confrontadas em Cariota-Ferrara (1952, p. 7).

A enfiteuse operava como um lato direito sobre coisa alheia. Dele beneficiava o seu titular, a título pessoal. A aproximação foi feita em relação às servidões (CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 11), integrando a então admitida categoria das “servidões pessoais”, ao lado do usufruto e da superfície (WINDSCHEID; KIPP, 1906, § 200, p. 1.022). Quanto à constituição: a enfiteuse tinha, essencialmente, origem contratual (CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 19). Todavia, também podia surgir por prescrição ou usucapião, em termos aplicáveis, em geral, às servidões (CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 20; FRANKEN, 1861, p. 116-145).

O enfiteuta dispunha, essencialmente³, do gozo, da disposição e, em geral, da posse. O gozo envolve, em termos gerais, o uso e a fruição. A disposição podia operar *inter vivos* ou *mortis causa*. A defesa real envolvia a possibilidade de recorrer às competentes ações (CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 22). Quanto aos deveres do enfiteuta: a obrigação essencial era a do pagamento do cânone (CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 23). Ele devia, além disso, preservar e melhorar o fundo enfitêutico (CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 24-25). Tinha, ainda, o dever de notificar o proprietário, na hipótese de pretender alienar o prédio: não para efeito de obter qualquer autorização, mas, antes, para que este pudesse exercer o direito de opção: o *ius praelationis* ou δικαιώμα προτίμησις, traduzido numa preferência ou possibilidade de fazer seu o prédio, pelo preço acordado com o terceiro interessado ou na percepção do *laudemium* ou uma prestação de 2% sobre o preço (CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 25). Finalmente: a enfiteuse romana extinguiu-se pelo termo – quando temporária –, pela renúncia, pela confusão ou por prescrição, a aproximar da *usucapio libertatis* (CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 29).

Deve ainda sublinhar-se que a enfiteuse visou dois tópicos: repartir a propriedade, facultando-a às camadas social e economicamente mais modestas e desenvolver o cultivo de áreas que, de outro modo, permaneceriam incultas (FAVARA, 1960, p. 538/I; e, em especial, SUÁREZ BLÁZQUEZ, 2009, p. 9). Afigura-se um erro histórico reconduzi-la a um modo de “exploração” do enfiteuta. Como sempre e tal como sucede com a propriedade, tudo depende da forma por que seja aplicada.

II A ENFITEUSE NA EUROPA

II.1 Generalidades

O Direito comparado constitui um instrumento de trabalho incontornável: seja para o estudo jurídico, seja para a política legislativa. O conhecimento de experiências jurídicas permite apreender as soluções encontradas para os problemas e as consequências, boas ou más, de tais soluções. O estudo do Direito comparado faculta, quanto à enfiteuse, algumas considerações curiosas e, sobretudo, muito úteis.

³ Seria possível apontar outras faculdades, de tipo menor.

Os Direitos europeus estão divididos, quanto à enfiteuse. Num rápido panorama, ela não é hoje reconhecida na Alemanha, na Áustria, na Chéquia, na Grécia, na Inglaterra, na Irlanda, nos Países Escandinavos e na Polónia⁴. Todavia, cada um dos Direitos respetivos tem particularidades que devem ser ponderadas.

Com exemplo na Alemanha, verifica-se que a enfiteuse era reconhecida na base do “Direito romano atual” (*Emphyteusis* ou *Erbpacht*, isto é, locação produtiva hereditária)⁵. Encontramo-la nos pandectistas clássicos, como Glück (1755-1831) (VON GLÜCK, 1807, §§ 600-617, p. 379-558, com ricas indicações históricas), Thibaut (1772-1840) (THIBAUT, 1818), §§ 629-634, p. 70-74)⁶ e Puchta (1798-1846) (PUCHTA, 1853, §§ 176-177, p. 259-261), como exemplos entre os mais antigos e Wendt (1846-1911) (WENDT, 1888, § 156, p. 390-395), Dernburg (1829-1907) (DERNBURG; BIERMANN, 1902, § 260, p. 636-639) e Windscheid (1817-1892) (WINDSCHEID; KIPP, 1906, §§ 219-222, p. 1.110-1.119), mais recentes. Aquando da feitura do BGB (1896-1900), optou-se por não consagrar esse instituto. As enfiteuses preexistentes foram respeitadas, ao abrigo das leis anteriores, até à extinção final (KUHLENBECK, 1899, § 38, p. 572-573)⁷. Ressalvadas pelo artigo 63.º do EGBGB (a Lei de introdução do BGB), a enfiteuse e figuras semelhantes foram finalmente abolidas pelo artigo III do *Kontrollratsgesetz* Nr. 45, de 25 de fevereiro de 1947, dos Aliados ocidentais⁸. O objetivo foi o de destruir a antiga ordem alemã, substituindo-a por uma radical propriedade livre⁹. Passada essa fase, o *Landpachtgesetz* de 25 de junho de 1952 veio estabelecer os arrendamentos produtivos, com paralelos enfitêuticos. Seguem-se regimes diversificados para os vários *Länder*, sendo preocupação legal a de incentivar investimentos produtivos na agricultura¹⁰.

A enfiteuse é reconhecida na Bélgica, em Espanha, em França, em Itália, na Lituânia, no Luxemburgo e nos Países Baixos. Abaixo veremos, como exemplos, as experiências belga, francesa, italiana e espanhola, pertencentes a ordenamentos que mais têm influenciado o nosso Direito das coisas, em face do Código Civil de 1966.

II.2 Direito Francês

Em França, o ambiente jurídico resultante da Revolução subsequente a 1789 seria pouco favorável à enfiteuse. A Assembleia Legislativa decretou, em 28 e 29 de agosto de 1792, a abolição de todas as rendas senhoriais, numa

⁴ Para um apanhado, Von Bar (2015, p. 568-569, n. 385).

⁵ Elementos sobre a enfiteuse no Direito comum podem ser confrontados em Coing (1985, p. 349-352, § 71, e *passim*).

⁶ Indicando (70) o dever do enfiteuta de cultivar.

⁷ De notar que Von Dankwardt, em 1875, sublinhava o relevo assumido pela enfiteuse, em certas regiões (DANKWARDT, 1873, p. 340).

⁸ Tenha-se ainda presente que, na Alemanha, a enfiteuse era praticada, em especial, nas províncias orientais anexadas pela Rússia e pela Polónia, após a II Guerra Mundial.

⁹ Por último, neste momento, Bergmann (2023, p. 852-854).

¹⁰ Recordamos que a Alemanha, sendo uma potência industrial, produz cerca de 80% dos alimentos que consome.

orientação alargada pela Convenção, em 17 de julho de 1793 (VACCARI, 1965, p. 919/I; CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 94-95). Porém, a evolução prática levou a outros caminhos¹¹.

Com efeito, em França, não se implantou o princípio da tipicidade dos direitos reais¹². Por via da autonomia das partes, vieram a ser reconhecidos direitos reais não previstos no Código Civil, com relevo para a enfiteuse¹³. Subsequentemente, a doutrina francesa dividiu-se, quanto ao tema da tipicidade. Esta, a prevalecer, condenaria as manifestações da enfiteuse não consagradas em leis especiais (*vide* CORDEIRO, 2021, p. 287-288). Todavia, quer na doutrina¹⁴, quer na jurisprudência¹⁵ recentes, a tipicidade dos direitos reais foi afastada. A evolução francesa tem um enquadramento geral que deve ser considerado. O Código Napoleão, ao alinhar, no seu artigo 543.º, apenas os direitos de propriedade, de gozo e de servidão, foi muito parco. As necessidades da vida, que não podem ser ultrapassadas com meras ideologias, têm exigências que o Direito não deve ignorar. Assim, a enfiteuse não foi incluída no *Code*; mas não foi proibida. A jurisprudência, ultrapassando a doutrina que tendia a ver, nela, um mero arrendamento de longa duração, reconheceu-a desde meados do século XIX (CssFr 24-ago.-1857, DP 1857, 326-329).

Por segurança, uma Lei de 25 de junho de 1902, depois incorporada no Código Rural e, hoje, no Código Rural e da Pesca Marítima¹⁶, veio abrir as portas a esse importante direito *ad meliorandum*. Sem a segurança conferida ao enfiteuta, é óbvio que o utilizador de um prédio rústico não realizará os investimentos que a situação imponha¹⁷.

Finalmente, os estudos em curso relativos à modernização do Direito francês dos bens afastam a tipicidade dos direitos reais (PERINET-MARQUET, 2009, 148, p. 134)¹⁸, assim abrindo as portas à enfiteuse contratualmente constituída. As propostas da Associação Henri Capitant para uma reforma do Direito das coisas preconizam, no artigo 608.º:

¹¹ Completamos e corrigimos escritos anteriores, em que considerámos a enfiteuse contrária ao sistema civil francês.

¹² Na sequência, entre outros, do *arrêt Caquelart*: CssFr 13-fev.-1834, S 1834, I, 205-206.

¹³ CssFr 24-ago.-1857, DP 1857, 326-329; jurisprudência anterior pode ser confrontada em Planiol (1904, XVI, n.º 2.992, p. 972).

¹⁴ Atias (1999, n.º 47, p. 61-63), chamando a atenção para a riqueza da experiência francesa; Bergel, Bruschi e Cimamonti (2000, n.º 53, p. 47-49), sublinhando a necessidade de acompanhar as realidades atuais; Terré e Simler (2018, n.º 772, p. 698-700), recordando apenas a dificuldade em encontrar novas figuras; Philippe Malaurie e Aynès (2019, n.º 355-361, p. 114-118); Dross (2019, n.º 127, p. 116-117), citando jurisprudência; Voirin e Goubeaux (2020, n.º 693, p. 310), sublinhando que um proprietário é livre de cortar, à vontade, no seu direito de propriedade, para constituir direitos reais originários; Reboul-Maupin (2020, n.º 216-217, p. 192-194), pondo a tónica na abertura da jurisprudência, de que cita diversas espécies; Ferracci (2020, XV, n.º 15, p. 12-13).

¹⁵ CssFr 31-out.-2012 (*arrêt Maison de Poésie*), n.º 11-16.304; explicou-se que as partes podem criar direitos reais originais, salvo a ordem pública; CssFr 28-jan.-2015 (*arrêt EDF*), n.º 14-10.013; CssFr 7-jun.-2018 (*arrêt SCI*), n.º 17-17.240; a atual jurisprudência francesa pode ser confrontada na base *Légifrance*.

¹⁶ Artigos L.451-1 a 451-14 (*bail emphytéotique*, reconhecido como direito real); *vide* o CODE (2021, p. 682-686).

¹⁷ Terré e Simler (2018, n.º 929-948, p. 830-842); entre outras figuras, a enfiteuse incluiu-se numa categoria dita *baux constitutifs de droits réels* (arrendamentos constitutivos de direitos reais).

¹⁸ Quanto à justificação *vide*, aí, Jean-Louis Bergel (2000, p. 86 ss.).

O proprietário pode consentir, sob reserva das regras de ordem pública, um ou vários direitos reais conferindo um uso especial ou um prazo especial de um ou vários dos seus bens.

II.3 Direito Belga

A experiência belga é muito elucidativa. O Código Civil francês manteve-se em vigor até que, nos últimos anos, se foi procedendo à atualização do Direito Civil. À partida, a enfiteuse belga não teria viabilidade: a doutrina e a jurisprudência belgas propenderam, ao contrário das francesas, para a ilegalidade de direitos reais não previstos na lei (SANZOT, 2008, n.º 5, p. 31).

Todavia, a reforma belga do Direito das Coisas, aprovada pela Lei de 4 de fevereiro de 2020¹⁹, relativa a um novo livro III do Código Civil, dispôs, no seu artigo 3.3, intitulado “sistema fechado de direitos reais”:

Apenas o legislador pode criar direitos reais.
Os direitos reais são o direito de propriedade, a compropriedade, os direitos reais de gozo e as garantias reais.
Os direitos reais de gozo são as servidões, o direito de usufruto, o direito de enfiteuse e o direito de superfície.
As garantias reais, no sentido do presente Livro, são os privilégios especiais, o penhor, a hipoteca e o direito de retenção.

A enfiteuse “renasceu” formalmente, no espaço belga, em 2020.

O movimento favorável ao ressurgimento da enfiteuse, na Bélgica, iniciou-se na segunda metade do século XX, em conjunto com a superfície. As necessidades imobiliárias recomendavam que se abrisse a possibilidade de proprietários de terrenos, dos quais não desejassem dispor, poderem dá-los para investimentos úteis. O sector público era o mais interessado, embora titulares privados pudessem estar, também, em causa (MASSAGER, 2020, p. 353-354). O artigo 3.167 define a enfiteuse nos termos seguintes²⁰:

O direito de enfiteuse é um direito real de gozo que confere um uso e uma fruição plenas de um imóvel, por natureza ou por incorporação, pertencente a outrem.

O enfiteuta pode dispor livremente do seu direito. A sua duração não pode ser inferior a quinze nem superior a noventa anos. Pode ser usucapido. A lei cuida, em especial, dos melhoramentos.

¹⁹ Publicada no *Belgisch Staatsblad/Moniteur Belge* de 17-mar.-2020, p. 15.753-15.793. Tenha-se ainda presente que, na Alemanha, a enfiteuse era praticada, em especial, nas províncias orientais anexadas pela Rússia e pela Polónia, após a II Guerra Mundial.

²⁰ *Belgisch Staatsblad/Moniteur Belge* de 17-mar.-2020, p. 15.790.

II.4 Direito Italiano

O Direito italiano, muito presente nas leis civis portuguesas, documenta bem a utilização atualista da enfiteuse. O Código Civil italiano de 1865 definia, no seu artigo 1556.º, a enfiteuse como

um contrato pelo qual se concede, perpétua ou temporariamente, um fundo, com a obrigação de o melhorar e de pagar uma determinada prestação anual, em dinheiro ou em espécie (CASCIO, 1965, p. 920)²¹:

O tratamento “contratual” vinha dobrado por uma concepção *ad meliorandum* (CARIOTA-FERRARA, 1952, p. 130).

No Código italiano de 1942, hoje em vigor, a enfiteuse manteve-se, surgindo nos artigos 957.º e seguintes (CIAN; TRABUCCHI, 1992, p. 702 ss.; RESCIGNO, 2006, p. 1.157 ss.). A sua manutenção foi discutida (SIMONCELLI, 1942, p. 540 ss.). Ocorreram críticas, ao longo do século XIX, pela sua apontada natureza medieval e pelo que poderia representar de exploração dos pequenos agricultores e de entrave à circulação da terra. Todavia, a vertente *ad meliorandum* levou a melhor, aquando da preparação do Código de 1942. Com efeito, o então novo Código Civil italiano consignou a enfiteuse nos seus artigos 957 a 977.º. No artigo 960.º/1, as obrigações do enfiteuta são elencadas nos termos seguintes (RANIERI, 2018), p. 1.274)²²:

O enfiteuta tem o dever de melhorar o fundo e de pagar ao concedente um canone periódico.

O não-cumprimento da obrigação de melhoramento pode ser causa de restituição do prédio enfitêutico (972.º, *l*). Em suma: a dimensão *ad meliorandum* ditou a sobrevivência do instituto (VITUCCI, 1991, p. 468).

II.5 Direitos Espanhol e Catalão

O Direito espanhol mantém, igualmente, a enfiteuse. No Código Civil de 1888, à semelhança do que sucedera com o Código de Seabra (1867), a enfiteuse surge no domínio dos contratos, inserida num título sobre os censos. O artigo 1.605.º define o censo enfitêutico,

²¹ Quanto aos múltiplos regimes pré-unitários: Cariota-Ferrara (1952, p. 97-126).

²² Análises alargadas podem ser confrontadas em Antonio Albanese (2003, p. 910-939) e em Sirio Zolea (2019, p. 369-414).

[...] quando uma pessoa cede a outra o domínio útil de uma finca, reservando-se, para si, o domínio e o direito de perceber do enfiteuta uma pensão anual em reconhecimento deste mesmo domínio.

O censo enfiteutico consta dos artigos 1.628.º a 1.656.º. A doutrina espanhola atual integra a enfiteuse entre os direitos reais, sendo ainda de salientar as regras sobre “figuras enfiteuticas e semienfiteuticas” (DÍEZ-PICAZO, 2012, p. 306-324).

Assinalamos, ainda, que a enfiteuse foi mantida no Código Civil da Catalunha, tendo a parte relativa aos direitos reais (*drets reals*) sido aprovada pela Lei 5/2006, de 10 de maio, sob a designação de *cens emfiteutic*. Preenche os artigos 565-14 a 565-28 (SOLE RESINA, 2020, p. 501-503).

III OS DIREITOS LUSÓFONOS

III.1 Angola

O Código Civil angolano conserva a enfiteuse, tal como a recebeu dos artigos 1.491.º a 1.512.º do Código de 1966. País soberano, Angola não foi afetada pela supressão da enfiteuse decidida pelos Decretos-Leis n.º 195-A/76, de 16 de março e n.º 233/76, de 2 de abril, para os prédios rústicos e urbanos, respetivamente. E muito menos foi atingida pela Constituição Portuguesa de 1976.

O legislador angolano adaptou o Código Civil, repetidamente, à realidade de Angola. Assim, a título não exaustivo, retemos:

- 1) a Lei n.º 10/77, de 9 de abril, suprimiu a discriminação dos filhos “ilegítimos” ou “naturais”;
- 2) a Lei n.º 9/78, de 13 de junho, alterou a matéria do divórcio;
- 3) a Lei n.º 7/80, de 27 de agosto, modificou o regime da adoção;
- 4) a Lei n.º 14/86, de 2 de agosto, versou o casamento;
- 5) a Lei n.º 1/88, de 20 de fevereiro, aprovou o Código da Família, codificando os diplomas anteriores e atingindo o Livro IV do Código Civil;
- 6) a Lei n.º 8/02, de 21 de junho, adotou a Lei de Águas, revogando uma série de preceitos do Código;
- 7) a Lei n.º 3/03, de 14 de fevereiro, dispôs sobre os juros;
- 8) o Decreto-Lei n.º 66/04, de 22 de outubro, regulou a propriedade horizontal;
- 9) a Lei n.º 9/11, de 16 de fevereiro, modificou diversos preceitos do Código Civil, designadamente quanto à forma de certos atos;

- 10) o Decreto Presidencial n.º 204/11, reformou as fundações;
- 11) o Decreto Presidencial n.º 141/15, aprovou o Regime Jurídico do Condomínio;
- 12) a Lei n.º 26/15, de 23 de outubro, adotou uma nova Lei do Arrendamento Urbano.

Em suma: o Legislador angolano teve todas as oportunidades para mexer ou revogar os preceitos sobre a enfiteuse. Não o fez, com conhecimento de causa, pelo que esse milenar instituto mantém, em Angola, a sua vigência (VIEIRA, 2013, p. 661-668).

A velha enfiteuse foi mesmo revigorada pelo Legislador Angolano, por meio da Lei de Terras, adotada pela Lei n.º 9/04, de 9 de novembro (DIAMVUTU, 2014; FERNANDES, 2019, p. 1.463-1.478; BENTRAL, 2019, folhas 60 ss.). Aí são criados diversos direitos reais, com relevo para o domínio útil consuetudinário e o domínio útil civil. Este (38.º/1) é integrado pelo conjunto de poderes que o artigo 1501.º do Código Civil reconhece ao enfiteuta (DIAMVUTU, 2014, p. 9 e ss., e *passim*). Seguem-se diversas regras tipicamente enfiteúicas, como as relativas ao foro (34.º/6) e à sua remição (34.º/7 a 9). Estão em jogo terras do Estado, comprometendo-se o enfiteuta a promover o seu aproveitamento.

III.2 Brasil

No Brasil, a enfiteuse vigorou longamente com base nas Ordenações. Estas foram substituídas pelo Código Civil de 1916, que versa o instituto nos seus artigos 678.º a 694.º (MERÊA, 1917, p. 244-250)²³. O referido artigo 678.º dispunha:

Dá-se a emphyteuse, aforamento, ou empraçamento, quando por acto entre vivos, ou de ultima vontade, o proprietario attribue a outrem o dominio util do immovel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitue emphyteuta, ao senhorio directo uma pensão, ou fôro, annual, certo e invariavel.

Só podiam ser objeto de enfiteuse terras não cultivadas ou terras que se destinem a edificação (680.º): infere-se, daqui, a sua natureza, *ad meliorandum*. A enfiteuse era perpétua, sob pena de ser considerada arrendamento (679.º). Podia, todavia, ser resgatada, ao fim de trinta anos, pagando o enfiteuta vinte pensões anuais (693.º).

Na segunda metade do século XX, a comunidade jurídica do Brasil questionou-se, de modo repetido, sobre a eventualidade da supressão da enfiteuse. Foram aventadas hipóteses como a de manter o instituto para o

²³ Este Autor explica (p. 245) que a regulamentação brasileira “não tem nada que repugne aos princípios que informam a actual organização social”. Quanto à enfiteuse brasileira, à luz do Código de 1916, *vide* o incontornável Pontes de Miranda, (1957, p. 61-180).

futuro, suprimindo, apenas, o discutível *laudêmio*²⁴. O Código Civil de 2002 optou pela supressão. Todavia, ele ressalvou as enfiteuses existentes, dispondo, apenas, para o futuro. Além disso e quanto às enfiteuses subsistentes, que se mantêm à luz do Código de 1916, proibiu-se o *laudêmio* e a constituição de subenfiteuses (art. 2.038.º). Os tratados e os manuais brasileiros mantêm o estudo da enfiteuse (como exemplo, DINIZ, 2020, p. 434-457), sublinhando o seu potencial histórico, que poderá ressurgir (VENOSA, 2020, p. 481) e o facto de, no terreno da realidade brasileira, ela ter sido substituída pelo Direito de superfície, introduzido, precisamente, pelo Código Civil de 2002 (artigos 1.369.º a 1.377.º).

Admitimos que, nesta movimentação do Direito Civil brasileiro, tenha pesado a influência das Leis portuguesas. A extinção da enfiteuse não atingiu, todavia e ao contrário do sucedido no nosso Direito, as situações existentes.

III.3 Cabo Verde

A experiência de Cabo Verde é, também, elucidativa. À semelhança do ocorrido noutros países lusófonos onde, aquando da independência, vigorava o Código Civil de 1966, as primeiras áreas atingidas foram as atinentes ao princípio da igualdade. O Decreto-Lei n.º 84/76, de 25 de setembro, alterou as regras sobre a filiação. O Despacho de 18 de março de 1978 reforçou essa orientação e alargou o prazo para a propositura de ações de investigação de paternidade ou de maternidade. O Decreto-Lei n.º 58/81, de 20 de junho, aprovou o Código de Família e o Decreto-Lei n.º 89/92, de 25 de setembro, o dos Menores. Ambos estes diplomas seriam, mais tarde, levados ao Código Civil. Seguiu-se o Decreto-Lei n.º 138/85, de 6 de dezembro, que alterou o Direito sucessório. Noutra vertente, o Decreto-Lei n.º 56/95, de 18 de outubro, modificou as regras sobre juros legais. O Direito da família foi retocado pelo Decreto Legislativo n.º 12-C/97, de 30 de junho.

Este último diploma habilitou o Ministro da Justiça a republicar integralmente o Código Civil, com as modificações nele introduzidas e nova numeração. Tal tarefa resultou do pela Portaria n.º 68-A/97, de 30 de setembro. Nova republicação, corrigindo lapsos, foi levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 31-A/99, de 30 de agosto. Seguiram-se duas alterações: o Decreto-Lei n.º 17/2000, de 27 de março, sobre propriedade; a Lei n.º 101/VIII/2019, com o Regime Geral do Arrendamento Urbano.

A enfiteuse mantém-se, no Código Civil cabo-verdiano: artigos 1.474.º a 1.506.º, que conservam o figurino de 1966. É praticada, especialmente, quanto a terrenos públicos. Sucederam-se regras com tabelas de foros e com regras prediais. Assim dispôs o Decreto-Lei n.º 37/2014, de 23 de julho, por último alterado pelo Decreto-Lei n.º 16/2019, de 11 de abril. O instituto, referido como *emprazamento*, tem, pois, atualidade e aplicação, na Nação cabo-verdiana.

²⁴ Para mais precisões: Pereira (1967, p. 28); a enfiteuse foi defendida, p. ex., por Lanfredi (2000, p. 283-289).

III.4 Guiné-Bissau

Também na Guiné-Bissau, as primeiras áreas civis atingidas foram as da família e das sucessões. Nesse sentido, valeram as Leis n.º 3/76, n.º 4/76, n.º 5/76 e n.º 6/76, todas de 4 de maio. A técnica por vezes seguida pelo legislador guineense foi a de não alterar explicitamente o Código, antes produzindo diplomas extravagantes que, implicitamente, derogavam preceitos civis (LIMA; INSALI, 2019, p. 153 ss.). Assim, a Lei n.º 13/97, de 2 de dezembro, sobre a usura. Mas ocorreram alterações explícitas: o Decreto-Lei n.º 6/97, de 27 de maio, modificou os artigos 714.º e 1.143.º, sobre a forma da hipoteca voluntária e dos juros.

O regime da enfiteuse, constante dos artigos 1.491.º a 1.523.º, do Código Civil, manteve-se intacto (*vide* FACULDADE, 2006, p. 366-372). Todavia, admitimos que particularismos consuetudinários locais e regras administrativas possam ter um relevo específico, neste domínio. Tal matéria está em parte considerada na Lei da Terra, adotada pela Lei n.º 5/98, de 28 de abril. Surge, aí, a concessão de uso privativo, a atribuir pelo Estado pelo prazo máximo de noventa anos e cujo perfil é o do emprazamento (22.º a 28.º). Ainda que de uma forma diferente, assente no “domínio útil” do Estado, o emprazamento sobrevive, na Guiné.

III.5 Macau

Em Macau, vigora o Código Civil de 1999. Preparado pela Administração Portuguesa, antes da entrega do Território à China, esse diploma seguiu o padrão português da época. Entre os diversos direitos reais integrados no Livro III, sobre o Direito das Coisas, a enfiteuse não teve lugar (MACAU, 1999). Todavia, situações enfitêuticas constituídas anteriormente são reconhecidas pela jurisprudência macaense²⁵.

De notar a Lei de Terras adotada pela Lei n.º 10/2013, de 2 de setembro. Aí previa-se um direito de uso privativo, constituído por concessão, com um regime distinto do arrendamento e com clara proximidade a um aforamento temporário.

III.6 Moçambique

Em Moçambique, o Código Civil de 1966 foi modificado nas áreas do Direito da Família: Lei n.º 10/2004, de 25 de agosto, que substituiu todo o Livro IV do Código Civil. O regime da constituição de pessoas coletivas foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 3/2006, de 23 de agosto. A Lei n.º 23/2019, de 23 de

²⁵ *Vide* o Acórdão do Tribunal de Última INSTÂNCIA da Região Administrativa de Macau de 16-jan.-2008 (Viriato Pinheiro de Lima), disponível na *Net*.

dezembro, substituiu o Livro V, relativo ao Direito das Sucessões. A forma dos contratos foi objeto do Decreto-Lei n.º 2/2021, de 9 de agosto.

A enfiteuse não foi atingida, mantendo-se formalmente os artigos 1.491.º a 1.523.º (PINTO, 2000, p. 599 ss.). A Lei de Terras adotou um regime relativo ao aproveitamento dos solos: foi aprovada pela Lei n.º 19/97, de 7 de outubro, substituindo a Lei n.º 6/79, de 14 de julho. Em princípio, a terra pertence ao Estado. Prevê-se um direito de uso e aproveitamento da terra (DUAL), a adquirir por ocupação de boa-fé ou por autorização pública (art. 12.º). Esta pode visar aproveitamentos económicos. Embora a lei não o diga, o do direito de uso e aproveitamento aproxima-se, pela estrutura e pelo conteúdo, da velha enfiteuse.

III.7 São Tomé

São Tomé acolheu, aquando da independência, o Código Civil de 1966. Tal como noutros países lusófonos, as primeiras reformas ocorreram no Livro IV: a Lei 2/77, de 28 de dezembro, adotou a Lei da Família. Foi substituída pelo Código da Família, aprovado pela Lei 19/2018, de 11 de outubro. A Lei 8/2022, de 6 de junho, adotou um sistema de garantias mobiliárias, alterando (81.º) diversos preceitos do Código Civil.

Os preceitos relativos à enfiteuse, constantes do Código Civil (1.474.º a 1.506.º), mantiveram-se formalmente em vigor. Muito interessante é o Decreto n.º 10-C/2000, de 24 de outubro²⁶, que, segundo o sumário oficial,

determina que a distribuição de terras para o desenvolvimento da agricultura e da pecuária terá a forma de contrato de aforamento e será feito por ajuste directo entre as partes, mediante contrato a título perpétuo e oneroso, a ser firmado pela Direcção de Finanças, de acordo com o Código Civil.

Os anteriores contratos de usufruto celebrados pelo Governo foram convertidos em contratos de aforamento (art. 2.º).

III.8 Timor

O Código Civil de Timor, aprovado pela Lei n.º 10/2011, de 14 de setembro (XIMENES, 2012), segue, de perto, o esquema do Código de 1966. Por manifesta influência portuguesa, ele não conservou, no Livro III, a enfiteuse: passa directamente do uso e habitação para a superfície.

Todavia, diversos dos seus artigos mantêm a referência à enfiteuse: 289.º/3, 622.º/1, b), art. 1.290.º/2 e art. 1.425.º/1. Além disso, os foros ocorrem nos artigos 626.º/3, 628.º/2, 673.º, b), 674.º, 681.º/1, c), art. 1.403.º/2

²⁶ Este diploma, assente no Código Civil, tem, apenas, cinco artigos.

e 2.136.º/2. Onze artigos são termos demasiados para se tratar de um simples esquecimento. Deduzimos que as enfiteuses constituídas ao abrigo das leis anteriores se conservam, havendo que observar, a seu respeito, os preceitos sobreviventes²⁷.

III.9 Síntese

O estudo elementar dos Direitos lusófonos ilustra uma vitalidade curiosa da velha enfiteuse. Ultrapassando um estrito nominalismo ligado ao neopositivismo constitucional, devemos ter presente que, no Direito do século XXI, sobreleva a materialidade. O abandono dos termos “enfiteuse”, “aforamento” ou “emprazamento” não implica a supressão ou o não-reconhecimento do velho instituto enfiteútico. Tudo está em saber se, no terreno, existem formas de aproveitamento de imóveis, em especial, de terras, que traduzam a milenária separação entre uma propriedade imanente ou domínio direto e o efetivo aproveitamento ou domínio útil. Devemos, ainda, ser realistas: o “politicamente correto” nada tem a ver com a temática jurídico-científica que nos ocupa.

Considerando, para além do nosso, os sete Estados ou territórios de língua portuguesa, verificámos que²⁸:

- 1) apenas dois – Macau e Timor – omitiram a enfiteuse nos respetivos Códigos Cíveis; no caso timorense, a enfiteuse foi, todavia, introduzida em diversos preceitos avulsos: interpretamos como visando as enfiteuses de pretérito; no macaense, a Lei de Terras de 2013 prevê a concessão do aproveitamento de terras do Estado, por concessão de uso privativo, com regras de conteúdo enfiteútico;
- 2) cinco – Angola, Cabo Verde, Guiné, Moçambique e São Tomé – mantêm os preceitos de 1966 relativos à enfiteuse, ainda que o Código cabo-verdiano proceda a uma renumeração dos preceitos;
- 3) dois – Angola e São Tomé – reforçaram a enfiteuse em leis avulsas;
- 4) três – Cabo Verde, Guiné e Moçambique – preveem direitos que, embora não se designando “enfiteuse”, “emprazamento” ou “aforamento” desempenham, de facto, o mesmo papel;
- 5) um – o Brasil – suprimiu a enfiteuse no seu último Código Civil (2002) – mantendo as situações então existentes, que se regem pelo Código anterior (1916); de resto, alguma doutrina considera que o papel da enfiteuse passou a ser assegurado pelo direito de superfície, introduzido precisamente pelo Código de 2002.

²⁷ Em Soares, Crispim, Fernandes e Alves (2022), coloca-se o termo enfiteuse em itálico. Na nota 725, considera-se que a enfiteuse não integra o conjunto dos direitos reais admitidos por lei. Mas nada se diz quanto às situações de pretérito que, quanto sabemos, não foram abolidas.

²⁸ Vide o escrito fundamental de Dário Moura Vicente, *O Código Civil na lusofonia: constantes e variáveis*, em *Código Civil/Livro do Cinquentenário*, I (2019), 273-300 (293-296).

Em nenhum caso – na lusofonia como alhures – surge uma proibição constitucional relativa à enfiteuse. Teremos, pois, de considerar, com atenção, esta originalidade da experiência portuguesa.

IV A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

IV.1 Origem, Modalidades e Regime Antigo

A enfiteuse foi recebida no atual território português durante o período romano. Subsequentemente, ela manteve-se, amparada no Direito comum (COSTA, 1957, p. 3). Todavia, a sua especial aderência às realidades do País e, em particular, ao aproveitamento da terra cedo facultou uma deriva nacional. De notar que, lado a lado com a expressão erudita “enfiteuse”, surgiram, para a situação em jogo, as expressões “prazo” e “foro”, donde emprazamento e aforamento.

Na prática nacional, era muito importante a distinção entre²⁹:

- 1) prazos fateosins;
- 2) prazos de vidas.

Dizia-se haver prazo fateosim³⁰ quando se estivesse perante uma enfiteuse perpétua. A enfiteuse durava para sempre, na esfera do enfiteuta e dos seus sucessores. Submetia-se às regras próprias dos bens livres, exceto quanto à possibilidade da sua divisão por glebas, que dependia de autorização do senhorio. O prazo era de vidas quando fosse concedido apenas durante a vida do enfiteuta ou dele e de mais outras pessoas, geralmente três. Com a morte do terceiro, o bem regressava ao senhorio.

Os prazos de vidas subdividiavam-se em:

- (1) prazos de livre nomeação;
- (2) prazos de nomeação restrita.

Na primeira hipótese, o enfiteuta poderia nomear o sucessor que quisesse. Na segunda, o nomeado dependia de certa qualidade. Na hipótese de nomeação restrita, ainda tínhamos:

- (1) prazos familiares puros ou de geração;
- (2) prazos familiares mistos.

²⁹ Vide Ferreira (1875, p. 108). No conhecimento do antigo Direito português da enfiteuse, cabe utilizar: Freire (1967, p. 98-140); Rocha (1857, 2, p. 415-456, §§ 532 e seguintes) e Teixeira (1848, p. 81-210).

³⁰ Fateosim ou fateusim é uma corruptela de enfiteuse; também se falava em prazos “fatiotas”, em nova corruptela da velha locução grega.

Os prazos eram familiares puros quando a sucessão devia recair em pessoas de família. Surgiam como familiares mistos sempre que a nomeação só fosse livre na falta de filhos ou descendentes do enfiteuta. Esta matéria vinha explicitada nas Ordenações ([S. d.], p. 812-816).

Dentro do quadro geral da enfiteuse, no Direito comum anterior à codificação civil de 1867, cumpre relevar os poderes do senhorio. Deles resulta a posição do enfiteuta. Vamos referir alguns troços do corpo do Título XXXVIII, do Livro IV, das Ordenações ([S. d.], p. 816-817):

O Foreiro, que traz herdade, casa, vinha ou outra possessão aforada para sempre, ou para certas pessoas, ou a tempo certo de dez annos, ou dahi para cima, não poderá vender, escaimbar, dar, nem alhear a cousa aforada sem consentimento do senhorio.

E querendo-a vender, ou escaimbar, deve-o primeiro notificar ao senhorio, e requerel-o, se a quer tanto por tanto, declarando-lhe o preço, ou cousas, que lhe dão por ella; e querendo-a o senhorio por tanto, havel-a-ha, e não outrem. E não a querendo, então deve ser vendida a pessoa, que livremente pague o foro ao senhorio, segundo forma do contracto do aforamento.

Tínhamos, aqui, uma demonstração de preferência do senhorio.

Ao enfiteuta incumbiam, ainda, diversas prestações. Assim:

- 1) o foro, a pagar anualmente e que podia ser fixado numa percentagem de produção ou de certas culturas;
- 2) o laudémio, correspondente a uma percentagem do preço da coisa – normalmente, 2,5% ou laudémio de quarentena, por equivaler à quadragésima parte do preço em causa – e que o enfiteuta deveria pagar sempre que houvesse uma transmissão do seu direito;
- 3) a lutuosa, equivalente a semelhante percentagem, a pagar pelo sucessor do enfiteuta sempre que ocorresse uma transmissão por morte.

A doutrina anterior à codificação apontava diversas características da enfiteuse que equivaliam a outros tantos pontos do seu regime. Assim e na enumeração de Liz Teixeira (1848, p. 85 ss.), tínhamos os brocardos seguintes:

- 1.º *quod dividi iure non possit*: o enfiteuta não pode dividir o prédio (o seu direito) sem o consentimento do senhorio;
- 2.º *quod in rebus tantum immobilibus constituatur*: a enfiteuse tem uma dimensão de melhoria do prédio;
- 3.º *quod emphyteuta illius dominus sit non plenus sed utilis*: chama a atenção para a divisão de poderes pressuposta pela enfiteuse;
- 4.º *quod canonem is praestet in aquitionem domini directi*: recorda o cânon devido pelo enfiteuta;

- 5.º *quod rem emphyteuticam inscio dominio*: há que prevenir o senhorio das alienações, com vista à eventual opção;
- 6.º *canon intra triennium*: o decurso do prazo de três anos sem o pagamento do cânon conduz à extinção da inerente obrigação.

A enfiteuse era ainda separada de outros direitos próximos. Assim, ela não se confundia nem com a venda, nem com a locação, nem com o censo (TEIXEIRA, 1848, p. 89 ss., e 93 ss.). Para além das clássicas distinções do Direito romano, era focado o papel do enfiteuta no melhoramento da coisa e na realização de benfeitorias. Deve finalmente sublinhar-se que a enfiteuse assumia um grande relevo prático, quer no campo agrícola, quer no urbano. Ela constituiu, na modalidade do “censo consignativo”, uma face para o crédito, dada a proibição formal dos juros (COSTA, 1961).

Houve diversas intervenções legislativas, designadamente no século XVIII. Além disso, a enfiteuse tornou-se um tema de eleição tendo, sobre ela, surgido muitos escritos, hoje clássicos.

IV.2 O Código Civil de Seabra (1867)

Na preparação do Código Civil de 1867 ou Código de Seabra, o tema dos censos e da enfiteuse foi debatido. Em sua defesa pronunciaram-se Alexandre Herculano e Oliveira Martins, levando à sua preservação (indicações em DUARTE, 1950, p., 260 ss. Crítico: GRANJO, 1897). O Código veio tratar a enfiteuse no domínio dos contratos e não – como seria, de certo modo, lógico – no campo das “propriedades imperfeitas”, onde surgiam os denominados “direitos reais menores”. O Código falava, a propósito da enfiteuse, no “contrato de emprazamento”, no capítulo XIII do seu livro II (dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente), da parte II (da aquisição de direitos).

A leitura dos preceitos em jogo e as análises dos comentadores (em especial: FERREIRA, 1875, p. 108-139; e GONÇALVES, 1934, p. 207-336), mostram que o Código de Seabra procedeu à simplificação e à modernização do instituto da enfiteuse. A enfiteuse foi considerada perpétua (art. 1.654.º). Os contratos que, no futuro fossem celebrados como enfiteuses, mas por tempo limitado, seriam tidos como de arrendamento (*idem*). A enfiteuse ficava sujeita a escritura pública e a registo (art. 1.655.º). O foro devia ser certo e determinado (art. 1.656.º), não se podendo estipular encargos extraordinários ou casuais, a título de lutuosa, laudémio ou qualquer outro (art. 1.657.º). Na enfiteuse urbana, o foro seria sempre em dinheiro (art. 1.658.º). A enfiteuse é hereditária e não pode dividir-se por glebas, exceto se nisso convier ao senhorio (art. 1.662.º). A repartição do valor entre os herdeiros do enfiteuta far-se-ia por estimação, sendo o prazo encabeçado num deles (art. 1.662.º, § 1.º). Como alternativas para a falta de acordo: licitação entre os interessados na venda, com repartição

do preço (art. 1.662.º, §§ 1.º e 2.º). Na falta de herdeiros do último foreiro, o prédio retorna ao senhorio (art. 1.663.º). Podiam ser emprazados os imóveis alienáveis (art. 1.664.º) e isso por todos e aqueles que pudessem alienar os seus bens (art. 1.667.º).

O Código de Seabra, sempre no tocante às enfiteuses de futuro, fixava os direitos e as obrigações dos senhorios diretos e dos foreiros. Quanto ao senhorio direto:

- 1) deve registar o encargo enfiteutico para poder opô-lo a terceiros e para obter o privilégio mobiliário, para pagamento dos foros (art. 1.670.º);
- 2) apenas detém, na hipótese de falta de pagamento de foros, o direito de os haver com juros (art. 1.671.º);
- 3) pode recobrar o prédio ao foreiro na hipótese de este deteriorar o prédio de modo a que o seu valor não seja correspondente ao do capital equivalente ao foro e mais de um quinto (art. 1.672.º).

Quanto ao foreiro ou enfiteuta, o cenário era o seguinte:

- 1) pode usufruir o prédio e dispor dele como coisa sua, salvas as restrições da lei (art. 1.673.º);
- 2) fica obrigado aos encargos e tributos, devendo todavia ser aliviado pelo senhorio das contribuições correspondentes aos foros (art. 1.675.º);
- 3) pode hipotecar o prédio ou constituir servidões sem o consentimento do senhorio, desde que a hipoteca ou o ónus não abranjam a parte do valor do prédio correspondente ao foro e mais um quinto (art. 1.676.º);
- 4) deve dar preferência ao senhorio nas alienações (art. 1.678.º).

A enfiteuse perdeu, em geral, os aspetos arcaicos, expressos na proliferação de ónus. Ela assumia uma feição perpétua e hereditária, assim se distinguindo, em definitivo, do arrendamento. Não lhe foi conferida, *expressis verbis*, a natureza de direito real *ad meliorandum*. Trata-se, todavia, de uma dimensão histórica que não deixou de acompanhar o instituto. Assim, o Decreto de 30 de setembro de 1892, regulamentado pelo Decreto de 14 de dezembro, também de 1892 e, depois, o Decreto n.º 11, de 10 de janeiro de 1895, vieram permitir, em certos casos, a subenfiteuse: perante terrenos incultos, não indispensáveis para o granjeio de prazos. O Decreto de 23 de maio de 1911, no seu artigo 5.º, regressou à proibição de Seabra.

Faltaram, entre nós, os estudos maciços que, em Itália, promoveram e atualizaram a enfiteuse, conduzindo à sua consagração, no Código Civil de 1942. Todavia, assinalamos uma série de dissertações de licenciatura que nos anos de 1949/1950, se dedicaram ao instituto: Alberto Abreu (1947), António Lourenço (1947), Herculano Coelho (1949), João Saldanha (1950), Leonor Castilho (1947) e Maria Emília Santos (1949).

De natureza variável e de consulta difícil, estes escritos não promoveram as hipóteses de modernizar a enfiteuse, designadamente por meio da introdução do vetor *ad meliorandum*.

IV.3 O Código Civil de 1966

No âmbito da preparação do Código Civil de 1966 foi, logo no início, ponderada a manutenção da enfiteuse. Ficou decidido, na competente comissão, precisamente o seguinte (SERRA, 1947, p. 38):

Resolveu-se manter a enfiteuse por se reconhecerem as vantagens que ainda hoje pode ter sem o inconveniente da perpetuidade, dada a possibilidade de remição.

Dessa decisão inicial resultou, depois, quer a manutenção da enfiteuse, quer o seu espírito geral. A elaboração dos articulados relativos aos anteprojetos de direitos reais, com exceção da posse, foi confiada a Fernando Pires de Lima. Deve-se, a este importante civilista, o aprontamento da matéria relativa à enfiteuse, a qual foi publicada, com breves justificações de motivos (LIMA, 1957). Torna-se interessante relevar que, entre 1940 e 1956, a enfiteuse era praticada. Segundo números da Direção-Geral dos Registos e do Notariado, relevados por Pires de Lima (1957, p. 5):

[...] nos últimos dezasseis anos se celebraram em Portugal 962 contratos de enfiteuse. Figuram à cabeça, no número de actos celebrados, os distritos de Setúbal, Portalegre, Santarém, Porto, Beja e Lisboa, respectivamente com 194, 166, 154, 152, 99 e 89 escrituras, ao passo que nos distritos de Aveiro, Bragança, Coimbra, Guarda e Vila Real não se celebrou nenhum contrato durante o mesmo período.

A enfiteuse deveria, assim, manter-se. Isto posto, Pires de Lima passou a apresentar o seu anteprojeto de articulado. Ele abrangia 33 artigos, ordenados por cinco capítulos, nos termos seguintes:

Capítulo I – Disposições gerais (1.º a 6.º);
Capítulo II – Constituição da enfiteuse (7.º a 9.º);
Capítulo III – Direitos e encargos do senhorio directo e do enfiteuta:
 Secção I – Princípios gerais (10.º e 11.º);
 Secção II – Pagamento do foro (12.º a 17.º);
 Secção III – Outros direitos e encargos (18.º a 23.º);
Capítulo IV – Extinção da enfiteuse (24.º a 26.º);
Capítulo V – Disposições transitórias (27.º a 31.º).

Cada preceito proposto vinha acompanhado de breves explicações justificativas.

No essencial, podemos dizer que a enfiteuse recebia um lugar condigno no seio dos direitos reais, deixando de ser tratada como um mero contrato. Efetivamente, ela pode ser constituída por diversas outras formas e, designadamente: por testamento e por usucapião. Além disso, manteve-se o essencial que vinha do Código de Seabra, acentuando alguns aspetos atinentes à modernização do instituto.

O Código Civil acolheu, com poucas modificações formais, o anteprojeto de Pires de Lima³¹. No tocante a disposições gerais, o artigo 1.491.º começa por fixar a terminologia. A própria enfiteuse, também dita emprazamento ou aforamento, é apresentada como o desmembramento da propriedade em dois domínios: direto e útil (n.º 1). O prédio sujeito a enfiteuse diz-se prazo e pode ser rústico ou urbano (n.º 2). O titular do domínio direto é o senhorio; o do domínio útil: foreiro ou enfiteuta.

A enfiteuse era um direito perpétuo, sem prejuízo da faculdade de remição (art. 1.492.º/1). Caso celebrada por tempo limitado, tem-se por arrendamento (art. 1.492.º/2). É indivisível, salvo consentimento do senhorio (art. 1.493.º e art. 1.494.º), outro tanto sucedendo com o domínio direto (art. 1.495.º). A subenfiteuse mantém-se proibida (art. 1.496.º). Trata-se da situação que já havia sido encetada pelo artigo 1.701.º do Código Civil de 1867. Podia constituir-se por contrato, testamento ou usucapião (art. 1.497.º). A usucapião opera em relação ao domínio direto, ao domínio útil ou a ambos, em simultâneo (art. 1.498.º). No tocante ao contrato: ele seguirá a forma aplicável aos contratos relativos a imóveis: a escritura pública. Confirma-se, assim, o tratamento tipicamente real dado, à enfiteuse, pelo Código de 1966.

No tocante à extinção da enfiteuse: previa o artigo 1.513.º quatro formas de extinção:

- a) pela confusão, na mesma pessoa, dos domínios directo e útil;
- b) pela distinção ou inutilização total do prédio;
- c) pela expropriação por utilidade pública;
- d) pela falta de pagamento do foro durante vinte anos.

Esta última alínea, (d), foi inovadora, aplicando-se-lhe, nos termos do artigo 1515.º, o regime da prescrição.

Os direitos e os encargos do senhorio e do enfiteuta mereceram a maior atenção por parte do legislador de 1966. Principiando pelo senhorio, a lei reconhece-lhe (art. 1.499.º):

- 1) o direito a receber anualmente o foro, o qual passa ao triplo, em caso de mora;

³¹ A matéria da enfiteuse no Código Civil de 1966 pode ser seguida, com comodidade, em apêndice a Lima e Varela (1984, p. 687-743).

- 2) o poder de alienar ou de onerar o seu domínio, por ato entre vivos ou por morte;
- 3) o poder de preferir na venda ou dação em cumprimento do domínio útil;
- 4) o poder de suceder no domínio útil, na falta de herdeiro testamentário ou legítimo;
- 5) o poder de receber o prédio por devolução, no caso de deterioração.

Os direitos extraordinários ou comuns, com exemplo na lutuosa e no laudêmio mantiveram-se proibidos para o futuro, na linha do artigo 1.657.º do Código de Seabra (art. 1.500.º). Quanto aos direitos do enfiteuta, temos o quadro seguinte (art. 1.501.º):

- 1) usar e fruir o prédio como coisa sua;
- 2) constituir ou extinguir servidões ou o direito de superfície;
- 3) alienar ou onerar o seu domínio por ato entre vivos ou por morte;
- 4) preferir na venda ou na dação em cumprimento do domínio direto;
- 5) obter a redução do foro ou encampar o prédio;
- 6) remir o foro.

A enumeração não era taxativa (LIMA; VARELA, 1984, p. 707). Surge, todavia, muito envolvente.

O artigo 1.509.º previa a hipótese de redução do foro, no caso de o prédio enfiteutico se deteriorar ou inutilizar apenas em parte. Se o senhorio se opusesse à redução, podia o enfiteuta encampar o prédio (n.º 1), isto é: dar por extinta a enfiteuse. O Código Civil explicita que o direito à redução ou à encampação não existe quando se trate de deterioração ou de inutilização devidas a causas cobertas pelo seguro (art. 1.509.º/2). Nessa ocasião, sendo o valor do terreno inferior ao do capital correspondente ao foro e mais um quinto, pode o senhorio exigir caução quanto ao seu pagamento e, não sendo ela prestada ou não sendo o prédio reconstruído ou reparado dentro de três anos, a remição do foro (art. 1.510.º). Tínhamos, depois, a importante hipótese de remição do foro. Esta é conferida ao enfiteuta quando o emprazamento tenha mais de quarenta anos: prazo supletivo que é possível elevar para sessenta (art. 1.511.º). Trata-se, como vimos, de uma orientação geral introduzida no Código de Seabra pela reforma de 1930. O preço da remição foi fixado, pelo artigo 1.512.º/1, em vinte foros. Tratando-se de foro em géneros, o preço da remição é pago em dinheiro, atendendo-se ao valor médio dos géneros em causa, nos últimos três anos (art. 1.512.º/2), numa orientação que se observará igualmente na hipótese do foro pago em moeda específica (art. 1.512.º/3).

O Código Civil veio consignar importantes disposições transitórias, dedicando-lhes todo um capítulo. Desde logo o artigo 1.516.º dispunha sobre

a atualização dos foros em dinheiro. Tratando-se de foros fixados em dinheiro, moeda corrente, metal sonante ou prata, a prestação ou parte da prestação convencionadas seriam multiplicadas:

- 1) por vinte, se o foro for anterior a 1.º-jan.-1921;
- 2) por dois, se for posterior a essa data e anterior a 1.º-jan.-1941.

Os laudémios relativos aos emprazamentos ou subemprazamentos anteriores a 22 de março de 1868 foram substituídos, nos termos do artigo 1.517.º/1: independentemente de nova conversão ou notificação, por uma prestação anual em dinheiro correspondente à vigésima parte do seu valor à data da entrada em vigor deste referido Código; a prestação é integrada no foro e como tal considerada para todos os efeitos legais. Os números 2 e 3 desse preceito reportam-se à fixação do valor do laudémio, para efeitos da sua agregação ao foro³². Os censos de pretérito, quer consignativos, quer reservativos, anteriores ao Código de 1966, consideram-se enfitêuticos, ficando sujeitos às competentes disposições (art. 1.518.º). O artigo 1.519.º dispunha sobre censos consignativos temporários: não faria efetivamente sentido que, a propósito da sua equiparação à enfiteuse, passarem a perpétuos, pelo que se extinguem pelo decurso do prazo (art. 1.519.º/1). Também nessa eventualidade de censos consignativos temporários não cabem, aos censuístas e aos censuários, os direitos de preferência, de devolução, de sucessão, de redução e de encampação (art. 1.519.º/2). O artigo 1.520.º do Código retomou o artigo 1.690.º do Código de Seabra:

Os contratos de enfiteuse ou de censo anteriores a 1 de Abril de 1867 podem ser provados por qualquer meio e produzem efeitos em relação a terceiros independentemente do registo.

V A EXTINÇÃO DA ENFITEUSE

V.1 A Proibição Constitucional

A Constituição da República, aprovada a 2 de abril de 1976, no artigo 101.º/2 da versão original, veio dispor³³:

Serão extintos os regimes de aforamento e colonia e criadas condições aos cultivadores para a efetiva abolição da parceria agrícola.

³² A concretização dos cálculos em causa pode ser confrontada em Lima e Varela (1984, p. 734-736).

³³ *Actas da Assembleia Constituinte* n.º 132, de 3-abr.-1976, 4397/I.

Adiante-se que a parceria agrícola já havia sido proibida pelo artigo 44.º/1 do Decreto-Lei n.º 201/75, de 15 de abril, relativo ao arrendamento rural. Quanto à enfiteuse e à colônia, a situação é menos clara: afigura-se, no entanto, que o impulso relativo à sua extinção adveio da própria Assembleia Constituinte.

A proposta relativa à enfiteuse foi apresentada na sessão n.º 77, de 7 de novembro de 1975, pelo Deputado Correia Marques (PCP)³⁴, com a redação seguinte³⁵:

Serão extintos os regimes de aforamento, colônia e parceria.

No debate subsequente, esse deputado afirmou que a extinção do aforamento já estaria na lei, o que não parece exato. Alfredo de Sousa (PPD) concordou com a medida mas levantou dúvidas quanto à sua inclusão na Lei Fundamental. Romero de Magalhães (PS) afirmou que já teria havido extinção, mas que o aforamento fora “ressuscitado pelo Código Civil fascista”, o que, de todo, não é exato³⁶. Vital Moreira (PCP) referiu, sucessivamente, “formas de exploração pré-capitalista,”³⁷ “[...] foi precisa uma longa luta para que fosse extinto o regime do aforamento”³⁸ e “[...] eliminação final dos resquícios de figuras de forma de exploração feudal da terra”³⁹.

A proposta não foi logo aprovada mercê de dúvidas levantadas pelo PPD: estaria de acordo com a medida, mas considerava ser necessário distinguir as várias realidades regionais, com um regime de transição. A proposta baixou à Comissão, com um voto contra da UDP e sete abstenções do CDS. Voltou ao plenário no dia 20-nov.-1975, agora proposta por José Luís Nunes, Carlos Lage e Luís Filipe Macedo, pelo Grupo Parlamentar do PS⁴⁰. O PPD preconizou o troço “criadas condições [...]”, o que foi aceite, tendo Vital Moreira recordado estar em causa um “resquício de exploração senhorial ou feudal” e lamentando que a proibição saia enfraquecida, quanto à parceria agrícola⁴¹. A proposta foi

³⁴ Nota do Editor da Revista Ultracontinental de Litteratura Jurídica. Os partidos políticos (efetivos em 1975) referidos nas próximas linhas são, em ordem alfabética: Partido do Centro Democrático Social (CDS), Partido Comunista Português (PCP), Partido Popular Democrata (PPD), Partido Socialista (PS), União Democrática Popular (UDP).

³⁵ *Actas da Assembleia Constituinte* n.º 77, de 8-nov.-1975, 2585/I. Recorde-se que nos dias 12 e 13 de novembro desse ano, o Palácio de São Bento foi cercado por cerca de 100.000 trabalhadores da construção civil, tendo os Deputados ficado sequestrados durante 36 horas. A 14 de novembro, os Deputados do PS, PPD e CDS deslocaram-se para o Porto, tendo sido aventada a hipótese de a própria Constituinte se fixar nessa cidade.

³⁶ A expressão “fascista” deve ser imputada à colorida linguagem usada no PREC. (Nota do Editor da Revista Ultracontinental de Litteratura Jurídica: PREC é sigla para “Processo Revolucionário em Curso”, também conhecido como “Período Revolucionário em Curso”. Esse período ou processo se iniciou com a “Revolução dos Cravos” (25-4-1974) e somente teve fim com o término da Constituição da República Portuguesa, de 1976. No período, os partidos políticos dominantes quiseram implantar o socialismo em Portugal).

³⁷ *Actas da Assembleia Constituinte* n.º 77, de 8-nov.-1975, 2596/I.

³⁸ *Actas da Assembleia Constituinte* n.º 77, de 8-nov.-1975, 2596/I.

³⁹ *Actas da Assembleia Constituinte* n.º 77, de 8-nov.-1975, 2589/I.

⁴⁰ *Diário* cit., n.º 83, de 20-nov.-1975, 2764/II.

⁴¹ *Diário* cit., n.º 83, de 20-nov.-1975, 2766/II.

finalmente aprovada, apenas com a abstenção do CDS, que manteve dúvidas quanto à parceria agrícola.

Na Constituinte, não se levantou nenhuma voz quanto à defesa da enfiteuse e, designadamente:

- 1) não se recordou que não se tratava de uma criação medieval mas, antes, de uma fórmula romana destinada a distribuir a terra por pequenos agricultores e a promover o arroteamento de terrenos incultos;
- 2) não se sublinhou que, na Idade Média portuguesa, a enfiteuse foi usada para incentivar o crédito e os investimentos;
- 3) não se referiu a lição do Direito comparado, favorável à enfiteuse, ainda que, eventualmente, reformulada;
- 4) não se afirmou que a enfiteuse pode funcionar como um instrumento de gestão de terrenos públicos, com vantagens para os particulares e para o desenvolvimento.

Interessante foi a afirmação, logo na sessão de 8 de novembro de 1975, do Deputado António Campos (PS), de que a extinção do aforamento já estava a ser estudada⁴². A ser assim, esses estudos poderiam ser úteis para os subsequentes diplomas de extinção. Não são conhecidos.

V.2 A Extinção da Enfiteuse Rústica

Antecipando a entrada em vigor da Constituição, o legislador ordinário entendeu pôr cobro à enfiteuse. Assim surgiu o Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de março, cujo preâmbulo transmite, com clareza, a *ratio legis*. Diz ele:

Através da forma jurídica da enfiteuse têm continuado a impender sobre muitas dezenas de milhares de pequenos agricultores encargos e obrigações que correspondem a puras sequelas institucionais do modo de produção feudal. Com efeito, encontram-se ainda hoje extremamente generalizados os foros, podendo referir-se que só o Estado, segundo estimativas feitas pela Direcção-Geral da Fazenda Pública, é titular de domínios directos que atingem cerca de 400 000, ultrapassando o seu valor 1 milhão de contos. Uma política agrária orientada para o apoio e a libertação dos pequenos agricultores não pode deixar de integrar a liquidação radical de tais relações subsistentes no campo.

Perante este objetivo, o artigo 1.º do referido Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de março, determinou lapidarmente:

⁴² *Actas da Assembleia Constituinte* n.º 77, de 8-nov.-1975, 2586/I.

1. É abolida a enfiteuse a que se acham sujeitos os prédios rústicos, transferindo-se o domínio directo deles para o titular do domínio útil.
2. Nos contratos de subenfiteuse de pretérito a propriedade plena radica no subenfiteuta.
3. Serão officiosamente efectuadas as correspondentes operações de registo.

O artigo 2.º previa uma indemnização para os senhorios de (muito) pequenas posses, a pagar pelo Estado. O artigo 3.º fixava um processo sumário para a sua atribuição, devendo a decisão final ser remetida ao Ministério da Agricultura (4.º). A ação de indemnização deveria ser intentada até 31-dez.-1976. O artigo 6.º extinguiu os créditos de foros em dívida há mais de um ano e o artigo 7.º extinguiu a instância nas ações que visassem a remição de foros ou a restituição dos prédios.

As soluções do Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de março, seriam, hoje, de duvidosa constitucionalidade: elas traduzem, para o senhorio direto, um puro confisco (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, art. 96.º, anot. III, p. 1.063)⁴³. O Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de março, foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 546/76, de 10 de julho. Este diploma, pela nova redação ao n.º 3 do artigo 1.º daquele Decreto-Lei, veio estabelecer a gratuidade das operações de registo a que, officiosamente, a extinção da enfiteuse deu lugar. O novo diploma entrou em vigor na própria data da sua publicação: tal o alcance do seu artigo 2.º.

Mais significativas foram as alterações introduzidas no diploma pela Lei n.º 22/87, de 24 de junho. Com efeito, as situações de enfiteuse teoricamente atingidas pela extinção desse instituto eram muito diversas e nem sempre se encontravam registadas⁴⁴. Houve, deste modo, que prever regras mais complexas, suscetíveis de abarcar as várias ocorrências e, designadamente, a enfiteuse sem registo nem título e a sua aquisição por usucapião. O artigo 2.º da Lei n.º 22/87 veio alterar o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de março: de modo a permitir que a ação de indemnização a intentar pelos senhorios pudesse ser interposta no prazo de seis meses a contar do registo de extinção da enfiteuse. O artigo 3.º da mesma Lei n.º 22/87 veio introduzir, no diploma de 1976, um novo artigo 9.º, segundo o qual todos os atos judiciais, notariais e registais figurados no Decreto-Lei, ficam isentos de imposto de justiça, de selo, de encargos e de emolumentos. Ficaram ressalvados os casos de má-fé, a que se aplica o respetivo regime.

Finalmente, a Lei n.º 108/97, de 16 de setembro, veio alterar mais uma vez o artigo 1.º/5 do Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de março, dando-lhe a seguinte redação:

Considera-se que a enfiteuse se constituiu por usucapião se:

- a) Desde, pelo menos, 15 de março de 1946 até à extinção da enfiteuse o prédio rústico, ou a sua parcela, foi cultivado por quem não era proprietário

⁴³ No sentido da inconstitucionalidade: Gouveia (2013, p. 346), por violar o direito de propriedade (o que é exato) e o princípio da igualdade (o que é igualmente exato).

⁴⁴ Vide Gomes, 1976, p. 260-265, referindo, também, a temática da extinção da enfiteuse urbana.

com a obrigação para o cultivador de pagamento de uma prestação anual ao senhorio;

b) Tiverem sido feitas pelo cultivador ou seus antecessores no prédio ou sua parcela benfeitorias, mesmo que depois de 16 de março de 1976, de valor igual ou superior a, pelo menos, metade do valor do prédio ou da parcela, considerados no estado de incultos e sem atender a eventual aptidão para urbanização ou outros fins não agrícolas.

A mesma Lei n.º 108/97 aditou ao artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de março, um n.º 6, assim concebido:

Pode pedir o reconhecimento da constituição da enfiteuse por usucapião quem tenha sucedido ao cultivador inicial por morte ou por negócio entre vivos, mesmo que sem título, desde que as sucessões hajam sido acompanhadas das correspondentes transmissões da posse.

V.3 A Extinção da Enfiteuse Urbana

O Decreto-Lei n.º 233/76, de 2 de abril, também anterior à entrada em vigor da Constituição, veio proceder à extinção da enfiteuse relativa a prédios urbanos. A justificação foi um tanto paralela à da extinção da enfiteuse relativa a prédios rústicos, embora não tão incisivos. Passamos a reter, do preâmbulo do diploma, o seguinte troço:

A enfiteuse relativa a prédios urbanos é um instituto jurídico que não desempenha, nos tempos actuais, qualquer função social útil. Impõe-se, por isso, a sua extinção, não obstante, em grande número de casos, ser titular do domínio directo o próprio Estado, que, assim verá extinta uma sua fonte de rendimento.

O legislador desde logo assumiu, todavia, uma vertente indemnizatória. Prosseguiu, com efeito, o preâmbulo:

Ao decretar-se essa medida, não pode, todavia, deixar de assegurar-se o justo equilíbrio dos direitos e dos interesses de senhorios e de enfiteutas, não privando aqueles da indemnização a que a extinção coerciva de seu direito lhes dá jus e não sujeitando estes, forçada e inopinadamente, a encargos maiores que os que vinham suportando como foreiros.

Por isso se toma como base da indemnização devida ao titular de domínio directo o que seria o preço da remição do foro e se proporcionam ao enfiteuta formas suaves de pagamento dessa indemnização [...].

A extinção da enfiteuse era levada a cabo pelo artigo 1.º/1; o enfiteuta ficava com a propriedade plena do prédio (n.º 2), sendo a enfiteuse vedada para

o futuro (n.º 3). O senhorio adquiria um direito à indemnização equivalente ao preço da remição do foro (2.º/1). Tal indemnização poderia ser fracionada (2.º/2), devendo o correspondente direito ser exercido no prazo de três anos a contar da data da entrada em vigor do diploma (2.º/3). Na falta de acordo, o artigo 3.º previa e regulava, em termos expeditos, uma ação judicial de indemnização. Aspectos processuais constavam ainda do artigo 4.º. O registo predial (5.º) e as matrizes (6.º) seriam preteritamente atualizados: o primeiro a requerimento dos interessados; as segundas, oficiosamente. Por fim: o artigo 7.º previa a extinção da subenfiteuse, ficando o último subenfiteuta como proprietário pleno.

O Decreto-Lei n.º 233/76, de 2 de abril, foi, depois, objeto de alterações sucessivas. Particularmente visado foi o prazo de dois anos fixado para o exercício do direito à indemnização concedida ao senhorio. Surgiram, de facto, diversos obstáculos relativos à obtenção dos elementos necessários. Assim:

- 1) o Decreto-Lei n.º 82/78, de 2 de maio, veio alterar o artigo 2.º/3, alargando para três anos o prazo para o exercício do direito à indemnização;
- 2) o Decreto-Lei n.º 73-A/79, de 3 de abril, passou esse mesmo prazo para quatro anos;
- 3) o Decreto-Lei n.º 226/80, de 15 de julho, fê-lo de novo: para seis anos. Finalmente, o Decreto-Lei n.º 335/84, de 18 de outubro, veio alterar o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 233/76, de 2 de abril: no sentido de o registo predial ser atualizado oficiosa e gratuitamente, em consequência da aplicação do diploma.

V.4 Enquadramento Constitucional

Uma interpretação elementar do dispositivo constitucional, insito no artigo 101.º/2 original, mostra que:

- 1) a extinção era programática: “serão extintos”;
- 2) não havia, propriamente, uma proibição para o futuro: apenas um programa relativo às enfiteuses existentes;
- 3) remetia-se, para o legislador ordinário, os termos e as consequências da extinção;
- 4) a “extinção” visualizada deveria operar nos termos materiais e orgânicos que a própria e então recém-nascida Constituição fixava.

Esta interpretação é confirmada pelo debate havido na Assembleia Constituinte, dominado por uma certa moderação.

O programa constitucional foi, todavia, prejudicado pelo legislador ordinário preconstitucional: a 16 de março de 1976, o Decreto-Lei n.º 195-A/76, “aboliu” a enfiteuse rústica e, a 2 de abril de 1976, o Decreto-Lei n.º 233/76,

de 2 de abril, “extinguiu” a enfiteuse urbana. A Constituição da República foi aprovada a 2 de abril de 1976, para entrar em vigor no dia 25 de abril desse ano. Isso significa que o legislador ordinário decidiu ultrapassar a Constituinte, cujos textos já eram conhecidos, em termos de maior imediatismo e radicalismo. Por quê? Terá havido, provavelmente, algum jogo político-pessoal. Hoje, as memórias do sucedido estão perdidas: quanto sabemos.

A proibição constitucional do artigo 101.º/2, versão original da Constituição, foi reforçada pela Revisão constitucional de 1982. O artigo 83.º da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, substituiu, no artigo 101.º/2, a expressão “serão extintos os regimes” por “serão proibidos os regimes”. Já não era tarefa futura do legislador ordinário, passando a ser uma direta determinação constitucional. Esta radicalização terá sido ocasionada pelo facto de, em 1982, se ter dado como assente que a enfiteuse já desaparecera. Pretende-se, então, evitar o seu “renascimento”.

VI CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO

VI.1 As Causas

Meio século volvido, parece claro que a enfiteuse foi proibida sem que se conheçam causas consistentes. Não havia, no País, nenhuma questão social ou económica que exigisse tal medida. Nenhum programa conhecido, muito menos sufragado pelo eleitorado, preconizava a supressão desse instituto. A medida não repousou em estudos de campo: apenas se referem situações em que o Estado era titular do domínio direto. Quantos particulares foram afetados? Eram mais ricos do que os enfiteutas beneficiados? Ninguém sabia, ninguém sabe e ninguém saberá. O princípio da igualdade foi atingido.

De pé ficam as justificações constantes dos preâmbulos de extinção, que retomam algumas intervenções havidas na Assembleia Constituinte. Segundo o do Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de março,

[...] têm continuado a impender, sobre muitas dezenas de milhares de pequenos agricultores, encargos e obrigações que correspondem a puras sequelas institucionais do modo de produção feudal.

Por seu turno, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 233/76, de 2 de abril, explicava:

A enfiteuse relativa a prédios urbanos é um instituto jurídico que não desempenha, nos termos actuais, qualquer função social útil.

Ficam claros quatro pontos:

- 1) um preentendimento de tipo marxista, que explica o devir humano por meio da luta de classes e da sucessão de “modos de produção”;
- 2) a ideia – essa sim, feudal – de que o titular do domínio direto mais não faz do que explorar o senhorio útil;
- 3) a pretensão, de tipo liberal, de que, no aproveitamento de bens, para além da propriedade, só pode haver esquemas precários, como o do arrendamento;
- 4) a intenção de, mesmo antes de um governo constitucional e democrático estar em funções, apresentar medidas “progressistas” (no sentido que a locução apresentava, na época) de execução imediata.

Temos, ainda, uma originalidade sem precedentes: a de proibição constitucional da enfiteuse. Os constitucionalistas mais não fazem do que, a esse propósito, repetir os troços transcritos dos preâmbulos dos diplomas de extinção: a Constituição repudiou a consagração de regimes perpétuos de divisão da terra em dois domínios (MIRANDA; MEDEIROS, 2017b, p. 176)⁴⁵. No tocante ao futuro, a Constituição veio, neste ponto, restringir “[...] a faculdade de disposição da propriedade fundiária” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 1.063), defendendo ainda a dignidade humana (FONSECA, 2008, p. 654). O constituinte tinha algum receio de que o legislador ordinário, na falta de proibição, pudesse vir a instituir “modos de produção feudais”, com a recriação da enfiteuse? Não é creível.

As Constituições de todo o Mundo contêm normas fundamentais e normas circunstanciais. A Lei Básica de 1976 não é exceção. Na sua versão original, a Constituição proclamava, logo no preâmbulo, a decisão de “abrir o caminho para uma sociedade socialista”. Expressões similares surgiam por todo o texto; como exemplos “[...] transformação de uma sociedade sem classes” (1.º) e “[...] transformação de uma sociedade sem classes mediante a criação e condição para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras” (2.º). Esta principiologia, em voga no período do PREC, enxameava o texto constitucional. Quanto à organização económico-social, o artigo 80.º dispunha:

A organização económico-social da República Portuguesa assenta no desenvolvimento das relações de produção socialistas, mediante a apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e o exercício do poder democrático das classes trabalhadoras.

As nacionalizações eram conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras. A Constituição consagrava no título IV, da Parte II, relativa à organização económica, a reforma agrária. Designadamente:

⁴⁵ Historicamente, todavia, a enfiteuse não tem de ser perpétua: pode ter um prazo e pode haver remição.

- 1) ela era um dos instrumentos fundamentais para a construção da sociedade socialista (96.º);
- 2) os latifúndios deviam ser eliminados, transformando-se a posse útil da terra para aqueles que a trabalham (97.º/1);
- 3) o arrendamento seria regulado de modo a garantir a estabilidade e os legítimos interesses do cultivador (101.º/1).

Nesse seguimento, o artigo 101.º/2, 1.ª parte, dispunha: “serão extintos os regimes de aforamento e de colônia [...]”. Tal proibição seria uma “peça” da reforma agrária. Muitas pessoas, bem intencionadas, aderiram a estas ideias. Com o tempo, elas desvaneceram-se.

Na época, a Constituição tentou a síntese entre uma democracia ocidental pluripartidária e uma democracia popular estatizada. A linguagem usada era, na época, a comum. A carga ideológica foi diminuída pela revisão de 1982. O movimento prosseguiu com a revisão de 1989. Desapareceu a “apropriação colectiva” e o “modo de produção socialista”. A política agrícola abdicou de principiologias desse tipo (96.º). Foi matizada a “eliminação dos latifúndios” (97.º). Manteve-se a ideia de estabilizar o arrendamento rural (99.º/1). E nesse seguimento, proibiu-se (em vez de “apenas” se extinguir) o aforamento (99.º/2).

Objetivamente: tendo abandonado a linguagem mais vincadamente “socializante”, o constituinte de 1989, quiçá subconscientemente, optou por reforçar biblicamente a abolição da enfiteuse: instituto que (agora sim) na época, não tinha significado. E assim ficou até hoje, no que tomamos como mera circunstancialidade. Com efeito, saber se a enfiteuse pode, uma vez devidamente regulada, ser um bom instrumento de investimento e de proteção do cultivador direto, reforçando a dignidade humana, é temática que o legislador ordinário pode e deve estudar e concretizar.

VI.2 As Consequências

A extinção da enfiteuse teve três tipos de consequências nocivas:

- 1) introduziu um foco de litigiosidade;
- 2) desprotegeu pequenos agricultores que não lograram o seu reconhecimento como enfiteutas;
- 3) privou o País, por meras sequelas de ideologias datadas e que tiveram o seu tempo, de um instrumento que, devidamente atualizado, facultaria o desenvolvimento e a repartição dos “meios de produção”.

Vamos ver.

Os diplomas de extinção da enfiteuse, pela sua incompletude, obrigaram, nos anos subsequentes, a cerca de uma dezena de retoques legislativos, que se

prolongaram por mais de vinte anos. Numa área antes tranquila, houve mais de uma centena de Acórdãos dos Tribunais Superiores, sobre temas “enfiteúticos”, incluindo quase duas dezenas de decisões do Tribunal Constitucional. Uma boa medida legislativa deve, antes de tudo, preservar a paz social.

Curiosa e lamentavelmente, a extinção da enfiteuse teve um efeito colateral totalmente contrário às intenções dos diplomas de 1976 e do constituinte de 1976. Na sequência de forte pressão doutrinária, ela permitiu o despejo de pequenos seareiros e utilizadores diretos, alguns no local há mais de cem anos e que se viram impedidos de se prevalecer da enfiteuse, adquirida por usucapião⁴⁶. Hoje, não é crível que a Ciência do Direito soçobre no nominalismo (só é enfiteuse o que as partes assim o intitulem), no formalismo (não releva a materialidade social e económica), faça tábua rasa da evolução histórica do instituto e ignore, soberanamente, o Direito comparado.

O atual artigo 96.º/2 da Constituição impede o legislador ordinário de retomar a enfiteuse, mesmo que com uma feição atualista. Seguindo um exemplo que vem dos romanos, prosseguido ao longo dos séculos e retomado pelas mais recentes reformas do Direito das Coisas, a enfiteuse constituiria, nas mãos dos Parlamentos futuros, um possível instrumento de dinamização social e económica, na agricultura e na floresta. Transcendendo as (boas) intenções ideológicas, o verdadeiro dono da terra é o senhorio útil; o direto tem, apenas, uma retribuição do seu investimento inicial. Uma revisão constitucional desapassionada poderia retomar o tema, em moldes construtivos.

VI.3 Em Conclusão

Homenagear uma Constituição é, também, assegurar a sua perenidade. Esta pressupõe a capacidade de evoluir, enfrentando novos problemas com novas soluções e corrigindo alguns excessos circunstanciais. A enfiteuse é medieval? Também a propriedade o é. Recorde-se que a enfiteuse permitiu o aproveitamento do *ager publicus* por pequenos proprietários e serviu o arroteamento de boa parte do espaço agrícola do Ocidente. Hoje, ela pode retomar, atualizadamente, o seu papel de direito real *ad meliorandum*, muito mais apelativo do que o arrendamento. Pode ser transmitida, em vida ou por morte e apela a investimentos que nenhum arrendatário pode fazer.

O Direito é uma Ciência e os cientistas são humildes. Os ordenamentos de países como a Bélgica, a Espanha, a França e a Itália admitem a enfiteuse e asseguram a sua aplicação atualista. Os países lusófonos conservam-na e, em certos casos, incentivam-na, ainda que (por vezes) sob outras designações. Basta ver que, na sua maioria, conservam o dispositivo do Código Civil relativo ao aforamento. Ao fim de meio século de independência e tendo realizado reformas civis profundas, todos esses países tiveram oportunidades sobejas de repensar

⁴⁶ Vide Cordeiro (2008, p. 285-315), surpreendentemente objeto de crítica longa e acesa de Canotilho e Abreu (2011, p. 140, p. 206-239, p. 266-300 e p. 326-345). Apoiando, em geral, a orientação que defendemos: Marcos (2012, p. 1.391 ss.).

o tema e, sendo ele tão nocivo, de o abolir. Não o fizeram. Tudo isto é muito e não deve ser ignorado.

Finalmente e numa imensa ironia histórica: a proibição da enfiteuse jogou, por vezes, contra pequenos cultivadores diretos, despejados de terras que cultivavam há mais de cem anos, por se ter entendido (mal) que não podiam invocar a enfiteuse por ucusapião e, daí, passarem a proprietários plenos das glebas que ocupavam. Malhas que o império tece!

As bases para uma reconstrução atualista da enfiteuse são simples:

- 1) um domínio útil consistente e convidativo, capaz de suscitar investimentos que nenhum arrendamento promove: basta ver que tal domínio é transmissível em vida ou por morte e que ele pode ser onerado com hipotecas, permitindo a obtenção de fundos;
- 2) a adstrição do enfiteuta a melhorias contratualizadas: teríamos um direito real *ad meliorandum*;
- 3) a eventual aposição de prazos, que conduziriam o enfiteuta à propriedade plena, se assim fosse acordado;
- 4) a possibilidade de remição;
- 5) a consagração de uma “enfiteuse pública”: concedida pelo Estado a particulares, por concurso;
- 6) a construção de uma “enfiteuse florestal”, com o especial dever de plantar e de proteger as plantações contra incêndios.

Os Parlamentos do nosso século poderiam, revista a Constituição, aprofundar estes e outros pontos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Alberto de Deus Baptista. **A enfiteuse no direito português**. [S. l.: S. n.], 1947.

ALBANESE, Antonio. I miglioramenti nel codice civile. In: **Contratto e Impresa**, Padova, Ed. CEDAM, anno 2003, v. 19, fascicolo 2, p. 910-939, 2003.

ATIAS, Christian. **Droit civil**: les biens. 4. ed. Paris: LexisNexis, 1999.

BERGEL, Jean-Louis. Servitudes et autres droits réels spéciaux. In: BERGEL, Jean-Louis; BRUSCHI, Jean-Marc; CIMAMONTI, Sylvie. **Traité de droit civil**: les biens. Paris: LGDJ, 2000. p. 85-93.

BERGEL, Jean-Louis; BRUSCHI, Jean-Marc; CIMAMONTI, Sylvie. **Traité de droit civil**: les biens. Paris: LGDJ, 2000.

- BERGMANN, Andreas. Animus locandi emittere: die aufgabe des vermietungswillens. In: **Archiv für die Civilistische Praxis**, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck GmbH, v. 223, Issue 6, p. 831-882, 2023.
- CARIOTA-FERRARA, Luigi. **L'enfiteusi**. Torino: Torinese, 1952.
- CASCIO, Salvatore Orlando. **Enfiteusi** (diritto privato). In: Enciclopedia del diritto, v. XIV. Milano: Giuffrè, 1965. p. 920-956.
- BENTRAL, Francisca Nassoma Kumandala. A transferência de imóveis para o domínio privado do estado após independência de Angola. 219 folhas. Dissertação (Mestrado em Prática Jurídica, na Área de Especialização em Direito Civil)– Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2019.
- BONFANTE, Pietro. **Corso di diritto romano: diritti reali**. v. III. Roma: Il Foro Italiano, 1933. (reimp., 1972).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; ABREU, Abílio Vassalo. Enfiteuse sem extinção: a propósito da dilatação legal do âmbito normativo do instituto enfiteutico. In: **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra, Ed. Geslegal, ano 140.º, n.º 3.969, p. 326 e ss., julho-agosto 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.
- CASTILHO, Leonor Virgínia Gouveia Saraiva de. **Da enfiteuse**. [S. l.: S. n.], 1947.
- CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. **Commentario breve al codice civile**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1992.
- CODE Rural et de la Pêche Maritime, Code Forestier. 41. ed. Paris: Dalloz, 2021.
- COELHO, Herculano Seabra Mariz. **Algumas notas sobre a evolução e a função social do instituto da enfiteuse**. [S. l.: S. n.], 1949.
- COING, Helmut. **Europäisches privatrecht 1500 bis 1800: älteres gemeines recht**. v. I. München: Beck, 1985.
- COMFORT, Howard. Emphyteusis among the papyri. In: **Aegyptus**, Milão, Ed. Vita e Pensiero / Università Cattolica del Sacro Coure, v. 17, p. 3-24, 1937.
- CORDEIRO, António Menezes. **A posse: perspectivas dogmáticas actuais**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CORDEIRO, António Menezes. Da enfiteuse: extinção e sobrevivência. In: **O Direito**, Lisboa, ano 140.º, n. 2, p. 285-315, 2008.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direitos reais**. v. XIII. Coimbra: Almedina, 2021.

- COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. **Origem da enfiteuse no direito português**. Coimbra: Coimbra Ed., 1957.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Raízes do censo consignativo**: para a história do crédito medieval português. Coimbra: Atlântida, 1961.
- DERNBURG, Heinrich; BIERMANN, Johannes. **Pandekten**. v. I. Heidelberg: Müller, 1902.
- DIAMVUTU, Lino. **Enfiteuse**: domínio útil consuetudinário e domínio útil civil na lei das terras. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civis)– Universidade Agostinho Neto, Faculdade de Direito, Luanda, 2014.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**: derechos reales. v. VI. Madrid: Civitas, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das coisas. v. 4. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- DROSS, William. **Droit des biens**. 4. ed. Paris: LGDJ, 2019.
- DUARTE, Teófilo de Castro. **Da enfiteuse**. [S. l.: S. n.], 1950.
- FACULDADE de Direito de Bissau; Centro de Estudos e Apoio às Reformas Legislativas. **Guiné-Bissau, Código Civil e legislação complementar**. Lisboa: Faculdade de Direito de Bissau, Centro de Estudos e Apoio às Reformas Legislativas, 2006.
- FAVARA, Ettore. Enfiteusi. In: **Novissimo digesto italiano**. v. VI. Torino: Torinese, 1960. p. 538-553.
- FERNANDES, Francisco Liberal. O direito de propriedade em Angola: aspetos gerais da lei das terras. In: **Boletim de Ciências Económicas**, Porto, Ed. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, v. 57, n. 2, p. 1.463-1.478, 2019.
- FERRACCI, Alexandre. **Les combinaisons de droits réels/Indivision et démembrements en matière immobilière**. Paris: Defrénois, 2020.
- FERREIRA, José Dias. **Código civil portuguez anotado**. v. IV. Coimbra: Impr. da Universidade, 1875.
- FONSECA, Rui Guerra da. In: OTERO, Paulo (Coord.). **Comentário à constituição portuguesa**: organização económica, artigos 80º a 107º. v. II. Coimbra: Almedinha, 2008.
- FRANKEN, H. Für die ordentliche ersitzung der emphyteusis und superficies. In: **Archiv für die Civilistische Praxit**, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck GmbH, v. 44, Bd. H. 1, p. 116-145, 1861.

FREIRE, Pascoal José de Mello. **Instituições de direito civil português: do direito enfiteutico: título XI.** Tradução de Miguel Pinto de Meneses. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, v. 166, 1967.

GOMES, Rocheta. A extinção da enfiteuse e o registo predial. In: CARNEIRO, José Gualberto de Sá (Dir.). **Revista dos Tribunais**, Porto, n. 94, 1976.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao código civil português.** v. IX. Coimbra: Casa França & Arménio, 1934.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. A abolição da enfiteuse de prédios rústicos à luz da Constituição Portuguesa de 1976. In: GUEDES, Armando Marques et al (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas.** v. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. p. 327-376.

GRANJO, Manuel Augusto. **Ensaio jurídico-sociais: da emphyteuse.** v. I. [S. l.: S. n.], 1897.

HIRATA, Alessandro; SILVEIRA, Laudevino Bento dos Santos Neto da. A origem grega do direito de enfiteuse. In: **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife (PE), Ed. Centro de Investigação em Perspectivas de Historicidade do Direito no Estado – CIHJur, ano v. 12, n. 28, p. 557-579, set./dez. 2020.

JOHNSTON, William R. Emphyteusis: a roman “perpetual” tenure. In: **University Toronto Law Journal**, Totonto, Ed. University of Toronto Press, v. 3, n. 2, p. 323-347, 1940.

JUSTINIANO. **Corpus iuris civilis I: institutionen.** BEHREND, Okko; KNÜTEL, Rolf; KUPISCH, Berthold (Dir.). Heidelberg: Müller, 1997.

KASER, Max. **Das römische privatrecht: die nachklassischen entwicklungen.** Zweiter Abschnitt (v. II). 2. ed. München: Beck, 1975.

KUHLENBECK, Ludwig. **Von den pandekten zum bürgerlichen gesezbuch: eine dogmatische einföhrung in das studium des bürgerlichen rechts.** v. II. Berlin: Heymann, 1899.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. A enfiteuse e o seu vasto alcance social. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 1, n. 2, p. 43-49, abr./jun., 2000.

LIMA, Francisco Andrade Pires de. Enfiteuse: anteprojecto de um título do futuro código civil. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, v. 66, p. 5-41, 1957.

LIMA, Francisco Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. **Código civil anotado.** v. III. 2. ed. Coimbra: Almedinha, 1984.

LIMA, Mário Jorge Philocréon de Castro; INSALI, Victor. História da codificação do direito civil em Guiné-Bissau. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação**

em Direito da UFBA, Salvador, Ed. Universidade Federal da Bahia, v. 29, n. 1, p. 144-163, 2019.

LOURENÇO, António Cabral Ferreira. **Da natureza jurídica da enfiteuse**. [S. l.: S. n.], 1947.

MACAU. Código Civil. 1999.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. **Droit des biens**. 8. ed. Paris: Dalloz, 2019.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A historicidade restaurativa e a enfiteuse rediviva. In: GONÇALVES, Luís Couto (Coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 1.385-1.393.

MASSAGER, Nathalie. **Droit civil**: droit familial et droit patrimonial de la famille, droit des biens et droits reels. v. I. Bruxelles: Anthemis, 2020.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (Coord.). **Constituição portuguesa anotada**: preâmbulo, princípios fundamentais, direitos e deveres fundamentais, artigos 1.º a 79.º. v. I. 2. ed. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2017a.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (Coord.). **Constituição portuguesa anotada**: organização económica, organização do poder político, artigos 80.º a 201.º. v. II. 2. ed. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2017b.

MERÊA, Manuel Paulo. **Código civil brasileiro anotado**. Porto: Serqueira, 1917.

ORDENAÇÕES Filipinas. Livro IV. Títulos XXVI e XXVII. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [S. d.].

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Enfiteuse: sua história: sua dogmática: suas vicissitudes. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, Ed. Imprensa Universitária da UFMG, v. n. 7, p. 26-44, 1967.

PÉRINET-MARQUET, Hugues. **Propositions de L'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens**. Paris: LGDJ, 2009.

PINTO, Rui. **Direitos reais de Moçambique**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**: conforme au programme officiel des Facultés de Droit. v. I. 3. ed. Paris: Librairie Cotillon, 1904.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. v. XVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1957.

PUCHTA, Georg Friedrich. **Pandekten**. 7. ed. post. por Adolf Friedrich August Rudorff (Ed.). Leipzig: J. A. Barth, 1853.

- RANIERI, Francesco. In: FRANZONI, Massimo; ROLLI, Rita. **Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza**. v. I. Torino: Giappichelli, 2018.
- REBOUL-MAUPIN, Nadège. **Droit des biens**. 8. ed. Paris: Dalloz, 2020.
- RESCIGNO, Pietro (a cura di). **Codice civile**. v. 1. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- ROCHA, M. A. Coelho da. **Instituições de direito civil português: para uso dos seus discípulos**. 4. ed. Coimbra: J. Augusto Orcel, 1857.
- SALDANHA, João Carlos Carmossa de. **Breves apontamentos sobre as causas jurídicas da decadência da enfitéuse**. [S. l.: S. n.], 1950.
- SANTOS, Maria Emília Viegas dos. **A enfitéuse no direito português**. [S. l.: S. n.], 1949.
- SANZOT, Emmanuel. **Les droits réels démembés: aspects civils, fiscaux, comptables et financiers**. Bruxelles: Larcier, 2008.
- SERRA, Adriano Vaz. A revisão geral do código civil: alguns factos e comentários. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, v. 2, p. 24-76, 1947.
- SIMONCELLI, Domenico. Dell'enfitéusi. In: D'AMELIO, Mariano; FINZI, Enrico; AZARA, Antonio. **Codice civile: comentário**. v. III. Firenze: Barbèra, 1942.
- SOARES, António; CRISPIM, Júlio; FERNANDES, Francisco Liberal; ALVES, Tomás. **Lições de direitos reais: Timor-Leste**. 2. ed. Porto: Ed. Univeidade do Porto, 2022.
- SOLÉ RESINA, Judith (Ed.). **Codi Civil de Catalunya i lleis complementàries: inclou el Codi de Consum**. 14. ed. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2020.
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo. **Enfitéusis: negocio de fomento**. Ourense: Universidade de Vigo, 2009.
- TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de direito civil português**. v. 3. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1848.
- TERRÉ, François; SIMLER, Philippe. **Droit civil: les biens**. 10. ed. Paris: Dalloz, 2018.
- THIBAUT, Anton Friedrich Justus. **System des pandekten-rechts**. v. II. 5. ed. Jena: F. Mauke, 1818.
- VACCARI, Pietro. Enfitéusi (storia). In: **Enciclopedia del diritto**. v. XIV. Milano: Giuffrè, 1965. p. 915-920.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. v. 5. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

- VENTURA, Raúl. **História do direito romano**: direito das coisas. v. II. Lisboa: Coimbra Ed. 1968.
- VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais de Angola**. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.
- VITUCCI, Paolo. Enfiteusi. In: SACCO, Rodolfo (Ed.). **Digesto delle discipline privatistiche**: sezione civile. v. VII. Milano: UTET, 1991. p. 462-468.
- VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles. **Droit civil**. v. 1. 40. ed. Paris: LGDJ, 2020.
- VON BAR, Christian. **Gemeineuropäisches sachenrecht**. v. I. München: Beck, 2015.
- VON DANKWARDT, H. Das precarium und die emphyteuse. In: **Jahrbücher für dogmatik**. v. XIV. [s. n. t.]: 1873. p. 284-340.
- VON GLÜCK, Christian Friederich. **Pandecten nach hellfeld**: ein kommentar. v. VIII. Erlangen: Palm & Enke, 1807.
- WENDT, Otto. **Lehrbuch der pandekten**. Jena: G. Fischer, 1888.
- WINDSCHEID, Bernhard Joseph Hubert; KIPP, Theodor. **Lehrbuch des pandektenrechts**. v. 1. 9. ed. Frankfurt am Main: Rütten & Leoning, 1906.
- XIMENES, Cláudio. **Código civil**: aprovado pela Lei 10/2011, de 14 de setembro. Díli: Ed. Tribunal de Recurso, 2012.
- ZENÃO, Flávio. **Constituição do Império Romano**. Constantinopla, 480. In: KRÜGER, Paul (Ed.). 1895.
- ZOLEA, Sirio. L'enfiteusi dal mondo rurale alle politiche abitative urbana: note comparatistiche sulle esperienze francesi e italiane. In: **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli, Ed. CEDEJ, v. 37, n. 3, p. 369-414, 2019.

Submissão em: 26 de julho de 2024

Último Parecer favorável em: 29 de novembro de 2024

Como citar este artigo científico

CORDEIRO, António Menezes. A proibição constitucional da enfiteuse: um ponto a rever. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 3, p. 14-51, set.-dez. 2024.

LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LA POBLACIÓN BAJO LIBERTAD CONDICIONAL: UN MODELO PROMOTOR DE LA PAZ

DANIEL GARCÍA RAMÍREZ¹

RESUMEN

Este artículo presenta los hallazgos de una investigación doctoral que comparó los sistemas de libertad condicional de Japón y Costa Rica, países seleccionados por sus esfuerzos para promover la paz internacionalmente. Como resultado principal, se desarrolló un modelo de libertad condicional promotor de la paz, diseñado para maximizar oportunidades y estrechar la relación entre las instituciones penitenciarias y la comunidad. Este modelo, basado en criterios funcionales, empíricos y reintegrativos, busca garantizar un abordaje más efectivo de la atención penitenciaria en la comunidad, promoviendo políticas penitenciarias respetuosas de los derechos humanos y fomentando una mayor interacción con recursos sociales.

Palabras-claves. *Libertad Condicional – Derecho Comparado – Derecho Penitenciario – Criminología – Pena*

ABSTRACT

This article presents the findings of a doctoral dissertation that compared the parole systems of Japan and Costa Rica, countries selected for their efforts to promote peace internationally. As the main outcome, the research led to the development of a peacemaking parole model designed to maximize opportunities and strengthen the relationship between penitentiary institutions and the community. This model, based on functional, empirical and reintegrative criteria, aims to ensure a more effective approach to penitentiary treatment in the community, promoting penitentiary policies respectful of human rights and fostering greater interaction with social assets.

¹ Doctorado en el programa de Política y Derecho de la Universidad de Hiroshima, Japón. Maestría en Derecho, Universidad de Ehime, Japón. Licenciatura con especialidad en Derecho Penal, Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Licenciatura en Criminología, Universidad Libre de Costa Rica. *E-mail:* dgsrs14@gmail.com

Keywords. Parole – Comparative Law – Penitentiary Law – Criminology – Criminal Punishment

1 INTRODUCCIÓN

Durante el 14.º Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito, se destacó la creciente preocupación por el aumento de la población privada de libertad a nivel global, atribuyendo este incremento a políticas represivas para combatir la delincuencia. Se señaló que el encarcelamiento por sí solo es insuficiente para prevenir el delito o la reincidencia y que, de hecho, su uso indiscriminado tiene efectos adversos sobre la población penal (UNAFEI, 2021, p. 7-8). Esta es una población que enfrenta desafíos sociales, económicos y personales, por lo que la deterioración de los espacios carcelarios incide negativamente en la efectividad del tratamiento penitenciario. En este contexto, especialistas internacionales valoraron las Reglas de Tokio como directrices adecuadas para desarrollar prácticas penitenciarias que aborden los desafíos de la población penal y contribuyan a prevenir la reincidencia delictiva en un contexto comunitario (UNAFEI, 2021, p. 9-11).

Las Reglas de Tokio instan a desarrollar alternativas al encarcelamiento para asistir en la reinserción social de la población penal mediante la supervisión y atención en la comunidad (UNAFEI, 2021, p. 19). Sin embargo, aunque son un valioso instrumento de referencia, las Reglas de Tokio no conforman propiamente un modelo comprensivo de práctica penitenciaria. En el estado actual de las cosas, existe la necesidad de examinar cómo son adaptadas las pautas generales en las Reglas de Tokio para fortalecer los sistemas de libertad condicional desde una perspectiva internacional. Además, es ahora necesario considerar la experiencia de naciones fuera del continente europeo y norteamericano para revelar los alcances de las propuestas internacionales en materia penitenciaria.

Este artículo introduce los resultados de una investigación que buscó resolver las necesidades anteriores, mediante una examinación comparativa que culminó con la formulación de un nuevo modelo de libertad condicional. Este modelo expande los contenidos de las Reglas de Tokio, basado en el análisis comparativo entre los sistemas de libertad condicional de Japón y Costa Rica, e inspirado en los principios de la *peacemaking criminology*.

1.1 Aspectos Generales de la Investigación

En el transcurso de la investigación no se encontraron estudios comparativos previos que pudiesen servir de referencia. En su lugar, se tomó información dispersa de varias fuentes sobre temas relacionados con la atención de la población penal en la comunidad y de estudios empíricos sobre el tratamiento en comunidad para fundamentar un nuevo modelo de libertad condicional.

Como resultado principal, la investigación aquí descrita combinó el marco *reintegrativo* con estándares internacionales para crear un modelo de libertad condicional promotor de la paz. Este modelo se inspira en las propuestas de la *peacemaking criminology* y busca proveer un marco de referencia para fundamentar de forma empírica y práctica modelos promotores de la paz en la ejecución de la pena.

Las ideas que sustentan a la *peacemaking criminology* se remontan al siglo XIX con la introducción de la libertad condicional en el sistema de justicia penal estadounidense. Los defensores de la libertad condicional en ese momento apoyaban enfoques humanitarios y compasivos en el sistema de justicia penal. John Augustus, uno de los principales contribuyentes de la promoción de la paz, afirmaba que “el objetivo de la ley es reformar a los criminales y prevenir el crimen, no castigar maliciosamente ni por espíritu de venganza.” (AUGUSTUS, 1972; citado en GESUALDI, 2014, p. 61).

La criminología con enfoque promotor de la paz considera las respuestas socialmente positivas al crimen como un imperativo moral (GESUALDI, 2014, p. 61). Sin embargo, en la práctica, las sanciones penales contribuyen poco a mejorar la situación de la víctima o prevenir la reincidencia; simplemente satisfacen las “pretensiones punitivas” del estado (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2007, p. 18). En lugar de satisfacciones punitivas, los proponentes de la promoción de la paz han indicado que “la justicia se sirve mejor cuando las víctimas, los delincuentes y las comunidades reciben una atención equitativa en el proceso de justicia penal”, y que la compensación, la restitución o reparación propician una resolución más efectiva del conflicto social que la encarcelación (VAN NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks, 1997; citados en GESUALDI, 2014, p. 10).

Por lo tanto, desde el punto de vista promotor de la paz, es necesario buscar sistemas de libertad condicional que apliquen políticas orientadas hacia una visión comprehensiva de la atención penitenciaria en la comunidad. Desde esta perspectiva, se determinó que las leyes de libertad condicional de Japón y Costa Rica poseen características relevantes para sustentar un nuevo modelo. Esta elección fue resultado de una valoración de factores legales y técnicos por sobre una evaluación de datos empíricos sobre la reincidencia. En ambos países, la presencia de leyes que fomentan el uso de medidas de apoyo (en inglés, *welfare*) y el abordaje técnico como principales herramientas para el tratamiento en la comunidad es notable dentro de sus respectivas regiones, por lo que se consideró que serían ejemplos viables para la formación de un nuevo modelo de libertad condicional. Tomando en consideración las diferencias en desarrollo socioeconómico y en el ambiente criminal, se estimó que una comparación entre este tipo de países no solo podría revelar puntos en común, sino también revelar las limitaciones ambientales que podrían afectar la introducción y aplicación de un nuevo modelo de libertad condicional.

1.2 Las Reglas de Tokio como Fundación para un Nuevo Modelo

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, conocidas como las Reglas de Tokio, son directrices

internacionales que desde 1993 han sido fundamentales para promover el uso de medidas alternas al encarcelamiento y la atención en la comunidad. Inspiradas en las experiencias de naciones de Asia Oriental, estas reglas han influido en la implementación de prácticas respetuosas de los derechos humanos en diversos contextos legales durante más de tres décadas.

El estudio destacó las Reglas de Tokio como directrices esenciales para estructurar un nuevo modelo de libertad condicional por tres razones clave: en primer lugar, buscan reducir la reincidencia mediante políticas de bienestar; en segundo lugar, fomentan la participación comunitaria en el sistema penal; y, en tercer lugar, promueven la protección de los derechos humanos. Este razonamiento fue clave para el desarrollo de la investigación doctoral, ya que son aspectos que han sido estudiados a profundidad y están respaldadas por evidencia empírica obtenida de estudios comparativos a nivel internacional, los cuales han demostrado que las medidas puramente retributivas son menos efectivas para reducir la reincidencia (FULHAM, 2019, p. 4).

Las Reglas de Tokio están diseñadas para minimizar las consecuencias negativas de la prisión, reconociendo que el encarcelamiento puede romper los lazos comunitarios y obstaculizar la reinserción. Por tanto, abogan por la promoción del sentido de responsabilidad del delincuente, así como por la importancia de los vínculos comunitarios y la diversidad de enfoques para mejorar el entorno de la población penal (UNITED NATIONS, 1993, p. 2)².

No obstante, a pesar de los avances logrados por las Reglas de Tokio, aún no se ha logrado traducir sus recomendaciones en políticas concretas aplicables en entornos políticos distintos a los del este asiático (GARCÍA RAMÍREZ, 2024, p. 11). Por lo tanto, la investigación doctoral consideró necesario desarrollar un modelo que sintetizara las condiciones establecidas en las Reglas de Tokio en políticas alcanzables, contribuyendo al desarrollo de políticas penitenciarias respetuosas de los derechos humanos mediante la promoción activa de la paz y la protección social.

1.3 Principios de Propuesta para la Paz

La delincuencia tiene un alto costo para la sociedad en términos de prevención y control. Las leyes penales que carecen de profundidad o flexibilidad a menudo alejan a las instituciones de justicia penal de la sociedad (WEBER, 1993, p. 109-119; RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2017, p. 159), aumentan los costos y contribuyen al hacinamiento en las cárceles, así como a altas tasas de reincidencia y victimización (FULHAM, 2019, p. 3). Por otro lado, un sistema de justicia penal basado en los principios de la *peacemaking criminology* busca involucrar a múltiples actores en la acción penitenciaria (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2007, p. 229). Esta forma de justicia colaborativa puede contribuir a la construcción de espacios de interacción entre la administración penitenciaria, comunidades, víctimas, infractores y organizaciones de bien social (SULLIVAN; TIFFT, 1998, p. 4-34).

² Principalmente, las reglas 1.1, 1.2, 1.3, 17.1, 19.1, 19.2 y 19.3.

Concretamente, un modelo de libertad condicional promotor de la paz se opone a las doctrinas que perciben a la población penal como *enemigos* y adoptan un razonamiento normativo que limita el reconocimiento de la personalidad jurídica al seguimiento de normas (GARCÍA AMADO, 2006, p. 103). Desde una perspectiva promotora de la paz, la designación de un sector de la población como enemigos y la aplicación de medidas estigmatizadoras o represivas solo sirve para ampliar el control estatal sin mejorar necesariamente las condiciones sociales que justifican la intervención penal (WEBER, 1993, p. 116-117).

En resumen, para los proponentes de la *peacemaking* criminology el encarcelamiento por sí solo no aborda eficazmente la situación de la víctima ni previene la reincidencia (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2007, p. 222). En contraposición, la promoción de la paz busca respuestas socialmente positivas que logren reducir el conflicto social y el daño asociado a la criminalidad (GESUALDI, 2014, p. 7). En otras palabras, la perspectiva promotora de la paz considera la creación de bienestar como condición para alcanzar la justicia (SULLIVAN; TIFFT, 1998, p. 4-34).

Basado en los anteriores principios, la investigación doctoral propuso examinar las capacidades de las leyes de libertad condicional y desarrollar un nuevo modelo de libertad condicional mediante la observación de medidas o prácticas que promovieran la paz positiva y la reintegración. Este abordaje es relevante para formular políticas sociales constructivas y comprensivas, impulsando así el impacto de la atención penitenciaria más allá del limitado alcance de las instituciones punitivas.

1.4 Principios Técnicos en un Modelo Promotor de la Paz

El tratamiento de la delincuencia demanda estrategias integrales entre las instituciones de justicia penal, comunidades y organizaciones civiles. Para la investigación aquí presentada, la reintegración y los enfoques orientados al apoyo a la población penal contribuyen a crear políticas holísticas que protejan tanto a los individuos infractores como a las comunidades.

La reintegración se diferencia del reingreso y conceptos similares, los cuales se centran en la etapa de transición posterior al cumplimiento de una condena penal (HAMIN; ABU HASSAN, 2012, p. 326). Desde la perspectiva de la *peacemaking criminology*, la reintegración reconoce a los participantes en el proceso penitenciario como individuos complejos que pueden beneficiarse de diversas formas de mediación y atención para resolver conflictos sociales durante la ejecución de la pena (WEBER, 1993, p. 115). Esta visión enfatiza actividades de rehabilitación, programas educativos, intervenciones de voluntarios, formación laboral, desarrollo comunitario, programas restaurativos y otras formas de intervención para prevenir la reincidencia en la población penal (UNODC, 2013, p. 18-19).

La reintegración se basa en filosofías de justicia penal que abogan por políticas penales y sociales para reducir la criminalidad y la reincidencia. Sus raíces

se encuentran en teorías legales del siglo XIX que favorecían el uso de políticas sociales como métodos efectivos para prevenir la delincuencia en contraposición a enfoques puramente retributivos (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2017, p. 140-141). Además, la reintegración ha encontrado respaldo en investigaciones empíricas del siglo XX, que revelaron los efectos contraproducentes de condenas largas y encierros innecesarios en la población penal (BRAITHWAITE, 2006, p. 178).

La reintegración fomenta la creación de relaciones con activos prosociales, como organizaciones comunitarias y educativas, necesarias para una vida fuera del delito (UNODC, 2013, p. 19). Los programas de reintegración incluyen estrategias de comunicación y sólidos componentes de evaluación para incentivar la participación comunitaria y comprender el funcionamiento de la vigilancia en la comunidad (BRAITHWAITE, 2006, p. 178).

En el caso de la libertad condicional, el rol de apoyo atribuido a esta medida se alinea con los principios de reintegración. Este alineamiento ocurre gracias al uso de recursos externos, los cuales tradicionalmente han fomentado la interacción de la población penal con una variedad de supervisores e instituciones comunitarias, médicas, educativas, laborales y familiares (HAMIN; ABU HASSAN, 2012, p. 328-329). Más recientemente, y particularmente en países donde se ha fortalecido el rol de apoyo de las medidas de supervisión en la comunidad, estudios empíricos y multidisciplinarios han respaldado la eficacia de la atención individualizada y la intervención comunitaria como mecanismos para prevenir la reincidencia, especialmente cuando se combinan con políticas de bienestar que otorguen oportunidades de vivienda y empleo (GARCÍA RAMÍREZ, 2024, p. 56-57). Según estos estudios, la evidencia sugiere que los modelos de atención en la comunidad donde se combinen programas de supervisión con programas de apoyo tienen el mayor potencial de disminuir la reincidencia, especialmente cuando se cuenta con recursos comunitarios que se involucren de forma activa en el tratamiento de la población penal (UNODC, 2013, p. 28-30)³.

2 METODOLOGÍA

A partir de una examinación de leyes nacionales e internacionales, así como de un estudio doctrinario, la investigación extrajo los criterios necesarios para comparar leyes de libertad condicional y formular un nuevo modelo. Se examinó las Reglas de Tokio para extraer cuatro criterios necesarios para comparar las leyes de libertad de Japón y Costa Rica. Posteriormente, se comparó esas leyes y se destacaron las capacidades de cada una para promover prácticas de corte *reintegrativo*. Por último, se utilizaron los resultados anteriores para desarrollar un nuevo modelo de libertad condicional.

³ Investigaciones muestran resultados contraproducentes en los programas de tratamiento comunitario que dependen exclusivamente de los agentes de libertad condicional sin incorporar a terceros o sin asimilar el programa rehabilitador al funcionamiento correccional general (HAMIN; ABU HASSAN, 2012, p. 329-330).

2.1 Abordaje Funcionalista para la Examinación de Sistemas de Libertad Condicional

Esta investigación aboga por un enfoque funcional limitado para identificar áreas operativas clave en las leyes de libertad condicional. Utilizando este enfoque, fue posible extraer cuatro criterios básicos de las leyes de libertad condicional con carácter *reintegrativo* y, a partir de ellos, comparar las leyes japonesas y costarricenses.

El enfoque funcional observa la relación entre los mecanismos y fines establecidos por la ley. En el área penitenciaria, se ha enfocado tradicionalmente en el estudio de la función social de la pena (PIFFERI, 2016). Recientemente, el abordaje funcionalista se ha concentrado en las consecuencias materiales, deseadas o no deseadas, de los mecanismos establecidos por la ley (GARLAND, 2018, p. 8-33). Sin embargo, para esta investigación la función se define como los diseños y disposiciones necesarios para hacer posible un resultado instrumental. Por ejemplo, según este abordaje, la función de un arma de fuego es hacer posible la acción de disparar un proyectil. Se puede atribuir al uso del arma un fin deseado por un agente, pero su función será siempre la misma indistintamente de quien la accione o con qué fin se accione.

Usando el razonamiento anterior, la función de instituciones como la cárcel se encuentra en el conjunto de normas que entrelazan a la persona privada de libertad con la institución penal y hacen posible la vida en prisión. De igual forma, la función de la libertad condicional se encuentra en el conjunto de normas que hacen posible la supervisión en un entorno volátil. Estas son funciones presentes en los sistemas de justicia penal a nivel internacional que, aun si existen diferencias significativas en el empleo de mecanismos o prácticas legales, permiten comparar ordenamientos jurídicos que a primera vista no parezcan tener puntos en común.

Al observar normas como las Reglas de Tokio desde una perspectiva funcional, se pudo demarcar áreas funcionales que posibilitan la operación de los sistemas de libertad condicional. Estas áreas funcionales contribuyeron a la identificación de los mecanismos y prácticas de corte reintegrador en la ejecución de la pena, así como servir como guías para comparar las leyes de Japón y Costa Rica.

2.2 Consideraciones Económicas para la Valoración de las Leyes de Libertad Condicional

La investigación utilizó el concepto de economía (en inglés, *parsimony*) para examinar el equilibrio entre la restricción de derechos y el acceso a oportunidades en las leyes japonesas y costarricenses. En este contexto, las consideraciones económicas apuntan a minimizar el número de acciones o etapas necesarias para proteger los derechos humanos, y maximizar el número de escalas para aplicar restricciones.

El principio de economía busca la sanción menos restrictiva basada en preceptos morales de utilidad y humanidad (ATKINSON; TRAVIS, 2021, p. 2-46). A diferencia del principio de proporcionalidad, que solo establece rangos de castigo como medida de la necesidad del castigo en sí (BRAITHWAITE, 2014, p. 432-456), el principio de economía expresa la creencia normativa de que infligir dolor o penurias a otro ser humano debe hacerse lo menos posible (ATKINSON; TRAVIS, 2021, p. 11).

Este principio sirvió de guía al momento de evaluar prácticas específicas dentro de las leyes estudiadas, observando aspectos críticos para la promoción de la paz como la presencia de órganos independientes que periódicamente evalúen la necesidad de continuar con la medida de encarcelamiento y la presencia de distintas vías para reducir el nivel de represión administrativa (ATKINSON; TRAVIS, 2021, p. 11-12).

2.3 Criterios para Comparar Leyes de Libertad Condicional

De las Reglas de Tokio se extrajeron cuatro criterios básicos para comparar las leyes de Japón y Costa Rica. Igualmente, los criterios extraídos sirvieron para estructurar el nuevo modelo de libertad condicional promotor de la paz. Estos criterios se dividen en Desarrollo Normativo, Intervención Disciplinaria, Mecanismos de Supervisión y Control, y Participación Comunitaria.

Tabla 1. Criterios comparativos.

Criterio	Contenido
Desarrollo Normativo	<ul style="list-style-type: none"> - Procedimientos establecidos por ley y claridad de definiciones. - Formulación normativa exhaustiva para regular la libertad condicional. - Especialización de la normativa y la incorporación de normas internacionales.
Intervención Disciplinaria	<ul style="list-style-type: none"> - Cualidades técnicas de los profesionales que gestionan los sistemas de libertad condicional. - Conocimientos especializados en la evaluación de la libertad condicional. - Procedimientos especializados en la evaluación de la libertad condicional. - Participación de recursos externos en la evaluación y atención de la libertad condicional.
Mecanismos de Supervisión y Control	<ul style="list-style-type: none"> - Grado necesario de supervisión e intervención para minimizar la reincidencia. - Herramientas y tecnologías para la supervisión de las personas en libertad condicional. - Rigor o tolerancia de los procesos de suspensión o cancelación de medidas. - Recursos comunitarios implicados en la supervisión y el apoyo de la población penal. - Políticas de apoyo disponibles para la población supervisada.

Criterio	Contenido
Participación Comunitaria	<ul style="list-style-type: none"> - Nivel de participación de los recursos comunitarios en la supervisión. - Acuerdos de colaboración interinstitucional con organizaciones de carácter asistencial. - Nivel de participación de los voluntarios como recursos de apoyo. - El papel de las autoridades de libertad condicional en la comunicación pública y la producción de conocimiento.

Nota: La información que figura en el cuadro se basa en un análisis de las Reglas de Tokio.

La columna izquierda en la Tabla 1 enumera los criterios de comparación, cada uno relacionado con un área funcional del sistema de libertad condicional, y la columna derecha describe la lógica de cada criterio. En general, estos criterios se refieren a los procesos de elaboración de normas, construcción de relaciones y creación de condiciones en el sistema de libertad condicional que afectan la capacidad de las autoridades para establecer prácticas orientadas al apoyo.

Los criterios sirvieron como guías para extraer información de las leyes de Japón y Costa Rica. Cada criterio se desglosó en subcriterios para ordenar la información analizada y poder examinar la operación de cada sistema de libertad condicional. Posteriormente, se analizó la información con el fin de esclarecer las fortalezas de cada sistema y la alineación de las leyes de cada país con la normativa internacional y los principios de promoción de la paz y la reintegración.

3 UN NUEVO MODELO

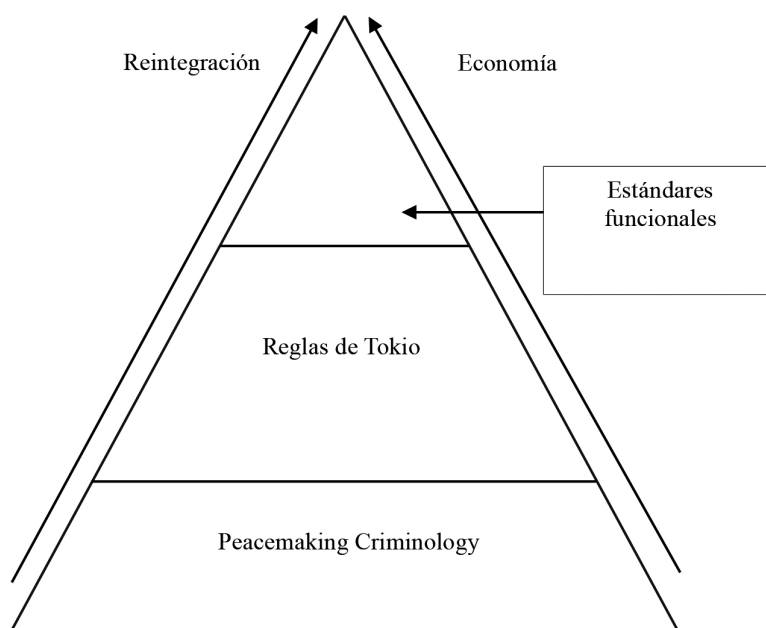
Considerando los criterios comparativos anteriores, la investigación creó las pautas para un modelo de libertad condicional promotor de la paz. Como prácticas fundamentales, la promoción de la paz impulsa la participación de la población penal en su proceso de atención, utiliza medidas reintegrativas y fomenta la participación de la comunidad civil en la administración de la justicia penal (GESUALDI, 2014, p. 6).

3.1 Otros Recursos Fundamentales para Construir un Nuevo Modelo

La investigación utilizó reportes, informes y estudios internacionales y japoneses de alto nivel que respaldan la implementación de medidas de reintegración social e inclusión de la sociedad civil durante la libertad condicional (GARCÍA RAMÍREZ, 2024, p. 56-57). La evidencia empírica sugiere que un modelo de libertad condicional debe fomentar la colaboración entre las autoridades de justicia penal y los recursos comunitarios. De esta forma,

la participación comunitaria puede contribuir no solo a la rehabilitación del individuo infractor, sino también a mejorar las condiciones sociales generales y mitigar los efectos negativos del encarcelamiento (GARCÍA RAMÍREZ, 2024, p. 56-57).

Ilustración 1. Representación del modelo promotor de paz.



Nota. Ilustración desarrollada por el autor.

Desde un punto de vista práctico, un modelo de libertad condicional debe garantizar una evaluación imparcial y objetiva de la legalidad de las acciones y decisiones del Estado (PADFIELD, 2007, p. 45). La presencia de agentes independientes y objetivos es fundamental en un contexto democrático, especialmente en lo que respecta a la restricción de libertades personales y derechos reconocidos. Por lo tanto, el proceso de investigación, evaluación, aprobación y supervisión de la libertad condicional debe basarse en evaluaciones realizadas por agentes independientes (PADFIELD, 2007, p. 45).

Asimismo, la claridad normativa es un aspecto crucial para un modelo de libertad condicional. La falta de claridad en la regulación de los procedimientos y la vaguedad en la terminología podrían contribuir a errores en distintas etapas o generar incertidumbre jurídica. Además, las calificaciones subjetivas que podrían ser válidas en contextos disciplinarios, como el tratamiento de la adicción, necesitan un equivalente legal que delimite su interpretación y utilidad en la evaluación de la libertad condicional (PADFIELD, 2007, p. 175).

Otros estudios también sugieren la necesidad de mayor control sobre la discrecionalidad de las autoridades de libertad condicional. La falta de garantías procesales o límites al poder discrecional de las juntas, así como la ausencia

de una definición adecuada de las condiciones necesarias para la libertad condicional y la supervisión comunitaria, pueden conducir a una limitación excesiva de los derechos fundamentales por parte del Estado (PIFFERI, 2016). Desde el punto de vista de la promoción de la paz, todo organismo público encargado de tomar decisiones que afecten a los derechos individuales debe adherirse a los principios del debido proceso, aún en casos cuando se discutan beneficios no reconocidos como derechos (PADFIELD, 2007, p. 12).

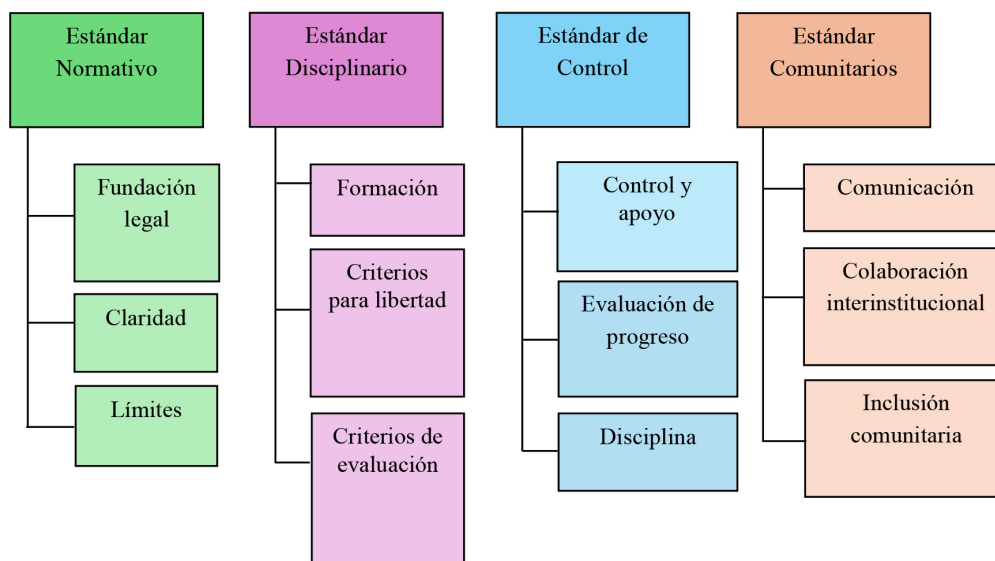
Las recomendaciones extraídas de estos recursos destacan la importancia de crear entornos socialmente positivos para las personas en libertad condicional, haciendo hincapié en políticas de apoyo destinadas a reducir la reincidencia y los costos operativos del sistema de justicia penal (UNAFEI, 2021, p. 6). Combinadas con la perspectiva promotora de la paz, estas recomendaciones fueron clave para el desarrollo de un modelo flexible que de forma clara y razonada señala aspectos críticos de reforma penitenciaria.

3.2 Características del Nuevo Modelo

La estructura fundamental del nuevo modelo consta de cuatro estándares, cada uno de los cuales se desglosa en principios funcionales. Cada estándar refleja los criterios extraídos de las Reglas de Tokio, abarcando aspectos normativos, disciplinarios, de control y de comunicación. Los principios dentro de cada estándar encapsulan tanto fundamentos conceptuales como prácticas efectivas para la implementación del modelo de libertad condicional.

Por ejemplo, el principio de fundamento legal, dentro del estándar normativo (véase Ilustración 2), ofrece tanto una guía para la elaboración de un proyecto de ley como los requisitos estructurales del modelo. De acuerdo con este principio, los defensores del modelo promotor de la paz deben poseer un conocimiento exhaustivo de las funciones del tratamiento en comunidad, ya que este conocimiento y su relación con la prevención del delito son cruciales para persuadir al público sobre los méritos de las alternativas al encarcelamiento. Durante el proceso de discusión legislativa, los promotores deben facilitar la participación pública en congresos nacionales, foros académicos y debates públicos para abordar las características culturales y las limitaciones económicas a las que se enfrentaría el modelo.

Ilustración 2. Estructura del modelo de libertad condicional promotor de la paz



Nota. Ilustración desarrollada por el autor.

Otros aspectos del modelo abordan áreas técnicas de la atención penitenciaria. Por ejemplo, el estándar disciplinario se centra en la accesibilidad de la libertad condicional y la capacitación de los funcionarios de libertad condicional para desempeñar un papel de apoyo. El estándar de control establece que una supervisión adecuada debe gestionar los riesgos de la población penal, coordinar los recursos para satisfacer sus necesidades y mantener una relación basada en la confianza con ellos (UNAFEI, 2021, p. 16).

Además, el modelo incluye medidas simples que buscan mejorar tanto la atención en la comunidad como la relación entre las autoridades penitenciarias y la población civil. Por ejemplo, el principio de comunicación subraya la necesidad de crear un ambiente propicio para las medidas no privativas de libertad y su aceptación. Si un modelo de libertad condicional pacificadora aspira a colaborar con las instituciones locales y las organizaciones comunitarias, debe establecer bases para que el público comprenda la importancia de la cooperación social para reintegrar a la población penal en la sociedad. Para lograrlo, la administración central debe desarrollar canales y recursos de información adecuadamente regulados.

4 CONCLUSIÓN

Aunque esta investigación respalda la libertad condicional como una medida que puede contribuir a reducir el uso de la prisión, los críticos han señalado correctamente que la libertad condicional no garantiza una reducción significativa de la población carcelaria (GARLAND, 2018, p. 8-33). La mera

promoción de la libertad condicional sin participación de la comunidad ni controles estrictos puede ser contraproducente para los fines perseguidos.

A pesar de los bajos índices de reincidencia entre las personas en libertad condicional en la mayoría de las jurisdicciones, el impacto social de la reincidencia no debe subestimarse. Utilizar los índices de reincidencia como justificación para apoyar las solicitudes de libertad condicional no siempre es un argumento convincente frente a la opinión pública. Los casos de reincidencia durante la libertad condicional, especialmente en casos de violencia, generan desconfianza sobre la efectividad del sistema de justicia penal.

Por otro lado, utilizar argumentos de seguridad pública para oponerse a un modelo proactivo de libertad condicional va en contra de los intereses de la sociedad. El encarcelamiento continuo es costoso y puede empeorar la condición de la población carcelaria, aumentando el riesgo de reincidencia tras la liberación (PADFIELD, 2007, p. 227). Del mismo modo, incrementar las restricciones durante la libertad condicional puede ser contraproducente. Investigadores como Yoshinaka han sostenido que las medidas de supervisión en la comunidad requieren límites claros y mecanismos de apoyo (YOSHINAKA, 2008, p. 77-101). Sin una estructura definida, los sistemas de libertad condicional pueden desviarse hacia el control excesivo, convirtiendo las intervenciones basadas en la comunidad en una forma encubierta de encarcelamiento.

Por lo tanto, un desafío para los sistemas de libertad condicional es introducir políticas que equilibren las necesidades de la población penal y la seguridad pública; las medidas destinadas a alcanzar los objetivos de la seguridad pública deben ser racionales y legalmente justificadas (PADFIELD, 2007, p. 57). Es decir, cualquier medida que restrinja el acceso a la libertad condicional debe ser proporcional a la necesidad de mantener la pena de prisión en relación con la seguridad pública.

El modelo de libertad condicional promotor de la paz puede mejorar significativamente el funcionamiento de esta medida sin sacrificar la seguridad pública. Las recomendaciones incluidas en el modelo de libertad condicional promotor de la paz contemplan la participación de organizaciones civiles y entes no gubernamentales para proporcionar a la población penal la motivación necesaria para afrontar el proceso de reintegración.

El modelo de libertad condicional promotor de la paz promueve un desarrollo continuo hacia prácticas de justicia penal más equitativas y eficaces, basadas en la cooperación internacional y en la experiencia compartida del mayor número posible de actores. Es importante resaltar que la contribución de este modelo va más allá de las recomendaciones o medidas que contiene. La principal contribución del presente modelo es destacar la búsqueda de la paz como principio rector para la creación de instituciones más justas.

REFERENCIAS

ATKINSON, Daryl; TRAVIS, Jeremy. **The power of parsimony: the square one project executive session on the future of justice policy**. New York: Columbia University, 2021.

BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

BRAITHWAITE, John. Limits on violence: limits on responsive regulatory theory. In: **Law & Policy**, Denver (CO), Ed. The University of Denver, v. 36, Issue 4, p. 432-456, 2014.

FULHAM, Lindsey. International trends in community alternatives to incarceration: a literature review. In: **Task force on women and community corrections**. Brussels (Belgium): International Corrections and Prisons Association (ICPA), 2019.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. En: **Nuevo Foro Penal**, Medellín, Ed. Universidad Eafit, v. 69, n. 1, p. 100-136, 2006.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminología**. 5. ed. Madrid: CEC-INPECCP, 2007.

GARCÍA RAMÍREZ, Daniel. **A comparative criminal justice approach to the creation of a peacemaking parole model: the case study of Japan and Costa Rica**. Hiroshima: Universidad de Hiroshima, 2024.

GARLAND, David. Theoretical advances and problems in the sociology of punishment. In: **Punishment & Society**, Thousand Oaks (California, EUA): Sage, v. 20, Issue 1, p. 8-33, 2018.

GESUALDI, Louis. **A peacemaking approach to criminology**. Lanham: University Press of America, 2014.

HAMIN, Zaiton; ABU HASSAN, Rafizah. The roles and challenges of parole officers in reintegrating prisoners into the community under the parole system. In: **Procedia - Social and Behavioral Sciences**, Amsterdã, Ed. Elsevier, v. 36, 2012.

PADFIELD, Niccola. **Who to release?: parole, fairness and criminal justice**. London: Willan (Taylon & Francis), 2007.

PIFFERI, Michele. **Reinventing punishment: a comparative history of criminology and penology in the nineteenth and twentieth centuries**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and social structure**. New York: Routledge, 2017.

SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry. Criminology as peacemaking: a peace-oriented perspective on crime, punishment and justice that takes into account the needs of all. In: **The Justice Studies: a Critical Journal of Crime, Law and Society**, London, Ed. Taylon & Francis, v. 11, Issue 1, p. 4-44, 1998.

UNITED NATIONS. **Commentary on the United Nations standard minimum rules for non-custodial measures**: adopted by general assembly resolution 45/110 of 14 December 1990. Rockville, MD (United States): United Nations, 1993.

UNAFEI - United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Fourteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice. Kyoto, Japan, 7-12 March 2021. **Reducing reoffending**: identifying risks and developing solutions. Tokyo, Japan, November 2021.

UNODC - United Nations Office on Drugs and Crime. **Guía de introducción de la prevención de la reincidencia y la reintegración social de delincuentes**. Viena: United Nations, 2013.

WEBER, Thomas. Peace research and criminology. En: **Interdisciplinary Peace Research**, London, Ed. Taylon & Francis, v. 5, Issue 2, p. 109-119, 1993.

YOSHINAKA, Nobuhito. 保護観察の犯罪予防機能 [The crime preventing function of community-based supervision]. 犯罪と非行. 158. 2008.

Submissão em: 5 de junho de 2024

Último Parecer favorável em: 18 de novembro de 2024

Como citar este artigo científico

GARCÍA RAMÍREZ, Daniel. La protección de derechos de la población bajo libertad condicional: un modelo promotor de la paz. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 3, p. 52-66, set.-dez. 2024.

PROCEDURE ESECUTIVE E ANTIRICICLAGGIO DOPO LA RIFORMA CARTABIA

ERNESTO FABIANI¹

MICHELE NASTRI²

ABSTRACT

Gli Autori affrontano il complesso e dibattuto tema dei “rapporti” fra normativa antiriciclaggio e procedure esecutive alla luce della riforma Cartabia, evidenziando le criticità della nuova disciplina introdotta dal legislatore (fondamentalmente contenuta nel nuovo art. 585 c.p.c.) ed affrontando le relative problematiche interpretative. Il contributo affronta detto tema anche con riferimento alle procedure concorsuali, a tutt’oggi prive di qualsivoglia disciplina specifica di riferimento, stante l’inopportuna scelta del legislatore della riforma di non intervenire sulle stesse.

1 I TERMINI DELLA PROBLEMATICHE E LO STATO DELL’ARTE ANTE RIFORMA CARTABIA

La totale assenza di disposizioni normative specifiche con riferimento alla vendita forzata nell’ambito della cd. normativa antiriciclaggio ha sollevato un delicato problema interpretativo, di grosso impatto sul piano pratico-operativo del contrasto al riciclaggio (FABIANI; NASTRI, 2021, p. 5 s.; FABIANI; NASTRI, 2020, p. 261 s.; SOLDI, 2019, p. 1.672 ss.).

Ci si è chiesti, infatti, se, pur in assenza di disposizione espressa, detta normativa possa trovare comunque applicazione nelle ipotesi in cui l’acquisto di un determinato bene venga effettuato nell’ambito di una procedura espropriativa (o concorsuale), nonostante le indubbe peculiarità di una fattispecie contraddistinta dalla natura coattiva (e non volontaria) della vendita (cfr. più ampiamente sui tratti caratterizzati della coattività della vendita FABIANI, 2015a, p. 703 ss.).

¹ Dottorato di ricerca in Diritto Processuale Civile presso l’Università degli Studi di Bologna. Professore di Diritto Processuale Civile presso l’Università degli Studi del Sannio. *E-mail*: erfabian@unisannio.it

² Notaio in Ercolano. mnastri@notariato.it

Per quanto, infatti, in tal caso ci troviamo di fronte ad una vendita indipendente dalla volontà del titolare di beni pignorati nell'interesse dei creditori, e dunque ad una fattispecie che – complessivamente considerata – non integra quella di riciclaggio, non può, d'altro canto, disconoscersi la concreta possibilità che l'intento perseguito dall'acquirente del bene³, ancorché oggetto di una vendita coattiva, sia proprio quello che la normativa antiriciclaggio intende contrastare⁴.

La rilevanza della problematica è tale da aver catalizzato anche l'attenzione della stampa⁵.

Nella prassi l'attenzione si è concentrata soprattutto sui conti correnti della procedura esecutiva.

Ci si è chiesti, in particolare, se siano applicabili o meno ai conti correnti della procedura esecutiva ed al professionista delegato, da parte degli intermediari bancari, gli oneri di adeguata verifica introdotti dalla disciplina antiriciclaggio di cui al D.Lgs. 21-11-2007, n. 231 (e successive modificazioni).

Più precisamente, presso gli operatori del settore, ciò che ha catalizzato l'attenzione, nell'ipotesi in cui la procedura espropriativa sia delegata ad un professionista (notaio, avvocato o commercialista), è l'intestazione/titolarità dei suddetti conti correnti. Infatti, si è fatta strada l'idea, soprattutto in ambito bancario, che la titolarità effettiva dei suddetti conti correnti sia del professionista delegato, anziché del presidente del tribunale (in ragione della pretesa necessità – ancorché controvertibile – di individuare in ogni caso una persona fisica come titolare effettivo ai sensi dell'art. 1, lett. pp del D.Lgs. 21-11-2007 n. 231) o, in via più generale, della procedura, con conseguente assoggettamento degli stessi alla normativa antiriciclaggio.

Come già ampiamente evidenziato in altra sede, si tratta di prospettiva assolutamente erronea e fuorviante (FABIANI; NASTRI, 2021, p. 5 s.).

In giurisprudenza sussiste, a quanto consta, solo una pronuncia di merito, secondo la quale

gli oneri di adeguata verifica introdotti dalla disciplina antiriciclaggio di cui al D.Lgs. 21-11-2007, n. 231 e successive modificazioni non si applicano ai professionisti delegati e, più in generale, agli ausiliari del giudice, non potendo definirsi né clienti né esecutori degli stessi, nel senso indicato dall'art. 1, 2.° co., lett. p), D.Lgs. 231/2007, né infine effettivi titolari del rapporto bancario acceso quale conto della procedura esecutiva (TRIBUNALE, 2020, p. 260 ss.)⁶.

³ Il quale, a differenza del venditore/debitore non “subisce” la vendita ma sceglie liberamente di procedere all'acquisto di un bene oggetto di una alienazione coattiva.

⁴ E possa, se del caso, anche integrare la fattispecie di reato di cui all'art. 648 *bis* c.p.c. (recante “riciclaggio”) in forza del quale è punibile (con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da euro 1.032 e euro 15.493), “fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa”.

⁵ Il Sole 24ore del 29 febbraio 2020, pag. 17 “*Tribunali, aste a rischio riciclaggio*”.

⁶ Nell'ambito dell'osservatorio sulla giurisprudenza di merito a cura di D. Capezzeri - A. Farolfi) nel ritenere, conseguentemente, “illegittimo il rifiuto della banca di dare esecuzione al piano di riparto predisposto dal professionista delegato ed approvato dal G.E.”.

Nel pervenire alla suddetta conclusione, detta pronuncia opera un riferimento, in motivazione, alla risposta a quesito n. 15 del 21-6-2006 dell'Ufficio Italiano Cambi, secondo la quale:

l'attività svolta dal professionista a seguito di incarico da parte dell'Autorità giudiziaria, quale ad esempio quella di curatore fallimentare o di consulente tecnico d'ufficio, è esclusa dall'ambito di applicazione delle disposizioni antiriciclaggio. In questi casi il professionista agisce in qualità di ausiliario del giudice e non si ravvisa nella fattispecie né la nozione di cliente né quella di prestazione professionale.

La suddetta risposta ha ad oggetto, in via più generale, gli ausiliari del giudice, ma il principio dalla stessa affermato è stato ritenuto applicabile, dal suddetto Tribunale, anche ai professionisti delegati al compimento delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata in quanto considerati anch'essi, evidentemente, ausiliari del giudice o comunque parificabili a questi ultimi ai fini della individuazione della soluzione più corretta da dare alla problematica in esame⁷.

Tali conclusioni risultano tuttora non superate da alcun pronunciamento, salvo quanto si dirà con riferimento alle recentissime prassi di cui al successivo paragrafo 4.

In dottrina si è esclusa l'applicabilità alla vendita forzata della normativa antiriciclaggio per lo più argomentando in tal senso:

- 1) dall'assenza di una disposizione espressa con riferimento alla vendita forzata e, in via più generale, alle vendite coattive;
- 2) dalla natura giurisdizionale dell'attività di cui si discute, anche ove posta in essere dal professionista delegato (e non dal giudice), qualificabile in termini di sostituto e non già di mero ausiliario del giudice;
- 3) dalle peculiarità proprie di questa attività⁸.

La medesima dottrina, argomentando, per un verso, dal modo in cui sono formulate le disposizioni vigenti in materia e, per altro verso, dalle peculiarità proprie dell'acquisto che si realizza nell'ambito di un processo di espropriazione

⁷ La più delicata questione se, una volta ascritta alla procedura la titolarità del conto corrente, occorra in ogni caso individuare un cliente (la procedura) e un titolare effettivo (se del caso il Presidente del Tribunale, secondo una prassi abbastanza diffusa) può farsi rientrare in linea generale nel più ampio problema della necessità o meno di individuare un titolare effettivo della Pubblica Amministrazione che agisce nell'assolvimento dei suoi compiti istituzionali, che non ha una chiara definizione normativa. Cfr. sul punto diffusamente *infra* nel prosieguo de l paragrafo e sub par. 4 e Arcella, Carioni, Nastri e Piffaretti (2023). Al riguardo si rinvia oltre nel testo del paragrafo per il commento alla recentissima FAQ n. 2, delle FAQ relative alla Titolarità Effettiva e Registro titolari effettivi, elaborate congiuntamente dal Italia (2022), la quale individua nel soggetto sottoposto alla procedura esecutiva o concorsuale il titolare effettivo.

⁸ Cfr. più ampiamente Fabiani e Nastri (2021, p. 5 s.) ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali anche in ordine alla qualificazione del professionista delegato in termini di sostituto (e non già mero ausiliario) del giudice.

forzata, ha sottolineato altresì l'estrema difficoltà – se non anche l'impossibilità – di colmare detta lacuna in via di interpretazione analogica o estensiva e la conseguente esigenza di intervenire, da parte del legislatore, con l'introduzione di una disciplina espressa che tenga conto proprio delle suddette peculiarità (FABIANI; NASTRI, 2021, spec. p. 10 s.).

La medesima dottrina, infine, non ha mancato neanche di evidenziare il peculiare atteggiarsi della problematica di cui si discute con riferimento alle procedure concorsuali, rimarcando la necessità di un intervento del legislatore anche in questa sede, che tenga conto, anche in questo caso, delle peculiarità proprie di questo contesto, oltre che delle differenti tipologie di vendita che possono venire in rilievo in questa sede (FABIANI; NASTRI, 2021, spec. p. 20 s.).

2 LE MODIFICHE INTRODOTTE DALLA RIFORMA CARTABIA

L'intervento riformatore si inserisce nel contesto appena più sopra sinteticamente delineato.

L'art. 1 comma 12 lett. p) della legge delega reca testualmente:

prevedere che, nelle operazioni di vendita dei beni immobili compiute nelle procedure esecutive individuali e concorsuali, gli obblighi previsti dal decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, a carico del cliente si applicano anche agli aggiudicatari e che il giudice emette il decreto di trasferimento soltanto dopo aver verificato l'avvenuto rispetto di tali obblighi.

La scelta è, dunque, nel senso di colmare il suddetto vuoto normativo estendendo l'ambito di applicazione della normativa antiriciclaggio di cui al decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e più specificamente "gli obblighi" previsti dalla stessa, anche all'acquisto effettuato nell'ambito di procedure esecutive individuali o concorsuali.

In attuazione delle previsioni della legge delega, il comma 41 dell'art. 3 del D.Lgs. n. 149/2022 prevede l'estensione alle procedure espropriative delle disposizioni in materia di antiriciclaggio di cui al D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231, apportando modifiche agli articoli 585, 586 e 591-*bis* c.p.c. (*sub specie* di introduzione di nuovi commi ovvero di modificazione di quelli preesistenti).

Più in dettaglio:

- con la modifica dell'art. 585 c.p.c. si prevede che "nel termine fissato per il versamento del prezzo, l'aggiudicatario, con dichiarazione scritta resa nella consapevolezza della responsabilità civile e penale prevista per le dichiarazioni false o mendaci, fornisce al giudice dell'esecuzione o al professionista delegato le informazioni prescritte dall'art. 22 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231";

- si subordina la possibilità per il giudice di sospendere la vendita di cui all'art. 586 c.p.c., non solo all'avvenuto versamento del prezzo, ma anche all'intervenuta verifica dell'assolvimento del suddetto obbligo posto a carico dell'aggiudicatario dall'art. 585, quarto comma, c.p.c.;
- si prevede, all'art. 591-*bis* c.p.c., che il professionista delegato, avvenuto il versamento del prezzo debba verificare l'assolvimento del suddetto obbligo posto a carico dell'aggiudicatario dall'art. 585, quarto comma, c.p.c. prima di predisporre il decreto di trasferimento e trasmettere il fascicolo al giudice dell'esecuzione.

La relazione illustrativa puntualizza che non si è ritenuto di porre a carico del professionista compiti di controllo o verifica delle informazioni così acquisite, sia perché in tal senso non disponeva la legge delega, sia perché il D.Lgs. n. 231 del 2007 prevede una serie variegata di modalità di controllo delle dichiarazioni ad opera del professionista e di strumenti di indagine (alcuni assai incisivi) a disposizione di quest'ultimo, per cui (si ripete, in mancanza di indicazioni della legge delega) la scelta dell'uno o dell'altro metodo di controllo sarebbe stato esercizio di discrezionalità istituzionalmente non conferita al legislatore delegato.

Anche se, a ben vedere, la lettera della legge delega, nella parte in cui dispone di “prevedere che, nelle operazioni di vendita dei beni immobili compiute nelle procedure esecutive individuali e concorsuali, gli obblighi previsti dal decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, a carico del cliente si applicano anche agli aggiudicatari [...]”, consentiva di intervenire in modo ben più significativo di come ha fatto il legislatore delegato, come del resto testimoniato anche dalla scelta di quest'ultimo di non dare alcuna attuazione alla delega con riferimento alle procedure concorsuali.

Ciò induce a ritenere, come avremo modo di vedere meglio più avanti, che il legislatore delegante, in realtà, nell'interpretare in modo restrittivo la delega in sede di formulazione della nuova peculiare disciplina antiriciclaggio della vendita forzata, ha inteso fortemente circoscrivere le potenzialità della disciplina di carattere generale in tema di antiriciclaggio con riferimento alla peculiare ipotesi che ci occupa.

3 SEGUE: MODIFICHE IMPORTANTI MA NON RISOLUTIVE CHE LASCIANO APERTI IMPORTANTI INTERROGATIVI

Siamo di fronte ad un'importante riforma in materia, ma purtroppo dichiaratamente parziale – alla luce di quanto evidenziato dalla stessa Relazione illustrativa (appena più sopra richiamata) –, che, conseguentemente, lascia aperti non pochi problemi riscontrati nel vigore del precedente regime (tra i primissimi commenti CARAMIA, 2023; ABBONDANZA, 2023. Ma vedi anche, nel vigore della

normativa precedente: FABIANI; NASTRI, 2021, p. 5 s.; FABIANI; NASTRI, 2020, p. 261 s.), quali, a titolo esemplificativo: l'eventuale sussistenza di un obbligo di segnalazione di operazioni sospette, nonché, in via più generale, il ruolo del professionista delegato rispetto alla normativa in tema di antiriciclaggio.

La parzialità dell'intervento è in parte legata a limiti intrinseci posti dalla legge delega⁹, ma, come abbiamo appena più sopra già avuto modo di evidenziare, è indubbiamente legata anche a scelte effettuate in sede di attuazione della delega.

Un intervento risolutore, peraltro, avrebbe dovuto avere una portata più ampia della sola *sedes materiae* prescelta, ossia il codice di procedura civile, stante l'articolato panorama normativo specificamente dedicato alla normativa antiriciclaggio sia a livello nazionale¹⁰ che europeo¹¹. Di quest'ultima, peraltro, occorre tenere conto, in un'ottica *de jure condendo*¹², quale limite rispetto ad interventi a livello di legislazione nazionale, tanto più se parcellizzati su singole questioni.

4 ESECUTORE, CLIENTE E TITOLARE EFFETTIVO NELLE PROCEDURE ESECUTIVE E CONCORSUALI NELLE PRASSI PIÙ RECENTI

In una situazione quale quella appena più sopra delineata, contraddistinta dall'assenza di una specifica ed esaustiva normativa di riferimento, l'individuazione di una prassi applicativa coerente con i principi e le finalità della disciplina antiriciclaggio sarebbe indubbiamente di grande ausilio per tutti gli operatori coinvolti.

Occorre tuttavia prendere atto dell'assenza (anche) di una siffatta prassi.

A fronte dei limiti e della mutevolezza delle prassi operative in precedenza delineate, si riscontra, infatti, un recentissimo intervento, con le FAQ relative alla Titolarità Effettiva e Registro titolari effettivi elaborate congiuntamente

⁹ Esplicita sul punto la relazione illustrativa sia sui limiti della legge delega, sia sul più ampio ambito coperto dal D.Lgs. 21 novembre 2007 n. 231.

¹⁰ Attualmente D.Lgs. 21 novembre 2007 n. 231, nel testo risultante, in particolare dal D.Lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, e, da ultimissimo, dal D.L. 17 marzo 2023, n. 25, convertito con modificazioni dalla L. 10 maggio 2023, n. 52, e dal D.L. 10 agosto 2023, n. 104, convertito in L. 9 ottobre 2023 n. 136.

¹¹ Attualmente Direttiva (UE) 2018/843 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE.

¹² Ci si riferisce in particolare all'AML Package, composto di tre regolamenti ed una Direttiva, destinato ad armonizzare, con norme di applicazione diretta e l'istituzione di un'autorità comune antiriciclaggio (AMLA), il quadro giuridico dell'Unione in materia di antiriciclaggio. In particolare, esso si compone della cd. VI Direttiva Antiriciclaggio, di un Regolamento per il contrasto al riciclaggio e al finanziamento al terrorismo, di un Regolamento per l'istituzione dell'autorità europea e del Regolamento cd. trasferimento fondi, relativo alle criptoattività ed unico già approvato, che entrerà in vigore il primo gennaio 2024, e precisamente il Regolamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 maggio 2023 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e determinate cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2015/849.

dal Ministero dell'Economia, dalla Banca d'Italia e dalla UIF, che, nonostante l'autorevolezza della fonte, desta non poche perplessità, tanto sotto il profilo dello strumento utilizzato (le FAQ, in quanto tali evidentemente poco idonee ad ospitare la trattazione, con l'indispensabile iter motivazionale, di questioni particolarmente complesse e controverse), quanto sotto il profilo delle conclusioni raggiunte; conclusioni che, peraltro, sembrerebbero totalmente prescindere dal rinnovato contesto normativo di riferimento di cui alla cd. riforma Cartabia.

Più precisamente, si è affermato, in relazione “all’apertura del rapporto” e quindi (si immagina) relativamente ai soli rapporti bancari, che:

il soggetto incaricato dall’Autorità Giudiziaria all’apertura del rapporto e autorizzato a operarvi per la procedura, quale mero ausiliario del Giudice (es., professionista delegato in caso di procedura esecutiva immobiliare *ex art. 591-bis c.p.c.*, curatore fallimentare ovvero commissario liquidatore, etc.), deve essere identificato come “esecutore”, ai sensi dell’articolo 1, comma 2, lett. p), del D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231 ovverosia come il soggetto delegato ad operare in nome e per conto del cliente o a cui siano comunque conferiti poteri di rappresentanza che gli consentano di operare in nome e per conto del cliente.

Si ritiene, dunque, che il “professionista delegato” debba essere considerato “esecutore” ai sensi della normativa antiriciclaggio senza operare alcun inquadramento sistematico e strutturale e senza confutare in alcun modo le citate posizioni di giurisprudenza e dottrina che vedono nella natura giurisdizionale della procedura un impedimento alla configurazione dello schema proprio della normativa antiriciclaggio “titolare effettivo/cliente/esecutore”. Peraltro, la citata posizione appare mancante del tassello fondamentale dell’individuazione del cliente, ai sensi della normativa antiriciclaggio. Se pure, poi, il cliente fosse individuato, con uno sforzo di ortopedia interpretativa, nella procedura esecutiva, non sarebbe comunque risolto il problema della differente natura del rapporto procedura/delegato o procedura/curatore, nascente e regolato nell’ambito del procedimento giurisdizionale, rispetto al rapporto (generalmente di natura contrattuale e comunque privatistica) cliente/esecutore. Ciò può tornare utile dal punto di vista operativo, ma non è soddisfacente dal punto di vista dell’inquadramento sistematico della fattispecie in esame.

In questa linea di ragionamento deve essere posta anche la conseguente e subordinata questione dell’individuazione del titolare effettivo nelle procedure esecutive e concorsuali, oltre che della effettiva necessità di configurarne l’esistenza. In relazione ai ruoli ed ai controlli dei vari soggetti che pongono in essere le attività della procedura (Giudici, delegati, curatori) infatti, ma anche dal punto di vista normativo, appare lecito dubitarne. Manca, infatti, del tutto, nella normativa antiriciclaggio, una disciplina delle attività giurisdizionali, e il limitato intervento oggetto principale di questo lavoro, relativo alla sola figura dell’aggiudicatario, come avremo modo di chiarire in prosieguo, sembra tendere ad un’applicabilità solo limitata e settoriale della normativa antiriciclaggio ai procedimenti giurisdizionali, ed in specie alle procedure esecutive e concorsuali.

L'ambiguità del contesto normativo rende, tuttavia, legittima anche una diversa interpretazione. Tale interpretazione nasce dal fatto che, in senso lato, la procedura esecutiva o concorsuale (e in genere la giurisdizione) può essere ascritta all'ambito Pubblica Amministrazione, nell'amplissima accezione delle norme antiriciclaggio.

In assenza di una prescrizione esplicita sul trattamento della Pubblica Amministrazione a fini antiriciclaggio, ed anzi in assenza di una qualunque definizione normativa – in quanto sia la Quarta Direttiva sia il legislatore italiano (allegato 2 al D.Lgs. 231/2007) si limitano a sancire che la Pubblica amministrazione è soggetto a basso rischio riciclaggio (e quindi soggetto ad adeguata verifica semplificata) – occorre rinvenire indici sistematici.

Potrebbe essere considerata indice interpretativo la circostanza che, sia nei considerando della Quarta Direttiva (12, 13 e 14), sia all'art. 3, contenente la definizione di titolare effettivo, si faccia riferimento a “soggetti giuridici” sempre di tipo privato, con ciò escludendosi implicitamente la Pubblica Amministrazione dalla ricerca del titolare effettivo.

Altrimenti bisogna partire dalla constatazione che nella Pubblica Amministrazione non sussiste un titolare effettivo individuabile con i criteri della “proprietà” e del “controllo” dettati per le persone giuridiche e le società, essendo essa depositaria di pubbliche funzioni esercitate nell'interesse di tutti i cittadini o di determinati gruppi di cittadini.

Ciò porta alla conseguenza che, per individuare il titolare effettivo – come per le società a capitale diffuso, o le associazioni o le cooperative – si dovrebbe ricorrere al criterio residuale dell'art. 20 comma 5 del D.Lgs. 231/2007 in base al quale esso coinciderebbe con il soggetto dotato di poteri di rappresentanza o di amministrazione dell'ente pubblico (ITALIA, 2022).

Questa seconda interpretazione, che fa salva la necessità di identificare comunque un titolare effettivo anche negli enti pubblici (secondo l'accezione estensiva in esame che vi fa rientrare in tutto o in parte la giurisdizione), ma che di fatto rimanda a chi in quegli enti riveste qualifiche dirigenziali, è contenuta in modo esplicito negli orientamenti sulle misure di adeguata verifica della clientela emanati dall'EBA (*European Banking Association*); l'orientamento 4.23, infatti, recita testualmente: “Se il cliente è un'amministrazione pubblica o un'impresa statale, per identificare il dirigente di alto livello le imprese dovrebbero seguire le indicazioni degli orientamenti 4.21 e 4.22”; a loro volta gli orientamenti richiamati 4.21 e 4.22 indicano che nel decidere quale/i dirigente/i di alto livello debba essere identificato come titolare effettivo, bisognerebbe considerare chi “ha la responsabilità ultima e generale del cliente e prende decisioni vincolanti per suo conto”; inoltre in questi casi, il soggetto obbligato dovrebbe documentare chiaramente le motivazioni per identificare il dirigente di alto livello, anziché il titolare effettivo del cliente, e registrare le proprie azioni”, conservando pertanto la prova che si tratti di una Pubblica Amministrazione¹³.

¹³ Per una disamina più approfondita si rinvia a Arcella, Carioni, Nastri e Piffaretti (2023).

Queste istruzioni ci riportano in modo chiaro all'atteggiamento del sistema bancario riportato in precedenza. Pare evidente che, anche qualora si voglia addivenire all'orientamento secondo il quale è necessario rinvenire un titolare effettivo anche per le procedure esecutive e concorsuali (presumibilmente anche in questo caso il Presidente del Tribunale), non occorrerà acquisire ulteriori elementi a fini antiriciclaggio, trattandosi in ogni caso di procedure effettuate nell'ambito di un procedimento giurisdizionale e sotto il diretto controllo del giudice. Ne risulta che anche l'individuazione del titolare effettivo resterebbe esercizio fine sé stesso.

Desta quindi ulteriore perplessità la recentissima opinione per cui il titolare effettivo, nelle procedure esecutive e concorsuali, sarebbe il soggetto sottoposto alla procedura (ITALIA, 2022)¹⁴.

L'art. 1 lett. pp) del D.Lgs. 231/2007 fa infatti espresso riferimento, in aderenza anche alla normativa internazionale al riguardo, al soggetto nel cui *interesse* la procedura è svolta. In effetti, nelle procedure concorsuali ed esecutive l'interesse primario tutelato è quello, al più, del corretto svolgimento dei rapporti creditorî in situazioni che presentano criticità di vario tipo. L'interesse al soddisfacimento del credito prevale certamente su quello del soggetto esecutato o sottoposto a procedura concorsuale, che viene in rilievo in modo eventuale e recessivo. Inoltre la procedura è condotta in sede giurisdizionale e non vi è quindi possibilità alcuna, in radice, del verificarsi di fenomeni di riciclaggio ascrivibili alla procedura. Non si vede quindi perché si dovrebbe imputare la titolarità effettiva della procedura ad un soggetto che non ha la disponibilità del bene ed è tendenzialmente destinato a perderne la proprietà, in un ambito in cui non è possibile si verifichi il riciclaggio, se non per il diverso aspetto dell'operatività dell'acquirente, come esposto in prosieguo.

Si nota infine che l'affermazione della titolarità effettiva del soggetto sottoposto a procedura esecutiva o concorsuale appare incompatibile con l'individuazione nella procedura del cliente, in relazione al conto corrente bancario. Il titolare effettivo, se la procedura è cliente, potrebbe al più essere appunto il Presidente del Tribunale, essendo la procedura deputata al perseguimento di interessi più complessi di quelli del soggetto sottoposto a procedura, e normalmente con questi contrastanti.

¹⁴ FAQ numero 2, che recita "Ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lett. pp), del D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231, titolare effettivo è "la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell'interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è istaurato, la prestazione professionale è resa o l'operazione è eseguita". Stante, quindi, l'esigenza, per finalità antiriciclaggio, di risalire al soggetto per conto del quale l'operatività è svolta, la titolarità effettiva in tali fattispecie è da individuarsi con riguardo al soggetto sottoposto alla procedura esecutiva o concorsuale, quale "ultimate *beneficial owner*", ossia quale soggetto nei confronti del quale, realizzandosi i presupposti di legge, l'ordinamento prevede lo svolgimento della procedura stessa. Nel caso in cui tale soggetto sia diverso da una persona fisica, troveranno applicazione i criteri di cui all'articolo 20 del D.Lgs. 231/2007, prendendo a riferimento l'assetto proprietario al momento dell'avvio della procedura esecutiva o concorsuale."

5 LA MODIFICA DELL'ART. 585 C.P.C.: I NUOVI COMPITI A CARICO DELLA PROCEDURA ED I SOGGETTI OBBLIGATI

L'intervento del legislatore della riforma ruota tutto attorno alla modifica dell'art. 585 c.p.c., cui sono legate le ulteriori modifiche segnalate di cui agli artt. 586 e 591-*bis* c.p.c.

Conformemente a quanto già evidenziato, all'art. 585 viene aggiunto un quarto ed ultimo comma, del seguente tenore:

nel termine fissato per il versamento del prezzo, l'aggiudicatario, con dichiarazione scritta resa nella consapevolezza della responsabilità civile e penale prevista per le dichiarazioni false o mendaci, fornisce al giudice dell'esecuzione o al professionista delegato le informazioni prescritte dall'articolo 22 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231.

Questo tipo di intervento ha, anzitutto, ricadute di ordine sistematico.

Per effetto dello stesso, infatti, anzitutto il legislatore conferma, nella sostanza, quanto ritenuto in dottrina *ante* riforma e cioè che il professionista delegato non è riconducibile fra i professionisti di cui all'art. 3 del D.Lgs. 231/2007 e, dunque, in via più generale che la peculiare ipotesi della vendita forzata non rientra nella relativa disciplina di carattere generale, posto che viene richiamato il solo articolo 22 e, come avremo modo di vedere meglio di qui a breve, neanche nella sua integrale portata.

Riceve, dunque, definitivo supporto normativo la tesi secondo la quale l'attività del professionista delegato, nelle espropriazioni forzate, non è sussumibile nella fattispecie delineata dall'art. 3 del D.Lgs. 231/2007 che, nell'individuare i "soggetti obbligati" indubbiamente contempla anche i professionisti, facendo un espresso riferimento anche a notai, avvocati e commercialisti, ma quando agiscono in quanto tali e non certo in quanto sostituti del giudice o, come taluno ancora ritiene, meri ausiliari (o ausiliari *sui generis*) del giudice (FABIANI; NASTRI, 2020, p. 265)¹⁵.

¹⁵ "Inequivocabile in tal senso è la formulazione dell'art. 3 nella parte in cui, in particolare, prevede che "rientrano nella categoria dei professionisti, nell'esercizio della professione in forma individuale, associata o societaria: [...] c) i notai e gli avvocati, quando, in nome e per conto dei propri clienti, compiono qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare o quando assistono i propri clienti nella predisposizione o nella realizzazione di operazioni riguardanti [...]".

Nell'ipotesi in esame, è di tutta evidenza che non esiste né un "cliente" né una "prestazione professionale" in senso proprio (il professionista non compie nessuna operazione finanziaria o immobiliare per conto di un cliente o per assistere lo stesso nell'esercizio di operazioni che rientrano nella sua attività professionale).

Ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, comma 2:

- per "cliente" deve intendersi "il soggetto che instaura rapporti continuativi, compie operazioni ovvero richiede o ottiene una prestazione professionale a seguito del conferimento di un incarico";

- per "esecutore" deve intendersi "il soggetto delegato ad operare in nome e per conto del cliente o a cui siano comunque conferiti poteri di rappresentanza che gli consentano di operare in nome e per conto del cliente".

In via più generale, l'intento del legislatore è evidentemente quello di assoggettare la vendita forzata, in ragione delle peculiarità che le sono proprie, ad una disciplina radicalmente diversa da quella previgente di carattere generale, rispetto alla quale, dunque, occorrerà chiedersi se, ed eventualmente in quale misura, ci siano margini per ritenere che talune previsioni siano, in tutto o in parte, comunque applicabili.

Nel far ciò, peraltro, il legislatore conferma al contempo quanto a suo tempo ritenuto (FABIANI; NASTRI, 2020) in ordine all'assoluta irrilevanza della presenza o meno del professionista delegato nell'ambito della procedura esecutiva, nel senso che la disciplina in tema di antiriciclaggio prevista con riferimento alla vendita forzata è la medesima, sia che la procedura sia (eccezionalmente) gestita in prima persona dal giudice, sia che (come di regola accade) sia delegata ad un professionista.

Assai singolarmente e sorprendentemente, peraltro, la nuova disciplina introdotta ha ad oggetto le sole esecuzioni immobiliari e non anche quelle mobiliari. Ciò soprattutto ove si consideri che, dopo la modifica del D.Lgs. n. 231/2007, intervenuta con il D.Lgs. 90/2017, non sussiste più, in via generale, il limite minimo di euro 15.000 perché vi sia obbligo di adeguata verifica.

La nuova disciplina in esame non trova, dunque, applicazione con riferimento all'espropriazione mobiliare. Circostanza, questa, ulteriormente confermativa, qualora ve ne fosse bisogno, della natura eccezionale del nuovo regime antiriciclaggio introdotto in tema di esecuzione immobiliare e della conseguente inapplicabilità della normativa sull'adeguata verifica, se non espressamente richiamata.

Giova al contempo rimarcare come, con specifico riferimento all'espropriazione immobiliare, nell'ambito di una norma che si limita sostanzialmente a prevedere determinati obblighi ed i soggetti a cui gli stessi fanno capo, viene richiamato il solo art. 22 del D.Lgs. 231/2007 e solo in parte, conseguentemente escludendosi l'applicabilità in via integrale, nell'ipotesi in esame, della disciplina contenuta in questa norma ed in quelle a questa strettamente collegate.

L'art. 22 richiamato pone, infatti, nell'ambito dell'adeguata verifica che devono effettuare i soggetti obbligati all'antiriciclaggio, alcuni obblighi a carico del *cliente* (nell'accezione di cui all'art. 3) ed in particolare al primo comma recita: "I clienti forniscono per iscritto, sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie e aggiornate per consentire ai soggetti obbligati di adempiere agli obblighi di adeguata verifica". Ma i successivi commi contengono

L'attenzione va, evidentemente, spostata sull'attività giurisdizionale, posto che sarebbe assai singolare che la problematica in esame dovesse trovare una differente soluzione a seconda che la vendita forzata venga posta in essere personalmente dal giudice ovvero da un suo delegato. Nel caso di specie, infatti, la qualifica professionale del delegato costituisce unicamente il presupposto (attestante il possesso di determinate competenze e professionalità) per poter essere delegato dal giudice al compimento di attività che, altrimenti, dovrebbe svolgere in prima persona.

Se così è, delle due l'una: o ci troviamo di fronte ad un'attività che rientra nell'ambito della normativa antiriciclaggio o che non rientra, non è possibile che vi rientri solo in talune ipotesi in ragione del soggetto che la pone in essere".

prescrizioni per l'acquisizione, da parte dei rappresentanti dei soggetti non persone fisiche, delle informazioni sulla titolarità effettiva, e per la conservazione delle informazioni acquisite sotto la propria responsabilità. Conseguentemente, il richiamo dell'art. 22 ora in esame rischia di perdere funzione e significato se avulso dal contesto dell'adeguata verifica della clientela, cui sono tenuti i soggetti obbligati, e si impone uno sforzo volto a trovare, nel rinnovato contesto dell'art. 585 c.p.c. novellato, una nuova e diversa sistematizzazione. Tanto è vero che la relazione illustrativa è più che esplicita sui limiti del riferimento all'art. 22, e sulle ragioni degli stessi, ivi affermandosi testualmente che: l'intervento normativo è effettuato "rispettando rigorosamente la previsione della legge delega, limitata esclusivamente all'applicazione agli aggiudicatari di beni immobili, oggetto di espropriazione forzata, degli obblighi previsti dal D.Lgs. n. 231 del 2007 a carico del cliente".

Tralasciando il naturale rilievo che destinataria della dichiarazione è la procedura, ed il professionista delegato solo in quanto organo della stessa (che può altresì essere rappresentata dal giudice nei casi tuttora residui), occorre fare alcune considerazioni sugli effetti di tale scelta restrittiva.

In primo luogo, la legge delega faceva riferimento agli obblighi antiriciclaggio gravanti sul cliente per individuare gli obblighi dell'aggiudicatario, in una prospettiva che considerava solo tale soggetto, ma non limitava a quanto previsto dall'art. 22 la definizione di tali obblighi¹⁶, estendendoli, piuttosto, a tutto il perimetro del D.Lgs. 231/2007.

Conformemente a quanto già anticipato, dunque, è del tutto evidente che la delega è stata esercitata solo parzialmente e che, conseguentemente, il legislatore delegato ben avrebbe potuto introdurre, in attuazione della delega, una disciplina meno lacunosa di quella attualmente vigente all'esito della cd. riforma Cartabia. E di ciò è testimonianza anche il mancato utilizzo della medesima delega per le procedure concorsuali, che pure dovevano essere oggetto di norme delegate.

Inoltre va osservato che le dichiarazioni di cui all'art. 22 si inseriscono, nel disegno del D.Lgs. 231/2007, in un processo che comprende dapprima la valutazione del rischio di cui all'art. 15, e prosegue con l'adeguata verifica della clientela (in particolare artt. da 17 a 25), che consta a sua volta di identificazione, acquisizione di informazioni ed eventuale controllo delle stesse, con la possibilità di adottare misure semplificate, ordinarie o rafforzate di adeguata verifica. Esso prosegue con gli obblighi di conservazione documentale (artt. 31 ss.) e di segnalazione di operazioni sospette (art. 35 ss.).

L'aver isolato nella prescrizione le sole dichiarazioni di cui all'art. 22, rispetto alle più complesse operazioni prescritte nell'ambito della normale attività professionale, rende impossibile sia il contraddittorio tra soggetto

¹⁶ L. 26 novembre 2021 n. 206, art. 1, comma 12, lettera p): "prevedere che, nelle operazioni di vendita dei beni immobili compiute nelle procedure esecutive individuali e concorsuali, gli obblighi previsti dal decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, a carico del cliente si applicano anche agli aggiudicatari e che il giudice emette il decreto di trasferimento soltanto dopo aver verificato l'avvenuto rispetto di tali obblighi".

obbligato e cliente/esecutore, che è presupposto dell'attività antiriciclaggio degli intermediari obbligati, sia gli approfondimenti che portano alla scelta del tipo di adeguata verifica da effettuare e sono preludio dell'eventuale segnalazione.

E' evidente che da ciò deriva, per le procedure di espropriazione forzata, un sistema radicalmente diverso da quello previsto per le contrattazioni tra privati in cui interviene un professionista.

Più in dettaglio, avuto riguardo alla peculiare disciplina dettata dal legislatore della riforma è possibile evidenziare quanto segue.

Con riferimento all'individuazione dei soggetti onerati di rendere la suddetta dichiarazione, la norma è chiarissima nell'individuare gli stessi nei soli aggiudicatari. Così escludendo, seppur implicitamente, ogni obbligo antiriciclaggio riguardante gli offerenti che non si rendano aggiudicatari, nonché, in via generale, tutto quanto attiene a fasi della procedura esecutiva antecedenti rispetto all'aggiudicazione. In altri termini, il legislatore ha ritenuto irrilevanti le attività precedenti, in quanto evidentemente ritenute insuscettibili di trasformarsi in una condotta che integri il reato di riciclaggio (così come, del resto, sinora pacificamente ritenuto nella prassi dei Tribunali).

Il testo della norma riformata non è altrettanto univoco con riferimento al contenuto della dichiarazione che, in forza della stessa, è oggi tenuto a rendere l'aggiudicatario.

E' la stessa tecnica legislativa utilizzata, nel richiamare l'art. 22, a determinare questo effetto.

Il contenuto delle dichiarazioni, infatti, è disciplinato in modo generico dall'art. 22 nel presupposto che quanto dichiarato dovrà essere variamente approfondito dal soggetto obbligato, con richieste di informazioni ulteriori ed eventualmente di documentazione. Ciò nel nostro caso non è previsto. Il che induce a ritenere, in via interpretativa, che, nell'ipotesi in esame, dovrà trattarsi di una dichiarazione tendenzialmente esaustiva, il cui tenore dovrà essere predeterminato, e non potrà essere verificato, salvo rarissimi casi di contraddittorietà con le risultanze degli atti della procedura.

Muovendosi in questo ordine di idee, quanto mai opportuno sarebbe che il contenuto della dichiarazione venisse predeterminato in sede di delega, oltre che essere reso noto in sede di pubblicità¹⁷.

In altri termini, e in via più generale, è del tutto evidente che, a fronte di una disciplina così lacunosa come quella introdotta dal legislatore della cd. riforma Cartabia, l'introduzione di specifiche indicazioni nell'ambito dell'ordinanza di delega sarebbe di grosso ausilio in sede applicativa, sia per il delegato che per il conseguimento di una disciplina uniforme, quanto meno a livello di giudice delegante (se non anche, ove possibile, di Ufficio giudiziario).

La mancanza di una prescrizione precisa rende altresì impossibile definire se tale dichiarazione debba avere contenuti corrispondenti a quelli dell'adeguata verifica semplificata (da escludere in linea di principio per l'impossibilità di

¹⁷ Cfr. Ordine di servizio del Tribunale di Bergamo del 13 settembre 2023, prot. 2196/2023.

verificarne le condizioni) ordinaria o rafforzata¹⁸. E' possibile immaginare uno *standard* di adeguata verifica ordinaria, che scali in rafforzata in presenza di dichiarazioni che ne integrino la necessità (ad esempio il dichiararsi dell'aggiudicatario persona politicamente esposta). Tutto ciò, tuttavia, appare ragionevole ed ispirato ai principi cardine in materia di antiriciclaggio, ma non trova riscontro normativo diretto, essendo testuale che in sede di esecuzione immobiliare non si procede ad adeguata verifica.

Quanto, poi, alla forma della dichiarazione che l'aggiudicatario è tenuto a rendere, la norma prescrive che le sue dichiarazioni debbano essere rese in forma di "dichiarazione scritta resa nella consapevolezza della responsabilità civile e penale prevista per le dichiarazioni false o mendaci", laddove le dichiarazioni previste dall'art. 22 del D.Lgs. 231/2007 non richiedono espressamente simili assunzioni di responsabilità. E' pur vero che l'articolo 55 comma 3 del D.Lgs. 231/2007 prevede sanzioni penali nel caso in cui le dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 22 si rivelino mendaci, ma ciò è indipendente dal formalismo della dichiarazione, richiesto solo in questo caso. D'altra parte la formulazione della norma sembra evitare il riferimento espresso alla dichiarazione sostitutiva di atto notorio, quale prevista dal D.P.R. 445/2000: questo è comprensibile perché le dichiarazioni del cliente o dell'esecutore in materia di adeguata verifica non possono certo rientrare nel concetto di notorietà. Ciò, in conclusione, fa propendere in questo caso per l'applicazione delle sanzioni, anche penali, proprie della normativa antiriciclaggio, e non della diversa disciplina prevista per le dichiarazioni sostitutive.

All'esito dell'esame condotto della previsione di cui all'art. 585 c.p.c. è possibile, dunque, concludere che l'intervento del legislatore lascia aperti significativi problemi evidenziati già prima della riforma in tema di adeguata verifica e segnalazioni di operazioni sospette, in mancanza, in primo luogo, di soggetti obbligati, in quanto non possono ritenersi tali né il giudice né il suo delegato, come chiarito in modo inequivocabile anche dalla relazione illustrativa, e finanche dalla legge delega.

Ciò posto, non resta, dunque, che chiedersi se, nonostante l'intervento del legislatore nel senso di dettare una peculiare disciplina con riferimento alla vendita forzata, residuano margini, e se del caso quali, per colmare le persistenti lacune in materia ricorrendo alla disciplina di carattere più generale vigente in tema di antiriciclaggio. Per poi concentrarsi, come vedremo, sulle ulteriori lacune da cui è affetta la nuova disciplina introdotta dal legislatore della cd. riforma Cartabia con specifico riferimento alla procedura esecutiva (es. conseguenze della mancanza o falsità della dichiarazione dell'aggiudicatario).

¹⁸ Né tantomeno appare possibile una definizione di quali siano in ciascuna ipotesi i compiti precisi dei soggetti obbligati nella permanente vaghezza, ed in parte indeterminatezza, della normativa al riguardo. Sul punto Nastri (2023, pag. 611 ss.).

6 IL RUOLO DEGLI ORGANI DELLA PROCEDURA DOPO LA RIFORMA CARTABIA

All'esito dell'indagine sinora condotta, e in conformità con quanto evidenziato, è possibile anzitutto sottolineare come la scelta del legislatore delegato, in sede di attuazione della delega, è quella di attribuire al professionista (delegato al compimento delle operazioni di vendita forzata) un ruolo estremamente circoscritto rispetto a quello che la normativa di carattere generale gli attribuisce con riferimento alla tradizionale ipotesi della "vendita volontaria". Un ruolo, in ragione di quanto già evidenziato, anche più circoscritto di quello che il legislatore delegato, dando piena attuazione alla delega, avrebbe potuto assegnargli, consentendo alla suddetta normativa di carattere generale di trovare una maggiore e più significativa applicazione anche in sede di espropriazione forzata.

In altri termini, occorre anzitutto prendere atto della chiara scelta del legislatore delegato, non solo di escludere la riconducibilità del professionista delegato fra i professionisti contemplati dall'art. 3 del Dlgs. n. 231/2007, ma anche di circoscrivere fortemente l'applicabilità della disciplina antiriciclaggio con riferimento alla vendita forzata, stante il più volte richiamato riferimento al solo articolo 22 e, più precisamente, solo a parte dello stesso.

Conseguentemente, è bene evidenziarlo, è da escludere in radice l'applicabilità in sede di espropriazione forzata, in particolare, delle norme in materia di segnalazione di operazioni sospette (art. 35 ss. D.Lgs. 231/2007), che prevedono in modo dettagliato: il comportamento dei professionisti (art. 37) nel caso in cui venga rilevata un'operazione sospetta, i parametri generici in base ai quali deve essere rilevata, i comportamenti da tenere sino all'obbligo di astensione dal compimento dell'operazione (art. 35 secondo comma), nonché la tutela della riservatezza dell'identità del segnalante (art. 38).

A titolo meramente esemplificativo, va dunque escluso che, sulla base di una diretta applicazione delle suddette disposizioni, scatti l'obbligo di astensione o l'obbligo di segnalazione per il professionista delegato nell'ipotesi, su cui avremo modo di soffermarci da qui a breve sotto il profilo degli effetti sulla procedura esecutiva, in cui l'aggiudicatario non renda la dichiarazione di cui all'art. 585 c.p.c. entro il termine prescritto dal giudice.

Anche se, al di là di quanto potrà emergere a livello di prassi presso i Tribunali – di cui, evidentemente, il professionista delegato non potrà non tenere conto –, occorre comunque verificare, come avremo modo di fare di qui a breve, se questo o altri obblighi possano ricadere sul professionista delegato in forza di previsioni di carattere più generale in tema di antiriciclaggio ovvero se, pur in assenza di uno stringente obbligo di legge, in forza delle suddette prassi e/o a fronte di una disciplina lacunosa come quella in esame, il professionista delegato possa comunque assumere determinate iniziative. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla possibilità di effettuare comunque una segnalazione (assumendo discrezionalmente a parametro di riferimento la disciplina di cui

sopra o nei modi che saranno meglio precisati più avanti) a fronte di oggettivi indici di una “operazione sospetta” indipendenti da un’attività preordinata alla ricerca di fenomeni di riciclaggio, cui – per i motivi appena più sopra evidenziati – sicuramente il professionista delegato non è tenuto.

Ciò che preme, però, ancor prima e soprattutto evidenziare è che la struttura complessiva, l’organizzazione, le metodologie, la formazione e tutto quanto altro prescritto dal D.Lgs. 231/2007 non entrano in gioco nello svolgimento dell’attività di cui si discute da parte del professionista, sia perché, come già evidenziato *ante* riforma Cartabia, agisce in questa sede in qualità di sostituto del giudice – e dunque nell’esercizio di un’attività qualificabile come giurisdizionale (e non già “professionale”) –, sia perché questa, come appena più sopra evidenziato, è stata una chiara scelta del legislatore delegante, il quale ha sostanzialmente inteso circoscrivere il controllo antiriciclaggio in sede di vendita forzata ad un controllo meramente formale incentrato sulla dichiarazione che l’aggiudicatario è tenuto a rendere, quale condizione per l’emissione del decreto di trasferimento.

A scanso di equivoci, del resto, la stessa Relazione illustrativa chiarisce che si è volutamente evitato di porre alcun obbligo a carico del professionista delegato, in quanto non previsto dalla legge delega¹⁹.

Ciò posto, è possibile ritenere che un qualche obbligo in capo al professionista delegato residui comunque in forza della normativa di carattere più generale esistente in materia?

Al netto delle disposizioni introdotte con l’ultima riforma si deve ribadire che non esistono altre disposizioni espresse in materia di antiriciclaggio che disciplinino la fattispecie in esame e, in via più generale, l’attività giurisdizionale.

Quest’ultima, infatti: per un verso, è solo indirettamente interessata da alcune norme contenenti specifiche disposizioni con riferimento all’attività del difensore²⁰, e irrilevanti ai nostri fini; per altro verso, è interessata da disposizioni

¹⁹ Nella stessa si legge, testualmente che: “non si è ritenuto di porre a carico del professionista compiti di controllo o verifica delle informazioni così acquisite, sia perché in tal senso non disponeva la legge delega, sia perché il D.Lgs. n. 231 del 2007 prevede una serie variegata di modalità di controllo delle dichiarazioni ad opera del professionista e di strumenti di indagine (alcuni assai incisivi) a disposizione di quest’ultimo, per cui (si ripete: in mancanza di indicazioni della legge delega) la scelta dell’uno o dell’altro metodo di controllo sarebbe stato esercizio di discrezionalità istituzionalmente non conferita al legislatore delegato”.

²⁰ Più precisamente, in forza di quanto disposto dall’art. 18, comma 4: “fermi gli obblighi di identificazione, i professionisti, limitatamente ai casi in cui esaminano la posizione giuridica del loro cliente o espletano compiti di difesa o di rappresentanza del cliente in un procedimento innanzi a un’autorità giudiziaria o in relazione a tale procedimento, anche tramite una convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati ai sensi di legge, compresa la consulenza sull’eventualità di intenterlo o evitarlo, sono esonerati dall’obbligo di verifica dell’identità del cliente e del titolare effettivo fino al momento del conferimento dell’incarico”. In forza di quanto disposto dall’art. 35, comma 5: “l’obbligo di segnalazione delle operazioni sospette non si applica ai professionisti per le informazioni che essi ricevono da un loro cliente o ottengono riguardo allo stesso nel corso dell’esame della posizione giuridica o dell’espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento innanzi a un’autorità giudiziaria o in relazione a tale procedimento, anche tramite una convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati ai sensi di legge, compresa la consulenza sull’eventualità di intenterlo o evitarlo, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso”.

di carattere più generale, contenute nell'art. 12 del D.lgs. n. 231/2007, il quale, nel disciplinare "collaborazione e scambio di informazioni tra autorità nazionali", menziona in più occasioni anche l'autorità giudiziaria.

Quest'ultima norma, al comma 7 prevede che:

l'autorità giudiziaria, quando ha fondato motivo di ritenere che il riciclaggio, l'autoriciclaggio o l'impiego di denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita ovvero le attività preordinate al compimento di uno o più atti con finalità di finanziamento del terrorismo siano avvenuti attraverso operazioni effettuate presso gli intermediari sottoposti a vigilanza, ne dà comunicazione alle autorità di vigilanza di settore e alla UIF per gli adempimenti e le analisi di rispettiva spettanza. Le notizie comunicate sono coperte dal segreto d'ufficio. La comunicazione può essere ritardata quando può derivarne pregiudizio alle indagini. Le Autorità di vigilanza di settore e la UIF, fermo quanto stabilito dall'articolo 8, comma 1, lettera a), comunicano all'autorità giudiziaria le iniziative assunte e i provvedimenti adottati²¹.

Il D.Lgs. 231/2007 contiene poi una specifica disciplina per le "Pubbliche amministrazioni", contenuta nell'art. 10 del D.Lgs. n. 231/2007, il quale, per quanto in questa sede maggiormente interessa, al quarto comma, con disposizione per taluni versi analoga a quella da ultimo richiamata di cui all'art. 12, prevede che: "al fine di consentire lo svolgimento di analisi finanziarie mirate a far emergere fenomeni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, le Pubbliche amministrazioni comunicano alla UIF dati e informazioni concernenti le operazioni sospette di cui vengano a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale"²².

L'Autorità giudiziaria e la Pubblica amministrazione risultano quindi onerate di un'attività di comunicazione/segnalazione alle Autorità di vigilanza di settore e/o alla UIF con riferimento alle attività sospette di cui siano venute a conoscenza nell'esercizio delle relative funzioni, anche se, a rigore, mentre il testo dell'art. 10 appare pienamente in linea con questa *ratio* (recando un riferimento espresso alle "operazioni sospette di cui" le Pubbliche Amministrazioni "vengano a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale"), quello

²¹ Con disposizione di carattere più generale, che non reca alcun riferimento espresso all'autorità giudiziaria, il medesimo art. 12, al comma secondo, prevede che: "fermo quanto stabilito dal presente decreto circa la titolarità e le modalità di esercizio dei poteri di controllo da parte delle autorità di cui all'articolo 21, comma 2, lettera a), le amministrazioni e gli organismi interessati, qualora nell'esercizio delle proprie attribuzioni rilevino l'inosservanza delle norme di cui al presente decreto, accertano e contestano la violazione con le modalità e nei termini di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze possono essere dettate modalità e procedure per la contestazione della violazione e il successivo inoltro all'autorità competente all'irrogazione della sanzione. Le medesime amministrazioni e i medesimi organismi informano prontamente la UIF di situazioni, ritenute correlate a fattispecie di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, di cui vengono a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale".

²² La disposizione prosegue specificando che "la UIF, in apposite istruzioni, adottate sentito il Comitato di sicurezza finanziaria, individua i dati e le informazioni da trasmettere, le modalità e i termini della relativa comunicazione nonché gli indicatori per agevolare la rilevazione delle operazioni sospette". In data 23 aprile 2018 l'UIF ha emanato le Istruzioni sulle comunicazioni di dati e informazioni concernenti le operazioni sospette da parte degli uffici delle pubbliche amministrazioni.

di cui all'art. 12 sembrerebbe, invece, circoscrivere maggiormente l'ambito di applicazione della norma (recando un riferimento espresso alle "operazioni effettuate presso gli intermediari sottoposti a vigilanza").

Queste norme sono l'espressione di un principio, di carattere più generale, di collaborazione tra tutte le pubbliche amministrazioni, l'autorità giudiziaria e gli organi dell'indagine al fine di "agevolare l'individuazione di ogni circostanza in cui emergono fatti e situazioni la cui conoscenza può essere comunque utilizzata per prevenire l'uso del sistema finanziario e di quello economico a scopo di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo" (art. 12, primo comma).

Ante riforma Cartabia, in dottrina (FABIANI; NASTRI, 2021), era stata ravvisata in queste norme la base per un'operazione interpretativa volta a colmare la lacuna esistente in tema di procedure esecutive e concorsuali.

Per colmare questa lacuna, si era tentato di valorizzare al massimo la suddetta previsione di cui all'art. 12, comma 7, pure nella consapevolezza di un testo formulato in modo restrittivo rispetto all'esigenza prospettata.

Più precisamente, attraverso una sorta di lettura in "combinato disposto" delle due suddette disposizioni, si era giunti a concludere che: "l'autorità giudiziaria, quando ha fondato motivo di ritenere che il riciclaggio, l'autoriciclaggio o l'impiego di denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita ovvero le attività preordinate al compimento di uno o più atti con finalità di finanziamento del terrorismo siano avvenuti" anche "attraverso operazioni effettuate" (non "presso gli intermediari sottoposti a vigilanza", così come testualmente previsto dalla suddetta disposizione, ma) in sede di espropriazione forzata, sia tenuta a darne "comunicazione alle autorità di vigilanza di settore e alla UIF per gli adempimenti e le analisi di rispettiva spettanza"²³.

Un argomento per superare, nelle fattispecie in esame, il limite relativo alla operatività degli intermediari sottoposti a vigilanza, ferme restando le perplessità che genera tale formulazione della norma, può essere rinvenuto nel fatto che la vigilanza è esercitata dalle autorità di cui all'art. 1, comma 2, lett. c), vale a dire la Banca d'Italia, la Consob e l'IVASS. Poiché le operazioni potenzialmente sospette relative a vendite forzate richiedono tutte strumenti di pagamento emessi e movimentati per il tramite di intermediari soggetti a vigilanza, si può ritenere che le vendite forzate rientrino, almeno di fatto, nell'ambito applicativo del settimo comma dell'art. 12.

E' possibile giungere alle medesime conclusioni anche *post* riforma Cartabia a fronte delle segnalate lacune che questa riforma ha comunque lasciato aperte?

A fronte della scelta effettuata dal legislatore delegato la strada si presenta ancor più in salita che *ante* riforma Cartabia.

²³ Invero la comunicazione all'autorità di vigilanza sembra essere finalizzata più alla verifica della correttezza del comportamento dell'intermediario che all'individuazione di fenomeni di riciclaggio; ma a maggior ragione la comunicazione all'UIF sembra invece volta al contrasto diretto del riciclaggio. Si può quindi opinare che la segnalazione all'autorità di vigilanza ed UIF possano essere disgiunte e non necessariamente concorrenti in ogni singola fattispecie.

Mentre, infatti, *ante* riforma Cartabia ci trovavamo di fronte ad una lacuna determinata da una disciplina di carattere generale che non aveva tenuto conto della peculiare ipotesi della vendita forzata, *post* riforma Cartabia una peculiare disciplina di riferimento esiste e detta disciplina è il frutto di una chiara scelta del legislatore (delegante) di escludere chiaramente l'applicabilità di tutta una serie di norme (in precedenza esemplificativamente richiamate) che trovano applicazione solo con riferimento ai professionisti di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 231/2007.

Ciò nonostante, l'estrema genericità di disposizioni quali quella appena più sopra richiamata, contenuta nell'art. 12, comma 7, inducono a non escludere in radice la percorribilità della suddetta via anche *post* riforma Cartabia.

Qualora dovesse ritenersi percorribile la suddetta opzione interpretativa, dovrebbe conseguentemente ritenersi che il professionista delegato debba tempestivamente informare il giudice affinché quest'ultimo possa esercitare, ove ritenga sussistenti i relativi presupposti, i suddetti poteri che la normativa antiriciclaggio attribuisce all'Autorità giudiziaria²⁴ ovvero procedere lui stesso alla effettuazione della comunicazione di cui all'art. 12, opzioni interpretative entrambe legittime a fronte della estrema genericità della disposizione contenuta nell'art. 12.

Alla luce della intervenuta riforma dell'art. 585 c.p.c. deve ritenersi che questo obbligo possa scattare in primo luogo in tutti in casi in cui la dichiarazione resa dall'aggiudicatario (se del caso unitamente alle altre evidenze risultanti dalla procedura) risulti essere incompleta, incongrua, palesemente non veritiera o comunque tale da integrare il suddetto "*fondato motivo di ritenere*". Ma debba scattare, così come ritenuto già *ante* riforma Cartabia, anche in tutti gli altri casi in cui il sospetto risulti (non dalla dichiarazione, ma) da qualsiasi altra evidenza agli atti della procedura.

Questi indici potranno venire in rilievo nell'esercizio delle attività delegate dal giudice, che comprendono, ad esempio, l'identificazione dell'aggiudicatario e l'acquisizione e movimentazione di mezzi di pagamento.

Non sorge però, a maggior ragione dopo la Riforma Cartabia, alcun obbligo al di fuori della valutazione dei dati che affluiscono normalmente alla procedura.

²⁴ Utilizzando, si potrebbe ritenere, le modalità di cui alle citate Istruzioni UIF del 23 aprile 2018 (cfr. nota 14). Sembra porsi sulla stessa linea di pensiero la regola tecnica numero 2 del CNDCEC, la quale definisce l'attività delegata dall'autorità giudiziaria in materia di vendita forzata come prestazione a rischio inerente non significativo, in relazione alla quale è necessario acquisire e conservare (quale regola di condotta ai fini dell'adeguata verifica) copia del provvedimento di nomina, mentre dal punto di vista operativo "Si tratta di incarichi che derivano da nomine giudiziali nelle quali, di norma, il professionista si interfaccia con l'autorità giudiziaria. In tali incarichi il professionista, nelle relazioni tecniche all'autorità giudiziaria, evidenzia anche le eventuali irregolarità riscontrate sia a livello civile che penale (ad esempio nelle curatele fallimentari o negli incarichi di amministrazione giudiziale) e, quindi, anche le eventuali anomalie ai fini dell'antiriciclaggio e del finanziamento al terrorismo." Le regole tecniche sono state approvate dal CNDCEC nella seduta del 16 gennaio 2019, su Parere del Comitato di Sicurezza Finanziaria datato 6 dicembre 2018 e trasmesso al CNDCEC in data 11 dicembre 2018. Tali regole tecniche dovranno però essere coordinate (probabilmente modificate) a seguito delle intervenute modifiche normative.

Conformemente a quanto già evidenziato, il complesso di struttura, organizzazione, metodologie, formazione e quanto altro prescritto dal D.Lgs. 231/2007 non entra in gioco in questa attività. Il settimo comma dell'articolo 12 fa, infatti, riferimento al "*fondato motivo di ritenere*", e non agli esiti di un'attività preordinata alla ricerca dei fenomeni di riciclaggio, e l'esclusione dell'attività in esame dal novero delle attività professionali di cui all'art. 3, come sopra evidenziato, impone a monte di individuare ed applicare una diversa disciplina. La dichiarazione di cui all'ultimo comma dell'art. 585 c.p.c. non sarà altro che uno degli elementi che daranno corpo a tale fondato motivo.

Non trovano applicazione diretta nell'ipotesi in esame, giova ribadirlo, le norme in materia di segnalazione di operazioni sospette (art. 35 ss. D.Lgs. 231/2007) che prevedono in modo dettagliato il comportamento dei professionisti (art. 37) nel caso in cui venga rilevata un'operazione sospetta, i parametri generici in base ai quali deve essere rilevata, e i comportamenti da tenere sino all'obbligo di astensione dal compimento dell'operazione (art. 35 secondo comma), nonché la tutela della riservatezza dell'identità del segnalante (art. 38).

Ma, in ragione di quanto appena più sopra evidenziato, si può comunque ritenere che debbano essere salvaguardati taluni principi fondamentali sottesi alle suddette disposizioni quali, in particolare, quelli relativi agli indicatori che inducono alla segnalazione ed alla tutela dell'identità del segnalante, che ritroviamo anche nelle citate Istruzioni UIF per la pubblica amministrazione e che, pur non potendo trovare anch'esse diretta applicazione in sede di espropriazione forzata, potrebbero comunque costituire un utile parametro di riferimento per individuare prassi virtuose largamente condivise, indispensabili per agevolare l'attività di tutti gli operatori del diritto coinvolti, a fronte di un vuoto normativo quale quello segnalato e della possibilità di colmarlo solo con una disposizione estremamente generica quale quella di cui all'art. 12.

Nell'assenza di una disposizione espressa, resta comunque aperto il delicato problema di stabilire cosa debba esattamente fare il professionista delegato qualora riscontri, nell'esercizio dell'attività delegata, gli estremi di un'operazione "sospetta", posto che, ferma restando l'inapplicabilità di quanto disposto dalla normativa antiriciclaggio per la segnalazione delle operazioni sospette da parte dei professionisti e la possibilità di ricorrere – come in precedenza ipotizzato – alla generica previsione di cui all'art. 12, proprio in ragione della estrema genericità di quest'ultima disposizione, si potrebbe ritenere: sia che debba essere lo stesso delegato a procedere all'effettuazione della suddetta comunicazione, argomentando in particolare dalla esigenza di salvaguardare al massimo la segretezza²⁵; sia che, in ragione del peculiare rapporto che lega il delegato al delegante, il primo debba comunicare al secondo, informalmente e

²⁵ Muovendosi in questo ordine di idee, in assenza di una specifica disciplina, il delegato, sul piano delle modalità operative, potrebbe assumere a parametro di riferimento o le suddette Istruzioni UIF del 23 aprile 2018 (cfr. nota 14) ovvero la procedura di "Segnalazione Operazioni Sospette" (SOS) prevista dal legislatore per i professionisti (che non trova applicazione in via cogente per i motivi già evidenziati). In tale senso propende l'ordine di servizio del Tribunale di Bergamo del 13 settembre 2023, prot. 2196/2023, che invita all'utilizzo del portale INFOSTA-UIF (in realtà, almeno per i notai e dottori commercialisti è possibile utilizzare il servizio ARSOS messo a disposizione dai rispettivi Consigli Nazionali).

riservatamente – al fine di salvaguardare comunque detta segretezza²⁶ –, quanto riscontrato nell’esercizio dell’attività delegata, in modo tale che sia il giudice (e non il delegato) ad effettuare la suddetta comunicazione di cui all’art. 12 (ove ritenga sussistenti i relativi presupposti)²⁷.

Di ausilio per il professionista delegato, oltre che per agevolare un comportamento uniforme di tutti i delegati (quanto meno) dello stesso giudice, sarebbe l’introduzione di specifiche indicazioni sul punto nell’ordinanza di delega.

Ci troviamo di fronte ad una conclusione non del tutto soddisfacente rispetto alle finalità della legislazione antiriciclaggio, ma che rappresenta, comunque, il massimo risultato conseguibile in un contesto normativo, quale quello appena più sopra delineato, che: per un verso, reca tuttora una disciplina incompleta con riferimento alla vendita forzata; per altro verso, nell’occuparsi dell’attività giurisdizionale, la esclude dal relativo perimetro applicativo, riservandole solo un generico ruolo di “controllo” e propulsivo rispetto all’attività di altri soggetti quale quello in precedenza indicato.

E’ triste constatarlo, ma nonostante il recente intervento riformatore della materia, questo è il massimo risultato conseguibile in via interpretativa per cercare di assicurare un efficace controllo antiriciclaggio in sede di espropriazione forzata.

7 LA DICHIARAZIONE DELL’AGGIUDICATARIO E LE POSSIBILI PATOLOGIE: MANCANZA O RIFIUTO, RETICENZA, FALSITÀ

L’intervento riformatore, per come concepito, apre al contempo delicati problemi con più specifico riferimento alla procedura esecutiva, posto che le norme riformate (*in primis* l’art. 585 c.p.c.) si rivelano particolarmente lacunose anche sotto questo profilo.

Sicuramente alla dichiarazione dell’aggiudicatario viene attribuita la rilevanza di condizione per l’emissione del decreto di trasferimento, con la conseguenza, dunque, che, “se la fase di liquidazione giudiziale degli immobili è stata delegata [...] il professionista incaricato non potrà trasmettere al giudice dell’esecuzione la bozza del decreto per la sottoscrizione ove l’aggiudicatario non abbia ottemperato alle prescrizioni del D.Lgs. n. 231 del 2007” (SOLDI, 2019, p. 1.674.).

²⁶ Muovendosi in questo differente ordine di idee, non può evidentemente assumersi a parametro di riferimento, sul piano delle modalità operative, la disciplina del codice di rito civile (segnatamente quella contenuta nell’art. 591- *ter* c.p.c.) in quanto evidentemente inidonea a salvaguardare la segretezza, nonché ogni altra disciplina che finisca per incentrarsi su una comunicazione formale del delegante al delegato di cui rimarrebbe traccia nel fascicolo processuale e/o che diverrebbe comunque conoscibile, in quanto tale, da una platea più o meno ampia (a seconda delle differenti possibili modalità di estrinsecazione formale di questa comunicazione) di altri soggetti.

²⁷ Assumendo a parametro di riferimento, sul piano delle modalità operative, come in precedenza già ipotizzato (cfr. nota 16) le suddette Istruzioni UIF del 23 aprile 2018 (cfr. nota 14).

Al contempo, però, nulla è previsto con riferimento all'omessa (o ritardata) dichiarazione entro il termine fissato per il versamento del prezzo, ossia il termine indicato dal nuovo testo dell'art. 585 c.p.c.

In altri termini, dalla lettura delle previsioni normative appena più sopra richiamate non è dato comprendere quali siano le conseguenze del mancato rispetto, da parte dell'aggiudicatario, dell'obbligo di rendere la suddetta dichiarazione entro il suddetto termine.

Al contempo è discussa la natura di questo termine (perentorio o ordinatorio) e, dunque, anche la conseguente sussistenza o meno del potere del giudice di prorogarlo.

Sotto quest'ultimo profilo sono state sostenute entrambe le contrapposte tesi, argomentando:

- in favore della natura ordinatoria del termine, dalla regola di carattere generale di cui all'art. 152 c.p.c., in forza della quale in assenza di una previsione espressa – insussistente nel caso di specie – il termine non può essere considerato perentorio;
- in favore della natura perentoria del termine: dal criterio di qualificazione funzionale di un termine processuale adottato dalla Cassazione in sede di espropriazione forzata, in forza del quale detto termine può essere ritenuto perentorio in ragione della funzione che è destinato ad assolvere; dalla coincidenza del termine nel caso di specie con il termine del saldo prezzo, pacificamente qualificato come perentorio; dal rappresentare entrambi i suddetti adempimenti (pagamento del saldo prezzo e dichiarazione antiriciclaggio) condizioni necessarie per la pronuncia del decreto di trasferimento (oltre che per la corretta prosecuzione del procedimento esecutivo) che è plausibile ritenere debbano avverarsi entro il medesimo termine (CARAMIA, 2023, p. 7)²⁸.

²⁸ Nell'evidenziare, a quest'ultimo proposito, "che, ove in ipotesi venga tempestivamente versato il prezzo ma non sia resa la prescritta dichiarazione, comunque il decreto di trasferimento non potrebbe essere pronunciato, se non si vuole svuotare la novella di qualsivoglia portata". Giunge, invece, all'opposta conclusione, e cioè che si tratti di un termine avente natura ordinatoria, pur auspicando un correttivo legislativo in quanto entrambe le possibili soluzioni prestano il fianco a critica, SOLDI, 2019, p. 1.674-1.675 secondo la quale: qualora dovesse ritenersi che il termine abbia natura perentoria, "il processo di espropriazione sarebbe esposto al rischio che la vendita possa svolgersi inutilmente, senza che il ritardo provocato da una aggiudicazione che non esiti nel trasferimento del bene risulti compensata dalla confisca della cauzione"; qualora dovesse ritenersi, invece, che il termine abbia natura ordinatoria, "la durata del processo di espropriazione potrebbe dilatarsi *sine die*, quantomeno in ipotesi, atteso che è difficilmente ipotizzabile che l'aggiudicatario accetti di lasciare a disposizione del processo senza ottenere la contropartita del trasferimento del bene". Ciò posto, "in assenza di una indicazione legislativa espressa" sembrerebbe "potersi optare per la soluzione secondo cui il termine in questione sarebbe ordinatorio". Conseguentemente, potrebbe "ipotizzarsi che l'aggiudicatario possa rendere la dichiarazione anche oltre il termine fissato per il versamento del saldo prezzo, previa richiesta di proroga. In tal caso, l'emanazione del decreto di trasferimento resterà subordinata all'osservanza di tale incombente". Nel senso che "entrambe le soluzioni presentano fragilità" (EBNER; GIORGI, 2023, p. 98-99).

Si è altresì evidenziato che, anche muovendosi nella prospettiva tendente a riconoscere natura ordinatoria al termine in esame, occorrerebbe comunque aver ben presente che lo stesso non può essere “arbitrariamente disatteso, in quanto l’art. 154 c.p.c. prevede che il giudice possa, su istanza di parte o d’ufficio, prorogarlo o abbreviarlo solo se non ancora scaduto”; pur muovendosi in questa prospettiva interpretativa, dunque,

ove l’aggiudicatario faccia istanza di proroga del termine prima della sua scadenza, il giudice potrà concederla differendo la pronuncia del decreto di trasferimento allo spirare della proroga; se la dichiarazione sia resa *nulla quaestio*; ma se la stessa non lo sia, si sarà perso tempo inutilmente non potendosi dare corso al trasferimento (CARAMIA, 2023, p. 7-8).

Secondo taluna dottrina, “una via percorribile” per risolvere la suddetta problematica potrebbe “essere quella dell’inserimento da parte del giudice dell’esecuzione, nell’ordinanza di delega alle vendite, che diverrebbe per questo aspetto “*lex specialis*”, di un termine per rendere la dichiarazione antiriciclaggio prevedendo altresì che, decorso inutilmente detto termine, verrà meno l’aggiudicazione” (EBNER; GIORGI, 2023, 99).

Conformemente a quanto già evidenziato con riferimento alla disciplina lacunosa contenuta nell’art. 585 c.p.c., è evidente che l’ordinanza di delega può rappresentare, anche con riferimento al profilo ora in esame, un prezioso strumento per agevolare l’attività del professionista delegato al compimento delle operazioni di vendita, oltre che per favorire prassi uniformi (presso un determinato Ufficio giudiziario o quanto meno presso un determinato giudice delegante).

Quanto alle conseguenze (non per la procedura ma) per l’aggiudicatario, in ipotesi di omessa dichiarazione, si è ritenuto unanimemente che, alla necessaria decadenza (D’ALONZO, 2022)²⁹, non seguirà la perdita della cauzione “cui l’art. 587 c.p.c. assegna una vera e propria funzione sanzionatoria, non essendo questa conseguenza esplicitamente contemplata” (D’ALONZO, 2022; ma nello stesso senso, fra gli altri, cfr. SOLDI, 2019, p. 1.675; CARAMIA, 2023, p. 8.). Si assisterà, in altri termini, ad una revoca dell’aggiudicazione con restituzione della cauzione.

Taluna dottrina, però, nel tentativo di individuare comunque una sanzione per l’aggiudicatario che ometta di rendere la dichiarazione in esame (così da contrastare anche la pratica distorsiva di colui che, partecipando ad una vendita, e versando financo il prezzo di aggiudicazione, ometta scientemente di rendere la dichiarazione antiriciclaggio, ben sapendo che la procedura non potrà trattenere la cauzione, e quindi neanche il saldo versato), ha ravvisato la possibile soluzione nel combinato disposto del secondo capoverso dell’ultimo comma dell’art. 587 c.p.c. e dell’art. 177 disp. att. c.p.c., secondo il quale

²⁹ Secondo il quale “la produzione di siffatta autocertificazione non è richiesta a pena di decadenza, ma questa conseguenza si impone perché un’eventuale omissione, impedendo la pronuncia del decreto di trasferimento (come si evince dal novellato art. 586 c.p.c.), ove non accompagnata da una conseguenza imbriglierebbe la procedura in una situazione di stallo”.

l'aggiudicatario inadempiente (inadempiente, nel caso di specie, rispetto all'obbligo di rendere la dichiarazione) è tenuto al pagamento di una somma pari alla differenza tra il prezzo da lui offerto, dedotta la cauzione versata, e quello minore per il quale è avvenuta la vendita, in forza di decreto di condanna che costituisce titolo esecutivo a favore dei creditori rimasti insoddisfatti in sede di riparto (D'ALONZO, 2022).

Il panorama dottrinale appena più sopra sinteticamente delineato trova sostanzialmente riscontro anche nelle differenti prassi dei Tribunali, talvolta anche con singolari prese di posizione che non trovano riscontro in dottrina³⁰.

A fronte del lacunoso testo normativo introdotto dal legislatore, ancor più complessa è, infine, l'ipotesi della dichiarazione resa, ma in modo incompleto o mendace.

Al di là del necessario avvio del procedimento penale quando ne ricorrano i presupposti, non vi sono, infatti, indici normativi circa i successivi passi della procedura esecutiva.

E' sicuramente ipotizzabile, in queste ipotesi, l'emanazione di uno specifico ordine del giudice per l'integrazione della dichiarazione incompleta, ma resta comunque il problema di stabilire cosa accada in caso di mancata osservanza dell'ordine del giudice di integrazione della dichiarazione.

In quest'ultima ipotesi, in astratto sembrerebbero percorribili due vie: la revoca dell'aggiudicazione, su istanza eventualmente del professionista delegato ai sensi dell'art. 591 ter c.p.c., ottenendosi così un risultato analogo, e pertanto conforme ai principi, a quello che deriva dall'obbligo di astensione previsto in via generale dall'art. 35, comma 2, del D.Lgs. 231/2007; ovvero (e ciò sarà possibile nei casi meno gravi), l'emanazione del decreto, accompagnata dalla segnalazione alle autorità competenti, applicandosi, come ipotizzato in precedenza, il principio generale di cui all'art. 12 D.Lgs. n. 231/2007.

Il mancato rendimento della dichiarazione, o il rendimento di dichiarazione non veritiera, sarà poi soggetto all'applicazione del sistema sanzionatorio amministrativo e penale di cui all'art. 55 del D.Lgs. n. 231/2007.

³⁰ Il riferimento è alla delega in uso presso il Tribunale di Roma (modello di "delega telematica Cartabia") ove si prevede che: "a pena di inammissibilità dell'offerta si dovrà [...] allegare dichiarazione di cui all'art. 585 ultimo comma c.p.c. (resa ai sensi dell'art. 22 D.Lgs. 231/2007), il cui modello è reso disponibile sul sito del Tribunale di Roma (sez. modulistica sez. IV esecuzioni). Entro il termine per il saldo prezzo l'aggiudicatario dovrà inviare al professionista delegato copia aggiornata della dichiarazione laddove mutassero le indicazioni rese. In caso di mancata trasmissione della integrazione l'offerente è reso edotto che - sotto la propria responsabilità - si riterranno confermate le precedenti dichiarazioni". Al contempo, nelle "disposizioni relative al pagamento del prezzo e degli oneri accessori", si prevede che il delegato "sotto la propria responsabilità è ... tenuto ad aggiornare la dichiarazione resa ai sensi dell'art. 22 D.Lgs. 231/2007. Il delegato, unitamente al deposito della minuta del decreto di trasferimento, depositerà le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario (sia quella contenuta nell'offerta che quella integrativa) ai sensi della normativa su richiamata; apposita certificazione relativa all'esatto e tempestivo versamento da parte dell'aggiudicatario delle spese e degli oneri accessori. Le somme a qualunque titolo versate dall'aggiudicatario saranno preventivamente imputate al pagamento degli oneri accessori e delle spese e, quindi, al pagamento del saldo del prezzo. Con la conseguenza che il mancato versamento entro il termine di quanto complessivamente dovuto (sia a titolo di saldo del prezzo, sia a titolo di oneri accessori) comporterà la decadenza dall'aggiudicazione e la perdita della cauzione, oltre alla eventuale condanna ex artt. 587, 2.° co, c.p.c. e 177 disp att. c.p.c.".

8 LE PROCEDURE CONCORSUALI

Conformemente a quanto già anticipato, nonostante il legislatore delegante lo prevedesse, il legislatore delegato non è intervenuto con riferimento alle procedure concorsuali. E ciò, si badi, nonostante la dottrina avesse evidenziato come, in questo caso, la problematica in esame veniva in rilievo in termini ancor più articolati e complessi (cfr. più ampiamente FABIANI; NASTRI, 2021, p. 5 s.; FABIANI; NASTRI, 2020, p. 261 s.). Ciò, non tanto e non solo in quanto la vendita in questa sede, di regola, avviene nelle forme (non del codice di procedura civile ma) della cd. vendita competitiva (su cui cfr. per tutti: IANNICELLI, 2009, p. 379; LICCARDO; FEDERICO, 2010, p. 550; PENTA, 2010, p. 1.143; D'ADAMO, 2008a, p. 1.226 ss.; D'ADAMO, 2011a, p. 1.399 ss.; D'ADAMO, 2011b, p. 1.014 ss.; D'ADAMO, 2017, p. 4.331 s.; FAZZARI, 2012, p. 1.265 s.; FABIANI; PICCOLO, 2018. Per un esame della evoluzione ideologica della fase liquidatoria dal 1942 al codice della crisi e dell'insolvenza cfr. PALUCHOWSKI, 2019, p. 1.217s.), quanto soprattutto in ragione del fatto che:

- per un verso, il ricorso alla figura del professionista delegato (anche in ragione della presenza della figura del curatore) è assai più variegato (stante il previgente disposto degli artt. 104 *ter* e 107 l. fall. e l'attuale disposto dell'art. 216 CCII) e controverso nella sua qualificazione;
- per altro verso, è indubitabile che detta vendita ben possa concludersi (non, come tradizionalmente, avviene con un provvedimento giurisdizionale, qual è il decreto di trasferimento, ma) con un atto (quanto meno sul piano formale) negoziale qual è l'atto notarile di trasferimento del bene oggetto di vendita competitiva (su cfr., anche per ulteriori riferimenti: FAZZARI, 2012, p. 1.265 s.; FABIANI; PICCOLO, 2018).

A fronte del mancato intervento del legislatore in materia concorsuale, l'unica ipotesi contraddistinta da una innovazione è quella residuale in cui la vendita si svolge secondo le disposizioni del codice di procedura civile.

In tal caso, infatti, trovano applicazione le innovazioni introdotte dal legislatore in tema di espropriazione forzata immobiliare in precedenza esaminate.

Al di fuori di questa ipotesi residuale, permane la grave lacuna a suo tempo segnalata e resta conseguentemente valido, in linea di principio, quanto evidenziato *ante* riforma Cartabia.

Più in particolare, deve ribadirsi l'inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 231/2007 con riferimento alla vendita cd. competitiva, comunque ormai pacificamente ritenuta un'ipotesi di vendita coattiva (cfr. più ampiamente: FABIANI, 2015a, 703 ss., nonché, tra gli altri: FABIANI, 2014, p. 1.461 ss.; FERRI, 2006, p. 963; LICCARDO; FEDERICO, 2010, p. 1.805; CASTAGNOLA, 2008, p. 372 ss.; FIMMANÒ, 2007, p. 864 ss.; PENTA, 2010, p. 1.143; MACAGNO, 2018, p. 425; D'ADAMO, 2008a, p. 1.226 ss.; D'ADAMO,

2011a, p. 1.399 ss.; D'ADAMO, 2011b, p. 1.014 ss.; FAZZARI, 2012, p. 1.265 s.; GASBARRINI, 2011, p. 451 s.; FABIANI; PICCOLO, 2018) ancorché svolgentesi con modalità differenti dalla vendita forzata disciplinata dal codice di procedura civile, ogni qual volta la figura del professionista delegato, indipendentemente dalla sua qualificazione in termini di vero e proprio sostituto del giudice o del curatore o mero ausiliario del primo o del secondo, venga in rilievo quale soggetto incaricato di svolgere attività (quanto meno latamente) giurisdizionali.

In tal caso, infatti, il professionista delegato, indipendentemente dalla sua qualificazione³¹, svolge un'attività riconducibile nell'ambito di un procedimento giurisdizionale in relazione alla quale, come in precedenza già evidenziato per la vendita forzata, non ricorrono le condizioni per l'applicabilità dell'art. 3 del D.Lgs. n. 231/2007; non viene, infatti, in rilievo una "attività professionale" in senso proprio ed il giudice (o il curatore) che delega il professionista al compimento di determinate attività (che sono parte integrante di un procedimento giurisdizionale) non può essere considerato un "cliente", quanto meno nell'accezione fatta propria dalla vigente normativa in tema di antiriciclaggio.

A diversa conclusione sembrerebbe doversi pervenire, invece, nelle ipotesi in cui non venga in rilievo la figura del professionista delegato in genere, ma solo quella del notaio e a questo sia richiesto, in quanto notaio (e non in quanto professionista delegato), solo di ricevere l'atto di trasferimento del bene oggetto di vendita competitiva, quale atto "conclusivo" del relativo *iter* procedimentale (che non si conclude, in tal caso, con un decreto del giudice).

Si è ritenuto, più in particolare, che "in tutti quei casi in cui la liquidazione dei beni oggetto della procedura fallimentare rimanga sostanzialmente affidata al curatore, il notaio rimane professionista delle parti e scelto dalle stesse" (D'ADAMO, 2011b, p. 1.014 ss.)³².

Anche se, giova evidenziarlo, la conclusione dell'*iter* procedimentale della vendita competitiva con atto notarile (e non con decreto di trasferimento del giudice), rappresenta comunque un'ipotesi di difficile inquadramento, da

³¹ Quanto all'intervento notarile nella procedura fallimentare, in base alla disciplina contenuta nella previgente legge fallimentare, l'ipotesi meno problematica di delega era quella di cui all'art. 107, secondo comma, l. fall., in relazione alla quale pacificamente si riteneva estensibile la tesi secondo cui il notaio delegato esercita una funzione sostitutiva di quella dell'ufficio esecutivo (D'ADAMO, 2011c, p. 1.011 ss.). Altra ipotesi in cui poteva venire in rilievo una delega notarile atteneva alla previsione di cui all'art. 104-ter, comma 4.°, in relazione alla quale era però molto discussa la natura dell'intervento notarile: vera propria delega da parte del giudice, al pari di quanto disposto dagli artt. 534-bis o 591-bis c.p.c., o del curatore (cfr. anche per i riferimenti MINAFRA, p. 2017, p. 305 ss.). Su questo profilo, si è affermato che, in tale ipotesi, il notaio rimanga comunque un ausiliario del giudice delegato, benché non si possa discorrere, in tal caso, di un notaio quale delegato e quindi come sostituto del giudice delegato in quanto, in queste ipotesi, manca quella norma di dettaglio rappresentata, nelle esecuzioni individuali proprio dall'art. 591-bis: cfr. D'Adamo (2008b, p. 86 ss.); adde D'Adamo (2011c, p. 1.011 s.).

³² Nell'evidenziare come "il curatore in questi casi procede alla vendita dei beni secondo le modalità analiticamente indicate nel programma di liquidazione o, in alternativa, nell'istanza 104-ter VI co. l.f. . In concreto il curatore attiverà le procedure competitive, attraverso una adeguata pubblicità commerciale, ed arriverà all'aggiudicazione dei beni messi in vendita, a questo punto in accordo con la parte aggiudicataria si recherà dal notaio scelto di comune accordo e procederà al trasferimento dei beni aggiudicati attraverso la gara; questa che è l'ipotesi più consueta di trasferimento endoprocedimentale, vede il notaio nella sua più pura funzione di pubblico ufficiale rogante".

sempre assai dibattuta³³, in quanto: per un verso, il notaio non riceve alcuna delega da parte dell'autorità giudiziaria, ma gli viene piuttosto richiesto di ricevere un atto, ossia di porre in essere un'attività tipicamente riconducibile nell'ambito della sua attività professionale; per altro verso, però, detto atto si colloca a valle di una procedura avente natura giurisdizionale e ne rappresenta anche l'epilogo, tanto da costituire, per intendersi, l'omologo del provvedimento giurisdizionale cui è tradizionalmente riconducibile l'effetto traslativo del bene oggetto della procedura.

In altri termini, ci troviamo di fronte ad un atto "notarile" la cui natura e disciplina (pienamente negoziale ovvero influenzata, sotto più profili, dai suddetti profili processuali) non è per nulla affatto pacifica³⁴.

Ciò nonostante, assumendo a criterio dirimente per la delimitazione dell'ambito di applicazione della normativa antiriciclaggio la natura giurisdizionale o meno dell'attività posta in essere dal professionista (a seconda che questo sia delegato al compimento di una o più attività di cui si compone un procedimento giurisdizionale (cfr. FABIANI, 2016a; FABIANI, 2016b, p. 9 ss.; FABIANI, 2015b, p. 439 ss.; FABIANI, 2016c, p. 161 ss.) ovvero sia solo chiamato a svolgere la sua attività professionale in favore delle parti di un determinato procedimento giurisdizionale), l'ipotesi in esame è riconducibile in modo più agevole, rispetto alla vendita di cui al procedimento di espropriazione forzata, nel perimetro applicativo della normativa antiriciclaggio.

Più precisamente, per i motivi appena più sopra evidenziati, è più agevole ricondurre l'ipotesi in esame nel perimetro applicativo dell'art. 3 del D.Lgs. n. 231/2007, trovandoci di fronte: per un verso, ad un'attività che, quanto meno sul piano formale, è un'attività tipicamente riconducibile nell'ambito dell'attività professionale del notaio; per altro verso, ad una richiesta al compimento di questa (e non ad una delega allo svolgimento di attività giurisdizionali) quanto meno assimilabile ad un "incarico professionale", ancorché proveniente da soggetti (quali il curatore o l'acquirente dell'immobile in sede di procedura competitiva) di un determinato procedimento giurisdizionale.

In questo caso, dunque, il notaio, agendo in qualità di "professionista" e non di delegato da parte dell'autorità giudiziaria, dovrebbe essere assoggettato a tutti gli obblighi e adempimenti previsti dalla normativa antiriciclaggio, che è tenuto a rispettare ogni qual volta sia chiamato a ricevere un atto notarile avente ad oggetto la vendita di un determinato bene.

³³ All'indomani dell'introduzione dell'istituto della vendita competitiva, la tesi nettamente prevalente attribuisce a quest'ultima natura coattiva, in base a plurime ragioni, legate sia alla funzione sia alla struttura del procedimento in cui avviene siffatta vendita. Cfr. in tale prospettiva, tra gli altri: Fabiani (2014, p. 1.461 ss.); Ferri (2006, p. 963); Liccardo; Federico (2010, p. 1.805); Castagnola (2008, p. 372 ss.); Fabiani (2015, p. 714 ss.); Fimmanò (2007, p. 864 ss.); Penta (2010, p. 1.143); Macagno (2018, p. 425); Baccaglini (2020, p. 489); D'Adamo (2008a, p. 1.226 ss.); D'Adamo (2011a, p. 1.399 ss.); D'Adamo (2011b, p. 1.014 ss.); Fazzari (2012, p. 1.265 s.); Gasbarrini (2011, p. 451 s.); Fabiani; Piccolo (2018).

³⁴ Cfr., anche per i richiami, Fabian e Piccolo (2018), in cui si esamina – sotto il profilo della natura, della struttura e della funzione – la fattispecie della vendita fallimentare che trova un epilogo in un atto notarile, analizzando le connesse problematiche legate alle specifiche discipline sostanziali in tema di vendita volontaria che prevedono diversi "requisiti" di documentazione a "corredo" del bene da trasferire.

Anche se, a ben vedere, la peculiarità della situazione in esame, legata al collocarsi dell'atto notarile all'esito di un procedimento giurisdizionale e di una vendita avente natura coattiva, sembrerebbe comunque incidere sulle attività da svolgersi da parte del notaio, in quanto professionista, ai sensi della normativa antiriciclaggio.

In tal caso, infatti, detta attività sembrerebbe doversi incentrare sulla sola figura dell'acquirente del bene.

Non sul fallito, posto che la vendita (in quanto coattiva) avviene contro la sua volontà e che il fallito non sembrerebbe comunque rientrare nella nozione di titolare effettivo di cui all'art. 1 lett. pp) del Dlgs. n. 231 del 2007³⁵, conformemente a quanto già ampiamente evidenziato (nel par. 4 cui si rinvia).

Non sul curatore, la cui posizione non è evidentemente assimilabile a quella del venditore, stante il ruolo che riveste nell'ambito della procedura (cfr. fra gli altri in via generale sulla funzione del curatore: SPADA, 2013, p. 75 ss.; BOTTAI, 2016, p. 963 ss.; PANNELLA, 2010, p. 366 ss.; GARESIO, 2016, p. 719 ss.; FICO, 2019; FERRI, 2007, p. 1.031 ss. ed ivi ulteriori riferimenti), che si ritiene peraltro si connoti in termini di esercizio di una "funzione pubblica"³⁶, e lo specifico regime di verifiche e controlli cui lo stesso è assoggettato nell'ambito della stessa (già in sede di nomina, oltre che in sede di espletamento dell'incarico).

Detta conclusione, peraltro, sembrerebbe avvalorata anche dalla recente riforma Cartabia, che, in sede di espropriazione forzata, ha incentrato il controllo sul solo acquirente.

Va comunque detto, che, in mancanza di un'espressa normativa di esonero (conformemente a quanto già evidenziato nel paragrafo 4), resta aperto

³⁵ Che qualifica il titolare effettivo come "la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell'interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è istaurato, la prestazione professionale è resa o l'operazione è eseguita".

³⁶ Cfr. fra gli altri Spada (2013, p. 83-84) la quale pone in rilievo come, "nonostante il generale rafforzamento dell'autonomia gestionale del curatore fallimentare volto soprattutto ... ad assicurare una maggiore efficienza della procedura, l'organo amministrativo dell'esecuzione collettiva mantiene comunque, anche alla luce della novella, la propria qualifica di pubblico ufficiale. In altri termini, anche se in alcune fasi del fallimento, come ad esempio l'esercizio provvisorio o l'affitto d'azienda, il curatore si sostituisce al fallito nell'amministrazione del patrimonio, in tutte le altre ipotesi egli conserva la veste di pubblico ufficiale. Le ragioni di ciò si fondano sul fatto che il curatore fallimentare è pur sempre un organo che esercita una funzione pubblica finalizzata a perseguire gli obiettivi e gli scopi dell'esecuzione collettiva nell'interesse non solo del ceto creditorio, ma anche della giustizia".

Qualora, dunque, non dovesse accedersi alla posizione sostenuta nel testo, tendente ad attribuire un ruolo dirimente per escludere la necessità di effettuare qualsivoglia controllo con riferimento al curatore alle suddette peculiarità proprie di questa figura, alla luce di quanto disposto dall'art. 23 del dlgs n. 231 del 2007 potrebbe al più ipotizzarsi l'effettuazione nei confronti del curatore di una verifica con misure semplificate; detta disposizione prevede, infatti, che: "in presenza di un basso rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, i soggetti obbligati possono applicare misure di adeguata verifica della clientela semplificate sotto il profilo dell'estensione e della frequenza degli adempimenti prescritti dall'articolo 18.

Ai fini dell'applicazione di misure semplificate di adeguata verifica della clientela e fermo l'obbligo di commisurarne l'estensione al rischio in concreto rilevato, i soggetti obbligati tengono conto, tra l'altro, dei seguenti indici di basso rischio:

a) indici di rischio relativi a tipologie di clienti quali:

1) ...;
2) pubbliche amministrazioni ovvero istituzioni o organismi che svolgono funzioni pubbliche, conformemente al diritto dell'Unione europea".

il percorso interpretativo che conduce a configurare l'attività delle procedure esecutive come attività della Pubblica Amministrazione nell'ambito delle sue funzioni istituzionali, soggetto pertanto ad adeguata verifica (normalmente) semplificata ed all'individuazione del titolare effettivo con i criteri residuali di cui all'art. 20, quinto comma, D.Lgs. 231/2007.

In definitiva, nell'ambito di un panorama estremamente variegato in sede concorsuale in ordine al possibile ricorso all'attività del professionista delegato (in ragione delle differenti possibili modalità di vendita e dell'ulteriore fattore complicante, rispetto al processo di espropriazione forzata, rappresentato dalla presenza di un'ulteriore soggetto processuale, qual è il curatore), il criterio di discriminare per stabilire se si rientra o meno nel perimetro di applicazione della vigente normativa antiriciclaggio è fondamentalmente stabilito dalla qualificazione dell'attività del professionista in termini di attività (quanto meno latamente) giurisdizionale (in quanto delegato o ausiliare del giudice o del curatore) ovvero di attività professionale in senso proprio; ipotesi, quest'ultima, che, nonostante la controversa natura dell'atto "notarile" in cui può sfociare la vendita competitiva (quale atto omologo, quanto meno sul piano della funzione, al decreto di trasferimento del giudice), sembrerebbe ricorrere nel caso in cui al notaio sia richiesto di ricevere un atto avente ad oggetto il trasferimento del bene oggetto di una vendita competitiva (che, pur mantenendo la natura di vendita coattiva, può estrinsecarsi, quanto meno sul piano formale, in un atto ricevuto dal notaio e non emesso, come tradizionalmente avviene, dal giudice).

Solo in quest'ultima ipotesi è possibile ritenere, per i suddetti motivi, che il notaio rientri nell'ambito dei "professionisti" di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 231/2007, con conseguente applicabilità della corrispondente disciplina, che non potrà invece trovare mai applicazione in tutte le ipotesi in cui il professionista interviene nell'ambito della procedura concorsuale (così come in quella esecutiva) in qualità di sostituto del giudice o comunque di soggetto che esercita un'attività giurisdizionale e non già "professionale".

Ferma restando la possibilità, ove la si ritenga percorribile anche *post* riforma Cartabia per i motivi in precedenza evidenziati, di ritenere applicabile al professionista delegato anche nelle procedure concorsuali (così come ipotizzato per le procedure esecutive) la normativa antiriciclaggio nei circoscritti confini di cui all'art. 12 più volte citato.

9 ENTRATA IN VIGORE E QUESTIONI DI DIRITTO INTERTEMPORALE

Quanto mai opportuna sarebbe stata anche l'introduzione di una specifica norma di diritto intertemporale per chiarire con riferimento a quali procedure esecutive trova applicazione la nuova disciplina introdotta dal legislatore della riforma entrata in vigore il 28 febbraio 2023³⁷.

³⁷ Per effetto della modifica apportata all'art. 35 del D.Lgs. 10 ottobre 2022 n. 149 dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197.

Secondo una prima possibile lettura, più restrittiva, detta disciplina dovrebbe trovare applicazione solo con riferimento alle procedure esecutive instaurate dopo l'entrata in vigore della norma.

Secondo una seconda possibile lettura, più estensiva³⁸, detta disciplina potrebbe trovare applicazione anche con riferimento alle procedure esecutive già pendenti ove, alla data del 28 febbraio 2023, non sia stato ancora emesso il decreto di trasferimento.

In assenza di specifiche indicazioni da parte del legislatore entrambe le suddette opzioni interpretative hanno trovato riscontro nella prassi dei Tribunali.

Quanto mai opportuno sarebbe che il delegante fornisse al delegato indicazioni anche sotto questo profilo, sia per agevolare lo svolgimento delle operazioni di vendita che l'instaurarsi di prassi uniformi (presso il medesimo Ufficio giudiziario o quanto meno presso il giudice delegante).

10 CONCLUSIONI

In definitiva, ci troviamo di fronte ad un importante intervento riformatore in tema di vendita forzata e normativa antiriciclaggio che purtroppo, però, è ben lontano dal risolvere tutte le problematiche esistenti in materia *ante* riforma.

Con riferimento alla vendita forzata, la scelta del legislatore è chiaramente nel senso di circoscrivere il controllo ad un mero controllo formale incentrato sulla introduzione di un obbligo dell'aggiudicatario di rendere una dichiarazione che si attegga in termini di condizione per l'emissione del decreto di trasferimento.

Ciò vale indubbiamente ad escludere, in conformità con quanto già ritenuto *ante* riforma, che il professionista delegato rientri fra i professionisti di cui all'art. 3 del D.Lgs. 231/2007, con conseguente esclusione, dunque, anche della relativa disciplina, ma non vale, al contempo, a sciogliere tutti i dubbi esistenti in ordine ai rapporti fra la nuova peculiare disciplina introdotta dal legislatore con riferimento alla vendita forzata e la disciplina di carattere generale attualmente vigente in tema di antiriciclaggio.

Al contempo, la peculiare disciplina introdotta dal legislatore con riferimento alla vendita forzata si rivela particolarmente lacunosa anche sotto il profilo delle ricadute sulla procedura esecutiva nell'ipotesi in cui l'aggiudicatario contravvenga al suddetto obbligo di legge non rendendo proprio la dichiarazione o rendendola in modo incompleto o mendace.

Le lacune sono ancora più evidenti se si volge lo sguardo alle procedure concorsuali, ove il legislatore delegato non è intervenuto affatto, nonostante la possibilità di farlo a fronte di quanto previsto nella legge delega.

Si tratta, peraltro, di lacune particolarmente gravi e difficili da colmare in ragione, per un verso, delle plurime ipotesi di vendita forzata esistenti in

³⁸ Cfr. Ordine di servizio del Tribunale di Bergamo del 13 settembre 2023, prot. 2196/2023.

materia concorsuale e, per altro verso, delle peculiarità proprie delle stesse, oltre che delle differenti figure professionali coinvolte (su tutti il curatore, oltre al professionista delegato).

L'incompletezza del dettato normativo anche a seguito dell'ultima riforma continua, dunque, a richiedere una buona dose di ortopedia interpretativa per cercare di dare compiutezza al sistema, e si devono rinnovare gli auspici di interventi più organici, e coordinati con la generale normativa antiriciclaggio.

Ciò a maggior ragione in quanto l'introduzione di limitati obblighi per le sole procedure esecutive immobiliari acuisce l'evidente disparità di trattamento, per un verso, con le procedure esecutive mobiliari e, per altro verso, con le procedure concorsuali (in senso peraltro divergente in quanto: nel primo caso gli obblighi sono attenuati; nel secondo, almeno in caso di incarico a notaio rogante, sono aggravati dalla piena applicazione dell'intera disciplina antiriciclaggio).

L'auspicio ultimo è, dunque, che il legislatore intervenga nuovamente con una disciplina volta a colmare tutte le suddette lacune, tenendo adeguatamente conto delle peculiarità di tutte le ipotesi in esame accomunate dalla coattività della vendita, che già di per sé richiede un significativo mutamento di prospettiva rispetto a quella fatta propria dalla disciplina di carattere generale, tradizionalmente immaginata per la vendita volontaria.

Un intervento futuro dovrà necessariamente utilizzare e coordinare la disciplina con la previsione (al momento inattuata) della Banca Dati per le Aste giudiziarie presso il ministero della Giustizia, (lettera q) del comma 12 dell'art. 1 l. delega 206/2021) al fine di raccogliere e monitorare i dati identificativi degli offerenti, i dati del conto corrente utilizzato per il versamento della cauzione e del saldo prezzo, nonché le relazioni di stima. L'utilizzo di tali informazioni sarà essenziale per il controllo antiriciclaggio dell'intero sistema delle espropriazioni forzate e non solo.

Al momento, purtroppo, occorre tuttavia ancora districarsi nell'ambito di una disciplina, analitica in alcuni punti fino all'eccesso, vaga in altri in modo altrettanto eccessivo e totalmente assente in altri casi ancora, con conseguente inevitabile impossibilità di ravvisare quella razionalità che dovrebbe essere propria del legislatore.

RIFERIMENTI

ABBONDANZA, Marco. Per l'aggiudicatario nuovi obblighi antiriciclaggio con problemi. In: Eutekne.Info - Il Quotidiano del Commercialista, Torino, Ed. Eutekne SpA, giovedì, 2 marzo 2023. Disponibile a: <https://www.eutekne.info/Sezioni/Art_942735_per_1_aggiudicatario_nuovi_obblighi_antiriciclaggio_con_problemi.aspx>.

ARCELLA, Gea; CARIONI, Sara; NASTRI, Michele; PIFFARETTI, Laura. La ricerca del titolare effettivo. In: Studio del Consiglio Nazionale del Notariato,

Roma, Ed. Consiglio Nazionale del Notariato, n. 1-2023 B, 10 febbraio 2023. Disponibile a: <www.notariato.it>.

BACCAGLINI, Laura. Comunione ereditaria, immobile abusivo e domanda di divisione proposta dal curatore: via libera dalle sezioni unite. In: **Fallimento**, n. 4, p. 489, 2020.

BOTTAI, Luigi Amerigo. Il curatore. In: JORIO, Alberto (a cura di). **Fallimento e concordato fallimentare**. Torino: UTET Giuridica, 2016. p. 963 ss.

CARAMIA, Giuseppe. L'introduzione della normativa antiriciclaggio nelle vendite coattive. In: Il Caso.it, 1.° aprile 2023. Disponibile a: <https://blog.ilcaso.it/news_2056/01-04-23/L-introduzione_della_normativa_antiriciclaggio_nelle_vendite_coattive>.

CASTAGNOLA, Angelo. La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali: parte I. In: **Giurisprudenza commerciale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 35, Fascicolo 3, p. 372-392, 2008.

D'ADAMO, Piervincenzo. I diversi possibili ruoli nel notaio nella fase di liquidazione della nuova procedura fallimentare. In: **Studi e Materiali CNN**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 3, p. 1.011 ss., 2011c.

D'ADAMO, Piervincenzo. I diversi possibili ruoli del notaio nella fase di liquidazione della nuova procedura fallimentare. In: **Studi e Materiali CNN**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 4, p. 1.014 ss., 2011b.

D'ADAMO, Piervincenzo. Il trasferimento d'azienda nella procedura fallimentare ed il ruolo del notaio. In: **Studi e Materiali CNN**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 4, p. 1.399 ss., 2011a.

D'ADAMO, Piervincenzo. La vendita fallimentare riformata: l'art. 107 l. fall. alla luce della legge n. 132/2015. In: **Studi e Materiali CNN**, Milano, Ed. Giuffrè, p. 4.331 s., 2017.

D'ADAMO, Piervincenzo. Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo. In: **Studi e Materiali CNN**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 3, p. 1.226 ss., 2008.

D'ADAMO, Piervincenzo. Le vendite competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo ed il ruolo del notaio. In: IL NUOVO DIRITTO FALLIMENTARE E IL RUOLO DEL NOTAIO: I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato. Convegno tenutosi a Modena il 19 gennaio 2008. **Atti...** n. 2, 2008b.

D'ALONZO, Rinaldo. Riforma dell'esecuzione forzata: novità per creditori, debitori e mercato. In: In Executivis, Roma, Ed. Fondazione Lucio Papirio, 25 ottobre 2022 Disponibile a: <www.inexecutivis.it>.

EBNER, Ortensia; GIORGI, Fabiola. Vendita forzata e normativa antiriciclaggio. In: DI BENEDETTO, Marco; FILIPPINI, Mauro (a cura di). **Il nuovo processo di esecuzione**. Torino: Giappichelli, 2023.

FABIANI, Ernesto. Dalla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata alla delega di giurisdizione in genere. CONVEGNO PROCESSO CIVILE E DELEGA DI FUNZIONI. Scuola Superiore della Magistratura e dalla Fondazione Italiana del Notariato. relazione introduttiva. 2016a.

FABIANI, Ernesto. Dalla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata alla delega di giurisdizione in genere. In: ASTUNI, E; FABIANI, Ernesto (a cura di). **Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato**. Milano: Fondazione Italiana del Notariato, 2016b. p. 9 ss.

FABIANI, Ernesto. Dalla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata alla delega di giurisdizione in genere. In: **Il Giusto Processo Civile**, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 161 ss., 2016c.

FABIANI, Ernesto. La delega di giurisdizione. In: **Il Foro Italiano**, Roma / Milano, Ed. Società per la pubblicazione del Giornale Il Foro Italiano, v. 140, n. 11, p. 439-444, 2015b.

FABIANI, Ernesto. La vendita forzata: evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti. In: **Il Giusto Processo Civile**, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, n. 3, 2015.

FABIANI, Ernesto; NASTRI, Michele. Acquisto del bene oggetto di procedura espropriativa o concorsuale e normativa antiriciclaggio. In: **Rassegna dell'Esecuzione Forzata**, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, n. 1, 2021.

FABIANI, Ernesto; NASTRI, Michele. Vendita forzata e normativa antiriciclaggio. In: **Studi e Materiali / Consiglio Nazionale del Notariato**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 1, 2020.

FABIANI, Ernesto; PICCOLO, Luisa. Vendita fallimentare e atto notarile. In: <www.notariato.it>. Studio n. 31, 2018.

FABIANI, Massimo. Natura della vendita forzata: traslazione del rischio da "bene a norma". In: CAPPONI, Bruno; SASSANI, Bruno; STORTO, Alfredo; TISCINI, Roberta (a cura di). **Il processo esecutivo: liber amicorum Romano Vaccarella**. Torino: UTET Giuridica, 2014. p. 1.461 ss.

FAZZARI, Stefano. L'atto notarile di trasferimento a seguito di vendita fallimentare. In: **Studi e Materiali / Consiglio Nazionale del Notariato**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 4, p. 1.265 s., 2012.

FERRI, Corrado. La legittimazione del curatore fallimentare: poteri e limiti. In: **Fallimento**, v. 9, p. 1.031 ss., 2007.

FERRI, Corrado. La liquidazione dell'attivo fallimentare. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Ed. A. Milani, v. 61, n. 3, p. 961-980, luglio/sett. 2006.

FICO, Daniele. Curatore fallimentare: ruolo e funzioni. In: **Il Fallimentarista**, Bussola del 10-7-2019.

- FIMMANÒ, Francesco. La liquidazione dell'attivo fallimentare nel correttivo della riforma. In: **Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali**, Padova, Ed. CEDAM, v. 82, Fascicolo 6, p. 845 ss., 2007.
- GARESIO, Giulia. Il curatore fallimentare. In: CAGNASSO, Oreste; PANZAI, Luciano (Diretto da). **Crisi d'impresa e procedure concorsuali**, Torino: Utet Giuridica, 2016. p. 719 ss.
- GASBARRINI, Elisabetta. Vendita forzata e nuova normativa in materia di conformità dei dati catastali. In: **Studi e Materiali / Consiglio Nazionale del Notariato**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 2, p. 451 s., 2011.
- IANNICELLI, Luigi. Le vendite fallimentari: aspetti processuali. In: BASSI, Amadeo; BUONOCORE, Vincenzo (Dir.); CAPO, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MEOLI, Bruno (Coord.). **Trattato di diritto fallimentare: custodia e amministrazione, accertamento del passivo, liquidazione e ripartizione dell'attivo, chiusura del fallimento**. v. III. Padova: CEDAM, 2009.
- ITALIA. Ministero dell'Economia dalla Banca d'Italia e dalla UIF. FAQ relative alla titolarità effettiva e registro titolari effettivi. 2022. Disponibile a: <<https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/riciclaggio-terrorismo/faq/titolarita-effettiva/index.html>>.
- LICCARDO, Paquale; FEDERICO, Guido. Le modalità competitive della liquidazione concorsuale. In: JORIO, Alberto; FABIANI, Massimo (Dir.). **Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma**. Torino-Bologna; Zanichelli, 2010. p. 1.772-1.780.
- MACAGNO, Sospensione della vendita di beni mobili "deformalizzata": prevalenza della struttura coattiva sugli elementi negoziali. In: **Fallimento**, v. 4, p. 425 ss., 2018.
- MINAFRA, Nicoletta. Il programma di liquidazione e la delega notarile alle vendite fallimentari. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Ed. Giuffrè, a.71, n.1, p. 305-327, gennaio 2017.
- NASTRI, Michele. Il dito, la luna e l'eterogenesi dei fini: riflessioni sul ruolo del notaio nell'antiriciclaggio. In: **Notariato**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 6, p. 611-618, 2023.
- PANNELLA, Paolo. In: NIGRO, Alessandro; SANDULLI, Michele; SANTORO, Vittorio (a cura di). **La legge fallimentare dopo la riforma: disposizioni generali fallimento**. Torino: Giappichelli, 2010. p. 366 ss.
- PENTA, Andrea. Effetti sostanziali delle vendite fallimentari. In: **Fallimento**, v. 10, p. 1.142-1.152, 2010.
- PALUCHOWSKI, Alida. La liquidazione dell'attivo nella liquidazione giudiziale. In: **Fallimento**, v. 10, p. 1.217 ss., 2019.

SOLDI, Anna Maria. Manuale dell'esecuzione forzata, Milano: CEDAM, 2119.

SPADA, Maria Laura. Gli organi del fallimento. In: LIUZZI, Giuseppe Trisorio (a cura di). **Diritto delle procedure concorsuali**. Milano: Giuffrè, 2013. p. 75 ss.

TRIBUNALE DI SANTA MARIA CAPUA VETERE. 7 novembre 2019. In: **Rivista dell'Esecuzione Forzata**, Milano, Ed. Utet Giuridica, n. 1, p. 260 ss., 2020.

Submissão em: 30 de junho de 2024

Último Parecer favorável em: 4 de novembro de 2024

Como citar este artigo científico

FABIANI, Ernesto; NASTRI, Michele. Procedure esecutive e antiriciclaggio dopo la riforma cartabia. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 3, p. 67-101, set.-dez. 2024.

LE SMART CITY: SOSTENIBILITÀ SOCIALE ED ESG¹

FORTUNATO COSTANTINO²

RIEPILOGO

L'autore si propone di svolgere una ricognizione sistematica degli ambiti di rilevanza della smartness della città, cercando di privilegiare un approccio multidisciplinare il cui traino è rappresentato da un ripensamento complessivo delle scelte strategiche della politica nel settore dei servizi essenziali alla persona, del welfare sociale e di equo accesso alle risorse di base oltre che della stessa concezione del benessere sociale e collettivo. L'autore in particolare modo definendo la Smart City per sottrazione di ciò che essa non è o non è soltanto (non è soltanto una città digitalizzata ne' una città green) cerca di orientare l'approccio ricognitivo prediligendo un recupero di coerenza della definizione di Smart City alla luce della rilevanza degli obiettivi di sostenibilità, sociale in particolare prima ancora che economica ed ambientale, nell'ottica della fondazione e consolidamento di un modello di vivibilità urbana all'altezza delle complesse sfide conseguenti ai processi di metropolizzazione in atto che condurranno nel 2050 circa il 70% della popolazione terrestre a vivere in città o aree metropolitane. Un modello che intende la città come spazio/luogo oggetto di diritti di cittadinanza e allo stesso tempo come complesso organizzato degli strumenti e delle dotazioni per l'esercizio attivo di questi diritti, coadiuvato dalle infrastrutture tecnologiche e digitali. Un vero e proprio diritto alla città socialmente sostenibile, in sintesi. Una direzione questa che secondo l'Autore appare coerente con il paragrafo 11 della New Urban Agenda delle Nazioni Unite nella parte in cui afferma in maniera programmatica il "diritto alla città giusta, inclusiva, sicura, sana, accessibile, resiliente e sostenibile. Ma che soprattutto appare coerente con l'Agenda 2030 che nel nutrito elenco dei 17 obiettivi di sviluppo sostenibile per migliorare lo sviluppo dell'umanità, dedica il "goal 11" proprio a "Città e comunità sostenibili" con la finalità di "Rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili". L'Autore conclude la sua analisi proponendo un approccio costituzionalmente orientato alla Smart City sul presupposto che la sostenibilità e per essa i fattori ESG – a cui la

¹ Si tratta, con alcuni ampliamenti, di un capitolo del volume CASSANO; COSTANTINO; TRIPODI, 2024.

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

città intelligente non può sottrarsi – rappresentano una essenziale modalità applicativa del principio-dovere di solidarietà costituzionale in forza del quale lo Stato e per esso gli Enti territoriali secondo differenti livelli di partecipazione – sono chiamati ad attuare e dar conto dei diversi valori costituzionali riconducibili al benessere collettivo, richiamando a tal fine gli articoli della Costituzione: 9, comma 3 che assegna alla Repubblica, tra l'altro, il compito di tutelare "l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni", l'art. 41 per il quale l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno, oltre che alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, alla salute e all'ambiente, ma soprattutto l'art. 2 che riconosce e garantisce diritti inviolabili dell'Uomo non solo come singolo ma anche nelle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo, in adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

ABSTRACT

The Author proposes to carry out a systematic review of the areas of conceptual relevance of the "smartness" of the city, seeking to favor a multidisciplinary approach whose driving force is represented by an overall rethinking of the conception of social and collective welfare. The Author particularly by defining the Smart City by subtraction of what it is not or is not only (it is not only a digitized city nor a green city) intends to recover a proper consistency of the definition of Smart City in the light of the implementation of the goals of sustainability, social ones in particular before economic and environmental ones, with a view to the foundation and consolidation of a model of urban livability that is up to the complex challenges resulting from the ongoing processes of metropolization that will lead in 2050 to about 70 percent of the earth's population living in cities or metropolitan areas. A model that intends the city as a space/place subject to citizenship rights and at the same time as an organized complex of tools and endowments for the active exercise of these rights, assisted by technological and digital infrastructure. A perfect right to the "socially sustainable city", in short. This is a direction that, according to the Author, appears consistent with paragraph 11 of the United Nations' New Urban Agenda which programmatically affirms the "right to the city" just, inclusive, safe, healthy, accessible, resilient and sustainable. More importantly, it appears consistent with the 2030 Agenda, which in its extensive list of 17 Sustainable Development Goals to improve human development, dedicates the "Goal 11" precisely to "Sustainable Cities and Communities" with the aim of "Making cities inclusive, safe, durable and sustainable."

The Author concludes his analysis by proposing a constitutionally oriented approach to the Smart City on the assumption that sustainability and for it the ESG factors-which the smart city cannot evade-represents an essential mode of application of the principle-duty of constitutional solidarity by virtue of which the State and for it the territorial bodies according to different levels of administrative participation-are called upon to implement and account for the constitutional values traceable to the collective well-being, recalling for this purpose the articles of the Constitution: 9, paragraph 3 which assigns to the Republic, among other things, the task of protecting "the environment, biodiversity and ecosystems, also in the interest of future generations," Art. 41 for which private economic initiative cannot be carried out in such a way as to cause damage not only to security, freedom, human dignity, health and the environment, but above all Article 2, which recognizes and guarantees the inviolable rights of Man not only as an individual but also in the social formations where the personality of the individual takes place, in fulfillment of the inalienable duties of political, economic and social solidarity.

1 PREMESSA METODOLOGICA E INQUADRAMENTO SISTEMATICO

Nella linguistica, i cd. “prestiti di lusso” sono termini di cui esiste già un perfetto equivalente in italiano, o che si potrebbe facilmente trovare, ma che vengono impiegati con una evidente connotazione stilistica per snobismo, pigrizia o ignoranza, nella convinzione che la lingua da cui sono per l'appunto presi in prestito, per lo più quella inglese, sia di per sé più autorevole o espressiva³, e così ponendo in essere non un arricchimento dell'italiano ma un fenomeno sottrattivo che lo depaupera.

Contrariamente ai cd. prestiti di necessità, non evitabili essendo il termine straniero (es. *patata, caffè, sauna, canoa, cacao, juke-box*) l'unico termine possibile per definire o designare la peculiarità di un oggetto, un'idea, un sentimento, un'azione o un fatto, i prestiti di lusso sono espressione di fenomeni di esotismo o forestierismo evitabili, teoricamente superflui in quanto esiste già nella lingua madre un termine col medesimo significato.

Alla classe dei prestiti di lusso appartiene indubbiamente il termine Smart⁴. E tuttavia pur potendo utilizzare l'espressione Città Intelligente per indicare una specifica modalità di organizzazione socio-territoriale, politica ed economica della città contemporanea capace, attraverso il ricorso alle nuove tecnologie, di attivare processi di semplificazione e di inclusione tra i cittadini, le istituzioni e le imprese, continueremo ad usare nello sviluppo del presente contributo il termine Smart City per pura convenienza onomasiologica, in ragione della brevità e della capacità fono-espressiva del lemma e della sua connotazione stilistica ormai diffusa nell'uso comune a livello mondiale.

Non dimenticando però che di per sé il termine Smart non ama puntuali attribuzioni di significato e appare fortemente condizionato dal contesto di riferimento, culturale economico e sociale, in cui è inglobato.

Il termine “Smart”, in effetti, con buona pace dei puristi della lingua, complici l'avvento delle tecnologie intelligenti e dell'era del digitale, è diventato uno dei termini anglosassoni più presenti e abusati nel nostro quotidiano con una portata di possibili significati che si rivela estremamente cangiante e quanto mai evanescente, con un inevitabile effetto di polisemia e quindi di incapacità definitoria specifica⁵.

³ Gli esempi sono infiniti e una gran parte di essi riguardano il mondo del lavoro con una peculiarità che è tutta italiana non osservandosi la stessa tendenza in altri paesi europei più inclini ad adoperare la propria lingua locale di appartenenza: *leader, workforce solutions, full-time equivalent, business, brand, talent shortage, cyber security, Job title, Industry o Skills, work-life balance, retention, attraction, value chain, prize-money, user friendly e eco friendly, upstream supplier*, etc.

⁴ Se nell'era predigitale il termine “smart” alludeva per lo più ad una condizione di prontezza di spirito e di intelletto, nel corso dell'ultimo decennio con il consolidarsi del capitalismo consumeristico a trazione tecnologica, l'uso del termine smart è diventato una sorta di automatismo lessicale per definire particolari categorie di prodotti tecnologici interattivi capaci di connettersi con altri utenti ed altri dispositivi smart con un certo grado di autonomia e “intelligenza” operativa, come ad esempio gli smart-phone, le smart-tv, gli smart-glass e gli smart-watch. Per ulteriori approfondimenti cfr. Tripodi (2024, p. 23 ss.).

⁵ Recentemente anche nell'ambito delle politiche di gestione manageriale dell'organizzazione del lavoro il termine ha trovato la sua utile collocazione, definendosi smart working una modalità

Ma le parole sono importanti, la scelta in sé delle parole è importante, perché è *nelle e attraverso* le parole che in un dato momento storico e sociale si definiscono le interazioni qualificate tra individui e tra sistemi semplici e complessi, si attribuiscono ruoli e compiti, si articolano strutture culturali e valoriali identitarie, facendo esistere le cose in un modo piuttosto che in un altro. Lo dicevano filosofi e poeti come Heidegger, Wittgenstein, Pierce che nelle loro riflessioni sulla struttura e funzione del linguaggio in rapporto all'Uomo hanno mostrato come nelle parole si origina e si compie la ricerca e la creazione di noi stessi, degli altri, delle cose e del mondo (DI MARTINO, 2005).

Con questa presa di coscienza, va attentamente quindi considerato che la vocazione del termine Smart ad essere tra l'altro un iperonimo⁶ polisemico, anche se ad una superficiale valutazione può apparire di portata neutra, in realtà è in grado di giocare un ruolo assolutamente condizionante la riflessione dottrinale sulla Smart City, proprio perché la sua ampiezza e genericità di significato rende possibile un approccio di studio trasversale a numerosi ambiti disciplinari (urbanistica, sociologia, informatica, ITC, scienza dell'amministrazione, economia, diritto, filosofia) determinando una eterogenea e variegata produzione bibliografica a livello internazionale che a sua volta ha generato uno specifico campo di ricerca intersettoriale (KOMNINOS; MORA, 2018).

Tornando all'ambito di trattazione nel presente capitolo, l'indagine che in questa sede si cercherà di sviluppare si pone l'obiettivo di fornire una risposta critica al quesito su cosa sia una Smart City e se possa realmente discutersi di una Smart City intesa quale comunità urbana intelligente con al centro una "macchina-cervello" in grado di gestire in autonomia perfetta, per il tramite di infrastrutture digitali e tecnologiche in continua evoluzione e dei sistemi di AI, ogni aspetto della vita cittadina secondo logiche preordinate di efficienza e ottimizzazione. O se piuttosto non debba guardarsi alla Smart City, e tale conclusione cercheremo di argomentare, come un modello di città costituzionalmente conformato e il risultato specifico di scelte politiche dei decisori pubblici, a livello sia locale sia sovranazionale apertamente mirate a rifondare il sistema socio-economico delle città facendo leva su una nuova concezione di benessere umano, il più possibile tarato sulla specificità e diversità dei bisogni espressi in una data area urbana.

alternativa della prestazione di lavoro subordinato, più flessibile e agile, non vincolata ad un luogo fisico prefissato ed alla misurazione del tempo della prestazione e quindi in grado di favorire un "intelligente" punto di incontro tra bisogni aziendali ed esigenze personali del prestatore di lavoro (cd. work-life balance). Va precisato tuttavia che il mondo anglosassone non associa alcun specifico significato al concetto di Smart working, anzi a volte sollevando un dubbio sul senso proprio dell'espressione. Non è un caso del resto che la Legge 22 maggio 2017, n. 81 recante "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato", nessun riferimento faccia allo Smart working, essendo invece l'art. 18 più italicamente rubricato "Lavoro Agile".

⁶ Secondo la definizione rinvenibile in Treccani, in linguistica, il termine "iperonimo" indica un'unità lessicale di significato più generico ed esteso rispetto ad una o più altre unità lessicali che sono in essa incluse (per es., fiore è iperonimo, ossia "superordinato", rispetto a rosa, viola, garofano); è quindi l'inverso di iponimo e corrisponde a quello che da altri linguisti è talora chiamato arcillessema o archillessema.

Il che implicitamente equivale a dire che non esiste un modello ever-green di Smart City applicabile indistintamente a prescindere dalle condizioni sito specifiche e che non possono darsi Smart City prescindendo da un indirizzo strategico di politiche pubbliche intelligenti tese a rendere sostenibile la fruizione del contesto urbano e l'accesso efficiente alle sue risorse limitate, con un immediato vantaggio per cittadini e del sistema impresa locale, pubblico e privato, in attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 dell'ONU⁷.

La Smart City dunque come un nuovo modello di politica sociale in grado di evitare l'appiattimento della dimensione poli-valoriale dell'esistenza personale alla mono-dimensionalità della quantificazione della convenienza economica, attraverso l'incardinamento di obiettivi di sostenibilità, coesione e inclusione sociale, partecipazione riflessiva/attiva, vita quotidiana e empowerment.

Un paradigma evoluto capace di determinare un reale ripensamento del sistema sociale, economico e produttivo in armonia con il principio dello sviluppo sostenibile e della tutela dei diritti fondamentali del cittadino e dell'individuo, attraverso i) da un lato investimenti mirati in grado di favorire soluzioni energetiche, edilizie, ambientali, di gestione dei servizi essenziali, integrate le une con le altre, innovative ed inclusive e ii) dall'altro lato, attraverso il ricorso all'automazione e all'impiego dei sistemi e delle infrastrutture ITC e quindi delle nuove tecnologie digitali, non solo per migliorare la logistica, il traffico urbano, la qualità dei servizi pubblici essenziali e la mobilità degli abitanti e il loro accesso *attivo e partecipato* alla vita della città stessa ma anche per assicurare una puntuale e funzionale gestione, monitoraggio, analisi statistica ed elaborazione delle innumerabili informazioni proprie del capitale umano rappresentato dalla miriade di individui destinatari delle scelte dei decisori pubblici, anche in ottica di assesment continuo e miglioramento nelle dinamiche di soddisfazione degli obiettivi di sostenibilità. Informazioni così capillari ed estremamente significanti dal punto di vista del "valore" e del "potere politico" generato che il loro insieme, potenziato e sofisticato dalla elaborazione tramite l'uso dei sistemi ITC, rappresenta a sua volta una sorta di *intelligenza data driven* (KOMNINOS; MORA, 2018) o di intelligenza collettiva guidata da livelli accresciuti di interazione sociale (LÉVY, 1996).

Indubbiamente, almeno secondo gli insegnamenti di Tönnies, Durkheim, Weber, Simmel e in particolare della cd. Scuola di Chicago⁸, la città in quanto atomo privilegiato della sociologia e laboratorio esclusivo per l'analisi delle

⁷ L'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile è un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità sottoscritto nel settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri dell'ONU. Essa ingloba 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile – *Sustainable Development Goals*, SDG's – in un grande programma d'azione per un totale di 169 'target' o traguardi.

⁸ Conosciuta anche come Scuola dell'ecologia sociale urbana, la scuola di Chicago rappresenta una delle espressioni più autorevoli della sociologia intesa come metodo di analisi e ricerca sul campo attraverso l'osservazione dei fenomeni sociali nel loro ambiente naturale con il fine di applicare le conoscenze prodotte alla riorganizzazione e al controllo dei cosiddetti *Social Problem*. È grazie alla Scuola di Chicago e alla pubblicazione del saggio *La Città* nel 1925, composto dai sociologi Ernest Burgess, Robert Ezra Park e Roderick McKenzie che la sociologia urbana si affermò come scienza sociale autonoma.

dinamiche trasmutazionali del tessuto sociale, dello spazio pubblico e degli aspetti socio-territoriali, costituisce un ambito elettivo per lo studio degli impatti delle politiche di sviluppo sostenibile, tenuto conto che i Comuni e ancor di più le Città Metropolitane, costituiscono gli enti territoriali di governo più vicini alle esigenze ed ai bisogni di una collettività locale ed essendo, almeno in astratto, più idonei a provvedere al relativo soddisfacimento in ragione della loro autonomia normativa, amministrativa e finanziaria secondo i principi fissati dalla Costituzione italiana, dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, dalla Carta Europea delle autonomie locali.

In questa prospettiva si innesta poi lo sforzo di comprendere se la *smartness* tecnologica e digitale della città sia un fattore generativo in sé di sostenibilità sociale e di benessere umano o piuttosto un mero fattore abilitante e “di supporto” alle strategie di sostenibilità sociale, non imprescindibile né determinante.

Proporremo infine una più adatta e appropriata definizione di tale nuovo paradigma di città, in cui la *smartness* affrancata da un esclusivo orientamento di matrice tecnologica trovi un aggancio qualificato nel paradigma dello sviluppo socialmente sostenibile delle politiche pubbliche nel rapporto con la cura degli interessi degli stakeholders rilevanti, evolvendo il paradigma della Smart City a quello della Social Sustainable Smart City in una prospettiva ermeneutica costituzionalmente orientata dal dovere di solidarietà sociale e dal principio di utilità sociale.

Ma avvertendo sin d'ora che proprio il paradigma della sostenibilità porrà il dubbio (non risolvibile per principio originandosi e muovendosi esso nello spinoso agone del confronto tra Etica e Tecnologia) se l'automazione crescente introdotta nel contesto urbano attraverso le infrastrutture ITC, possa univocamente rappresentare un elemento certo di inclusione, di partecipazione democratica ed elevazione della qualità della vita dei cittadini o se al contrario non rechi con sé il rischio di fenomeni di tecnocrazia e derive di controllo totalitario sulle masse, in danno delle libertà fondamentali dell'individuo e con effetti di esclusione e discriminazione sociale (PETTIROSSI, 2020) indotti dal conflitto tra coloro che detengono il capitale economico (i mezzi, gli strumenti) per accedere alle tecnologie e coloro che invece sono privati dall'usufruirne e ancora fra chi “possiede” e chi “non possiede” le tecnologie (SENNETT, 2018).

Un dubbio più che legittimo e per certi versi doveroso che ha spinto autori incisivi come Marcuse (1967) a ritenere, già diversi decenni fa e con assoluta lungimiranza, che la tecnologia abbia una sua intima vocazione a determinare nuove forme di controllo sociale e che la società tecnologica costituisca un perfetto sistema di dominio in grado di permeare ogni aspetto della esistenza dell'individuo sin dal momento in cui le tecniche sono concepite ed elaborate di modo che “una confortevole, levigata, ragionevole, democratica non-libertà prevale nella civiltà industriale avanzata, segno di progresso tecnico”.

O ancora, più recentemente autori come la Sassen (2015)⁹ che equipara la città contemporanea ad una “lente” attraverso la quale osservare e analizzare i mutamenti dei sistemi presenti per mano delle tecnologie di massa prima e digitali poi che modificano le pratiche e i comportamenti degli individui, l’intersoggettività della vita quotidiana, il rapporto tra pubblico e privato, tra *elites* e masse, aprendo la strada a nuove forme di esclusione e di brutalità sociale attraverso un inasprimento delle asimmetrie nella distribuzione dei redditi e della ricchezza guidato dal *digital divide* nelle sue varie declinazioni in rapporto a differenti clusters: i soggetti anziani (cd. “digital divide intergenerazionale”), le donne non occupate o in particolari condizioni (cd. “digital divide di genere”), gli immigrati (cd. “digital divide linguistico-culturale”), le persone con disabilità, le persone detenute e in generale coloro che, per insufficienti livelli di reddito, o per bassi livelli di scolarizzazione e di istruzione, non sono in grado di utilizzare gli strumenti informatici, patendo una grave discriminazione sul piano dell’uguaglianza dei diritti della società digitale esercitabili online e conseguentemente uno svantaggio specifico di tipo socio-economico e culturale.

2 LA QUESTIONE DEFINITORIA. RICOGNIZIONE IN NEGATIVO DEGLI AMBITI DI RILEVANZA DELLA SMARTNESS DELLA CITTÀ

Il termine Smart City viene usato per la prima volta all’inizio degli anni ‘90 in una pubblicazione collettanea dal titolo “*The Technopolis Phenomenon: Smart Cities, Fast Systems, Global Networks*” (GIBSON; KOZMETSKY; SMILOR, 1992) in cui viene presentata la prospettiva di una *techno-polis* intelligente in grado di legare la tecnologia allo sviluppo di iniziative efficaci del settore pubblico e privato con l’obiettivo di creare città intelligenti e reti globali per adiuvarne la crescita economica, la diversificazione e la competitività globale.

Contemporaneamente, l’uso del termine Smart connota il nuovo approccio lessicale e concettuale attraverso cui le compagnie informatiche americane provano in maniera roboante e altisonante a descrivere le nuove tecnologie ITC quale strumento e fine privilegiato per rispondere alle problematiche delle grandi metropoli: dalla gestione del traffico e dei trasporti allo smaltimento dei rifiuti, dall’efficienza delle reti di distribuzione di energia e di acqua alla sicurezza e alla salute dei cittadini.

Dal punto di vista delle nuove strategie di progettazione urbana invece il concetto di “Smart City” nasce nel 2009 a Rio de Janeiro, con la presentazione del primo piano urbanistico a livello mondiale incentrato sul ricorso alla innovazione tecnologica per la gestione dei rifiuti e degli sprechi al fine di migliorare la qualità della vita nella città.

⁹ “È difficile spiegare come queste capacità (ndr. tecniche e digitali) che sarebbero dovute servire a sviluppare gli aspetti sociali, ad ampliare e rafforzare il benessere della società, per il quale è determinante il rispetto della biosfera, troppo spesso invece siano servite a smembrare la realtà sociale per mezzo di una disuguaglianza estrema, a vanificare gran parte della vita promessa alla classe media dalla democrazia liberale, a espellere non soltanto le fasce povere e vulnerabili dalla loro terra, dai posti di lavoro, dalle case, ma persino parti di biosfera dal loro spazio vitale”.

Nel 2014, poi, con l'organizzazione dell'*Intelligent Community Forum* svoltosi a New York, si iniziano a definire quelli che sono i criteri per poter considerare una città come intelligente, ovvero il miglioramento della qualità della vita attraverso la sostenibilità, il risparmio dovuto all'utilizzo dell'energia rinnovabile, l'inclusività, la partecipazione attiva e, in generale, l'utilizzo dei mezzi tecnologici per poter rendere più agile la vita dei cittadini.

Parallelamente, tenuto conto della innegabile contiguità delle città alle istanze di trasformazione sostenibile del contesto cittadino il paradigma della Smart City, che tuttavia ancora oggi non trova espressa definizione e tipizzazione nei testi legislativi, è prepotentemente entrato a far parte del lessico comune delle organizzazioni politiche e dei legislatori nazionali e sovranazionali.

Un percorso progressivo che prende le mosse dalla Carta di Lipsia del 2007, documento sullo sviluppo sostenibile delle città e sull'incentivazione di politiche urbane integrate, per poi perfezionarsi con la strategia europea "*Europa 2020*" per la rigenerazione urbana attraverso una economia "intelligente", "sostenibile" e "inclusiva" per conseguire elevati livelli di occupazione, produttività e coesione sociale a cui si affiancano ulteriori obiettivi di sviluppo sostenibile e in particolare quelli più recentemente contenuti nell'Agenda territoriale dell'Unione europea 2030 (AGENDA, 2020), come la sostenibilità dello sviluppo dei territori urbani e la progressiva riduzione del consumo del suolo, definendo il quadro per una pianificazione spaziale in grado di affrontare le sfide di sviluppo sostenibile in tutti i territori dell'Unione e di ridurre le disparità tra regioni.

Va precisato che l'UE non ha una competenza *ratione materiae* in tema di Smart City, e di conseguenza gli interventi europei consistono o in incentivi e finanziamenti collegati alla realizzazione di programmi settoriali (città, ambiente, energia, trasporti, ecc.) oppure in iniziative specifiche con riferimento al partenariato pubblico-privato come ad esempio *l'European Innovation Partnership on Smart cities and Communities*¹⁰, disciplinati da comunicazioni e da atti di *soft law* non giuridicamente vincolanti e con il fine di orientare gli enti territoriali e gli operatori economici ad adottare soluzioni smart.

Inoltre, nonostante l'ampio e concreto interesse sovranazionale di matrice europea sul tema, non risulta agevole delineare un inquadramento giuridico o individuare una definizione esaustiva di Smart City, dato che non esiste una definizione normativa in senso stretto, essendo quella di Smart City una nozione ampia dai confini giuridicamente incerti, che deriva soprattutto, come già evidenziato, da fonti di *soft law* e da perimetrazioni definite nell'ambito di specifici programmi, progetti o azioni settoriali.

¹⁰ L'intento dell'EIP-SCC è di creare cluster di città europee, aziende e rappresentanti della società civile per avviare una significativa trasformazione digitale, per realizzare soluzioni sostenibili dal punto di vista dell'ambiente, della società e della salute. Alla fine del 2017, l'EIP-SCC ha visto più di 370 progetti nei settori dell'energia, dell'ITC e della mobilità. Tra le città europee impegnate nella trasformazione smart sono presenti: Copenaghen, Amsterdam, Vienna, Barcellona, Parigi, Stoccolma, Londra, Amburgo, Berlino, Helsinki. Tali città sono state classificate partendo dall'analisi dei successi ottenuti in base a 28 indicatori che spaziano tra la mobilità sostenibile, la green economy, la qualità della vita, la governance, l'ambiente e il costruito. A livello nazionale i fondi strutturali sono stati utilizzati eminentemente dando inizio ai Programmi Operativi Nazionali 2014-2020 "Città Metropolitane" e "Infrastrutture e Reti", in cui sono inquadrati progetti di diverso respiro che scaturiscono da differenti esigenze di sviluppo territoriale.

Utile ai fini di una ricognizione del perimetro concettuale e definitorio di Smart City può essere il riferimento allo studio del Parlamento Europeo denominato “*Mapping smart cities in the EU*” (EUROPEAN, 2015, p. 21), da cui è possibile cogliere le 6 connotazioni essenziali e irrinunciabili di una Smart City, ovvero: smart economy, smart mobility, smart environment, smart people, smart living e smart governance, i quali interattivamente e unitariamente considerati contribuiscono all’emersione di una nozione di sintesi di Smart City, intesa come: “*A city seeking to address public issues via ITC-based solutions on the basis of a multi-stakeholder, municipally-based partnership. These solutions are developed and refined through Smart City initiatives*”.

Sempre basata sulle connotazioni essenziali della “smartness”, per quanto concettualmente più articolata, è la definizione che di Smart City fornisce la Commissione Europea (EUROPEAN, [S. d.]): “a Smart City is a place where the traditional networks and services are made more efficient with the use of digital and telecommunication technologies, for the benefit of its inhabitants and businesses” e ancora un luogo che “goes beyond the use of digital technologies for better resource use and less emissions” e che implica soprattutto “a more interactive and responsive city administration, safer public spaces and meeting the needs of an ageing population”.

Alla luce delle definizioni appena richiamate, si può in prima battuta inferire che in linea di principio, il concetto di “Smart City” indica una città centrata su politiche di crescita sostenibile, anche dal punto di vista ambientale, in cui le dinamiche di gestione della cosa pubblica vengono integrate da sistemi, infrastrutture e mezzi tecnologicamente avanzati (Internet of Things, i Big Data e Analytics, e così anche la Virtualizzazione, il Rendering e Simulazione 3D, l’Artificial Intelligence, il Cloud) al fine di assicurare una pianificazione e fruizione intelligente delle risorse pubbliche e dei servizi essenziali e ottenere attraverso più elevati tassi di inclusione e partecipazione dei cittadini, un miglioramento degli standard qualitativi della vita umana.

Si resta però ancora nell’alveo di uno sforzo definitorio vago ed evanescente e che in ragione di tale vaghezza di significato non rende conto delle complessive potenzialità di valore di cui è intrisa di principio una Smart City, legittimando approcci esegetici e applicativi limitati e limitanti, come sovente accade allorché il paradigma della Smart City viene adoperato, specie nei paesi sviluppati a cd. democrazia stabilizzata, nel contesto delle crisi economiche e delle politiche di *climate change*, legando l’obiettivo prioritario della smartness della città allo sviluppo di nuove tecnologie per un rilancio della competitività economica o per la salvaguardia dell’ambiente.

E’ di tutta evidenza, per certi versi lapalissiano, che limitare l’ambito di declinazione del paradigma della Smart City ad un obiettivo di salvaguardia dell’ambiente o di recupero di competitività economica, attraverso il ricorso strategico alle soluzioni ITC sarebbe metodologicamente e concettualmente non corretto.

Ma il tema del recupero di una definizione appropriata in grado di orientare in maniera coerente i possibili scenari applicativi del paradigma della

Smart City, deve innanzitutto passare attraverso una ricognizione sistematica degli ambiti di rilevanza della *smartness* della città, cercando di privilegiare un approccio multidisciplinare il cui traino è rappresentato da un ripensamento complessivo delle scelte strategiche della politica nel settore dei servizi essenziali alla persona, del welfare sociale e di equo accesso alle risorse di base oltre che della stessa concezione del benessere sociale e collettivo.

In questo senso, un indubbio punto di partenza dell'analisi è stabilire quali sono gli ambiti a cui la Smart City non può essere ridotta in via prevalente o esclusiva.

Certamente il concetto di città smart non può essere fatto coincidere con quello di città digitale: quest'ultima riporta al grado di informatizzazione nonché di *readiness* e destrezza digitale presente su un dato territorio, mentre la Smart City nel suo portato più comprensivo implica un livello superiore di pianificazione strategica delle politiche sociali tese a garantire la partecipazione attiva dei cittadini ai processi legati alla vivibilità della comunità urbana, alla qualità dei servizi resi e all'inclusione sociale.

Del resto, come per altro desumibile dalla letteratura di riferimento, ove il connotato innovativo e originale della città evoluta è stato ritenuto riducibile alla sola predominanza della dimensione ITC e delle dinamiche tecnologiche-digitali, sono state coerentemente enucleate e adottate altre più mirate terminologie come Digital City (FOTH; BRYNSKOV; OJAL, 2015), Informational City (CASTELLS, 1989), City of Bits (MITCHELL, 1996), Cybernetic City (SCHÖFFER, 2009), Media City (McQUIRE, 2008), Ubiquitous City (WOOD, 2009), Senseable City (RATTI; CLAUDEL, 2016), Augmented City (CARTA, 2017).

E non coincide nemmeno con il concetto di Green City apparendo chiaro che la *smartness* di una città è connotato per così dire ontologico che racchiude una molteplicità di fattori abilitanti, non riducibili in via esclusiva o anche solo preponderante alla tutela ambientale.

Per le stesse ragioni la Smart City non può essere ridotta a mero strumento di recupero o rilancio della competitività economica del sistema attraverso la realizzazione di sinergie tra lo sviluppo di nuove tecnologie, applicazioni di economia circolare e la crescente salvaguardia dell'ambiente.

3 SMART CITY ED APPROCCIO MULTIDISCIPLINARE. IL FOCUS SULLA SOSTENIBILITÀ SOCIALE QUALE AMBITO DI POSSIBILE RILEVANZA SPECIFICA DEL PARADIGMA DELLA SMART CITY IN RELAZIONE AGLI SDGS E ALLA LUCE DEI NUOVI INDICI DI RILEVAZIONE DEL BENESSERE COLLETTIVO

L'aver indicato nel precedente paragrafo quali non sono gli ambiti concettuali di identificazione esclusiva di una Smart City, sebbene tutti parzialmente rilevanti e non antinomici tra loro, sembrerebbe quasi condurre

ad una aporia insormontabile in ragione della quale ritenere obbligata una definizione ampia di Smart City, dai confini incerti anche in merito all'inquadramento giuridico, nonostante l'evoluzione sovranazionale e nazionale che pare al momento descrivere una mera utopia urbanistica, anzi una *eterotopia*, (FOUCAULT, 1996), un luogo-non luogo della nostra contemporaneità, ideale e idealizzato sebbene in realtà sovraesposto a contraddizioni insanabili, che dà per scontato la reale partecipazione/inclusione di tutti i cittadini *habitans* all'utilizzo degli apparati digitali e all'accesso alle risorse essenziali ma che nei fatti non è in grado di *cum-prehendere* gli esclusi, i vulnerabili e tutti coloro che vivono una condizione di diseguaglianza sostanziale per una molteplicità di fattori, migratori, economici, culturali, anagrafici e legati alla condizione di salute (fisico-psichiche).

Di fatto una città dei vivi e dei morti o come Foucault scriveva “un luogo senza luogo, che vive per se stesso, che si autodelinea e che è abbandonato, nello stesso tempo” (FOUCAULT, 2011)¹¹.

Da qui prendendo le mosse, e venendo al punto di riflessione che si intende privilegiare, un possibile recupero di specificità identitaria della definizione di Smart City può e deve acquisirsi attraverso la valorizzazione degli obiettivi di sostenibilità (e degli obiettivi di sostenibilità sociale in particolare prima ancora che degli obiettivi di sostenibilità economica ed ambientale), nella costruzione di un modello di sperimentazione urbanistica all'altezza delle complesse sfide conseguenti ai processi di metropolizzazione in atto che condurranno nel 2050 circa il 70% della popolazione terrestre a vivere in città o aree metropolitane.

Sia chiaro che la prospettiva analizzata non intende sottovalutare la criticità delle sfide sottese ai complessi e pressanti obiettivi di sostenibilità ambientale degli agglomerati urbani a cui oggi, sebbene essi occupino solo il 3% della superficie terrestre, vanno imputati il 60-80% del consumo di energia e il 75% delle emissioni di sostanze nocive oppure sottese agli obiettivi di sostenibilità economica intesi come intervento di contrasto al declino economico che interessa in maniera sempre più crescente e progressiva, in ragione dell'incremento dei tassi di metropolizzazione, persino i Paesi occidentali cd. a democrazia stabilizzata¹².

E tuttavia ove si adotti un approccio critico al concetto di Smart City teso a valorizzare un modello di urbanizzazione socialmente sostenibile, coerente con il goal 11 dell'Agenda 2030, che porti ad una effettiva prosperità inclusiva, la sfida più urgente che emerge è quella di fondare e consolidare una nuova concezione della città come spazio/luogo oggetto di diritti di cittadinanza e allo stesso tempo come complesso organizzato degli strumenti e delle dotazioni per l'esercizio attivo di questi diritti, coadiuvato dalle infrastrutture tecnologiche e digitali.

¹¹ Il termine *eterotopia* coniato dal filosofo francese M. Foucault indica quegli spazi che hanno la particolare caratteristica di essere connessi a tutti gli altri spazi, ma in modo tale da sospendere, neutralizzare o invertire l'insieme dei rapporti che essi stessi designano, riflettono o rispecchiano.

¹² Si tratta di quei paesi (gli Stati Uniti e molti di quelli appartenenti all'Unione Europea) che si fondano sulle ragioni del costituzionalismo, che dimostrano una convinta difesa dei diritti di libertà e delle garanzie costituzionali, e il cui sistema di governo privilegia il criterio della separazione dei poteri quale baluardo dell'effettività della democrazia liberale (FROSINI, 2022).

Un vero e proprio diritto alla città socialmente sostenibile, in cui gli abitanti siano messi in condizione di riappropriarsi di spazi di interazione sociale e di partecipazione attiva, riscrivendo il rapporto tra attori sociali e istituzioni urbane/politiche e rifondando il diritto di proprietà all'interno del contesto urbano per ripensare la funzione tipica della proprietà dello spazio urbano e ristrutturare i ruoli e le gerarchie all'interno della città.

In sintesi, una sorta di “*urbanism for all*” in grado di curare i mali ricorrenti delle città odierne rinvenibili nei sempre più estesi fenomeni di gentrificazione (CONTI, 2022)¹³, inaccessibilità, segregazione e disuguaglianza.

Un diritto che in un’ottica liberale altro non è che “an incremental addition to existing liberal-democratic rights” (PURCELL, 2014) la cui applicazione deve essere garantita dall’attore istituzionale e sociale per eccellenza ossia lo Stato.

In questo senso, molteplici sono le iniziative volte a riconoscere un diritto alla città. Primo tra tutti, il *City Statute*, adottato in Brasile nel 2001 come legge federale, a tutela del diritto alla città per gli abitanti delle favelas, che riconosce il il valore sociale del territorio in aggiunta a quello economico.

E ancora: *La Carta mondiale per il Diritto alla Città* approvata nel 2005, *La Carta per il Diritto alla Città* adottata a Città del Messico nel 2010 e *La Carta Europea per la salvaguardia dei Diritti umani nella Città del 2012* adottata da oltre 300 città europee – di cui più di 100 italiane.

Anche le Nazioni Unite riconoscono e invocano il rispetto del diritto alla città, attraverso proprie agenzie satelliti come UN-Habitat, l’Unesco o il *World Urban Forum* includendo il diritto alla città tra le declinazioni naturali dei diritti fondamentali dell’uomo.

Un approccio quello del diritto alla città, come declinazione dei diritti fondamentali dell’Uomo, che va confermato e preteso ad avviso di chi scrive e che appare del tutto coerente con la tassonomia disegnata dal paragrafo 11 della New Urban Agenda delle Nazioni Unite nella parte in cui afferma in maniera programmatica il “diritto alla città’ giusta, inclusiva, sicura, sana, accessibile, resiliente e sostenibile. Ma che soprattutto appare coerente con l’Agenda 2030 che nel nutrito elenco dei 17 obiettivi di sviluppo sostenibile da raggiungere entro il 2030 per migliorare lo sviluppo dell’umanità, dedica il “goal 11” specificatamente a “*Città e comunità sostenibili*” con la finalità di “rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili”.

In questo solco, la prospettiva epistemologica sottesa alla valorizzazione del connotato della sostenibilità sociale diviene in altri termini un potente criterio teleologicamente orientato per un ripensamento delle strategie di urbanizzazione e per la risoluzione delle cause della cd. *new urban crisis* (FLORIDA, 2017) sostanzialmente riconducibili alla

¹³ Il concetto di “gentrificazione” è mutuato dalle analisi sociologiche e può essere definito come processo di borghesizzazione di aree urbane un tempo appannaggio della classe operaia o di ceti non abbienti, progressivamente rimpiazzati non potendo più economicamente sostenere i nuovi standard qualitativi del luogo di residenza con conseguente emarginazione sociale.

- I. plutocratizzazione delle cd. *superstar cities* (LE GALÈS; PIERSON, 2019) nelle quali vive e lavora solo il 7% della popolazione che genera il 40% dell'economia mondiale;
- II. la scomparsa della classe media che unitamente alla crisi delle periferie, genera crescente disuguaglianza e segregazione (PETRILLO, 2018); e
- III. la crisi dell'urbanizzazione nei Paesi in via di sviluppo.

Sotto un altro angolo visuale, è un recuperare il punto di vista della sociologia urbana, fondata con la Scuola di Chicago, per il quale dirimente non è lo studio di ciò che succede all'interno delle città, ma lo studio sul modo in cui gli elementi e le dinamiche che strutturano le relazioni fra attori, istituzioni e gruppi sociali costituiscono la città come un unico ed esclusivo ecosistema e sul rapporto tra questo ecosistema e tutti gli altri ecosistemi specifici rilevanti al di fuori del contesto metropolitano.

Punto di vista la cui compiutezza, concettuale e metodologica, deve essere agevolata da alcune preliminari considerazioni sui concetti di metropolizzazione del territorio e di benessere collettivo.

Con il termine metropolizzazione (FERRERO, 2015) si fa riferimento ad un macrofenomeno di urbanizzazione caratterizzato da una tendenza espansiva esponenziale: se all'inizio del diciottesimo secolo, soltanto il 3% della popolazione terrestre viveva in città; oggi, quasi una persona su due, ed entro il 2050 si prevede che il 70% degli 8 miliardi di abitanti del pianeta vivranno nelle città.

Il risultato fisico più evidente di tale fenomeno è quello della dilatazione del sistema insediativo-infrastrutturale con prevalenti caratteri di dispersione e diffusione producendo effetti di frammentazione territoriale sempre più vistosi oltre ad alcune peculiari problematiche sostanzialmente riconducibili a tre dinamiche che rappresentano la *contradictio in adjecto* del principio della sostenibilità dello sviluppo:

1. il progressivo aumento del consumo di suolo;
2. un sistema di mobilità diffuso ma basato quasi solo sulla mobilità su gomma delle persone (in maggior parte individuale) e delle merci e quindi debole, congestionante e inquinante;
3. un modello energivoro e che produce sempre maggiore spreco energetico.

La metropolizzazione afferisce dunque per lo più, e fatta eccezione per pochi esempi virtuosi, ad un processo di diffusione insediativa rapida e disordinata, senza una pianificazione urbanistica adeguata e sostenibile¹⁴ che

¹⁴ Si tratta di problematiche fra loro fortemente interrelate: se l'organizzazione del sistema insediativo e del suo sviluppo non è basato sul trasporto collettivo (ove possibile, costituito da linee di forza su ferro) esistente o programmato, si sviluppa lo *sprawl urbano* ovvero il consumo di suolo che ha come conseguenza la impossibilità di affrontare la domanda di mobilità conseguente con un'offerta di trasporto collettivo; la dispersione-frammentazione a sua volta impedisce importanti forme di efficienza e risparmio energetico (si pensi ad esempio al teleriscaldamento, alla lunghezza e capillarità delle reti, ecc.). Il tema dell'urban sprawl ha dovuto aspettare il

sia concretamente connotata da azioni e politiche perseguibili mediante processi di governance e percorsi di pianificazione strategica.

Un fenomeno altrimenti definito di dispersione urbana o invasione urbana (*urban sprawl* e *urban encroachment*) (BENCARDINO, 2015) da cui si origina la città diffusa o espansa, opposta alla città *pubblica e partecipata*, in cui gli spazi e servizi pubblici o di uso pubblico, quando ci sono, non sono percepibili e fruibili come tali e dal quale emerge la drammatica incapacità dei paradigmi di sviluppo urbano attualmente in voga a fornire risposte efficaci alle grandi sfide del secolo in tema di sostenibilità sociale.

Gli effetti di segregazione e disegualianza sociale, unitamente alla disomogenea distribuzione del reddito e dell'accesso alle risorse essenziali, al diritto all'abitazione, alla istruzione e più in generale l'assenza di partecipazione attiva alla vita pubblica, sono tutti indici di un declino economico e sociale sempre più contiguo alla metropolizzazione anche nei Paesi occidentali a democrazia stabilizzata, che ha indotto in ambito internazionale e da oltre cinquant'anni un ripensamento complessivo degli indici di misurazione del benessere sociale e collettivo, grazie anche ad un approccio critico delle organizzazioni sovranazionali¹⁵ nell'ottica del superamento dei tradizionali indicatori economici concepiti per misurare la capacità produttiva del singolo o dello Stato, come il reddito pro-capite e il prodotto interno lordo (PIL).

Un superamento del PIL come unico indicatore di misurazione del benessere causalmente determinato dalla consapevolezza che i parametri sui quali valutare il progresso di una società non possono essere esclusivamente di carattere economico, ma devono tenere conto anche delle fondamentali dimensioni sociali e ambientali del benessere, rilevanti ai fini dell'elaborazione, dell'adozione e della valutazione delle politiche pubbliche, al fine di integrare l'uso degli indicatori macroeconomici, ritenuti non più sufficienti a misurare il grado di benessere di una comunità e, perciò, ad orientare in maniera più coerente ed efficace le politiche pubbliche.

Un approccio innovativo e dinamico che prende le mosse dal carattere eterogeneo della dimensione del benessere collettivo, declinabile attraverso la manifestazione concorrente di molteplici fattori quali, esemplificativamente, gli standards materiali di vita (reddito, consumi e ricchezza), qualità sociale e parità tra i sessi, salute, istruzione di qualità, sviluppo della persona (compreso il lavoro), governabilità, integrazione e relazioni sociali, ambiente e sicurezza (economica così come fisica).

2006 per entrare finalmente nel dibattito europeo grazie ad un report dell'Agenzia Europea dell'Ambiente (*Urban Sprawl – the ignored challenge*) nel quale viene dettagliatamente analizzato il fenomeno e si raccomanda un attento monitoraggio del consumo di suolo e degli impatti socioeconomici ed ambientali, che potrebbero rivelarsi catastrofici nel lungo periodo.

¹⁵ Risale al 2003 il progetto OCSE di revisione del concetto di benessere denominato *Global Project on Measuring the Progress of Societies*, disponibile alla pagina web <<http://www.oecd.org/statistics/measuring-well-being-and-progress.htm>>. In seguito, anche l'Unione Europea ha espresso la propria adesione ad un simile mutamento culturale prima ancora che economico, come si evince dalla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo del 20 agosto 2009, n. 433, denominata *Non solo PIL. Misurare il progresso in un mondo in cambiamento*, consultabile all'indirizzo <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0433:FIN:IT:PDF>>.

Su questo solco si pone anche l'approccio multidimensionale del benessere equo e sostenibile, cd. BES, teorizzato nel 2010 da un'iniziativa congiunta Istat-Cnel, con l'obiettivo di valutare il progresso del Paese e dei territori verso l'incremento del benessere dei cittadini e della società non soltanto dal punto di vista economico, ma anche sociale e ambientale e finalizzato ad integrare i tradizionali indicatori economici, reddito pro-capite e PIL, con altri indicatori di vario genere, compresi quelli relativi alle disuguaglianze ed alla sostenibilità per quantificare la distribuzione del reddito disponibile e la sostenibilità ambientale del benessere¹⁶.

Il BES considera 12 dimensioni¹⁷, articolate in 130 indicatori nell'ambito dei quali con decreto del MEF 16 ottobre 2017, sulla scorta dei criteri e le modalità stabiliti dalla legge 4 agosto 163 del 2016, sono stati selezionati 12 indicatori di benessere equo e sostenibile: reddito medio disponibile aggiustato pro capite; indice di disuguaglianza del reddito disponibile; indice di povertà assoluta; speranza di vita in buona salute alla nascita; eccesso di peso; uscita precoce dal sistema di istruzione e formazione; tasso di mancata partecipazione al lavoro, con relativa scomposizione per genere; rapporto tra tasso di occupazione delle donne di 25-49 anni con figli in età prescolare e delle donne senza figli; indice di criminalità predatoria; indice di efficienza della giustizia civile; emissioni di CO₂ e altri gas clima alteranti; indice di abusivismo edilizio.

Il ripensamento degli indici di misurazione del benessere sociale e collettivo, ha come effetto primario quello di etero-determinare in maniera ancora più dirimente una definizione di Smart City finalisticamente orientata verso obiettivi specifici di sostenibilità sociale economica e ambientale che è esattamente il paradigma enunciato, come già indicato, nell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile e in particolare nell'obiettivo numero 11 intestato a "*Città e comunità sostenibili*" e finalizzato a "*Rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili*".

Il Goal 11, si focalizza su come affrontare le sfide che affliggono le città di oggi, in particolare ponendo attenzione al ripensamento in chiave di sostenibilità delle dimensioni tipiche di un contesto urbano e di una comunità cittadina e quindi l'accesso agli alloggi e ai servizi di base, al sistema di trasporto sostenibile, all'urbanizzazione sostenibile, all'accesso agli spazi pubblici, alla creazione di edifici sostenibili, all'impatto ambientale pro capite delle città e alle politiche per fronteggiare il cambiamento climatico, al fine di ottimizzare la efficienza delle risorse e la riduzione del rischio di disastri naturali.

Tutti i 17 Goal sono fortemente interconnessi l'uno con l'altro, ma il Goal 11 è particolarmente legato ai temi della presenza e della organizzazione dell'uomo sulla terra ed all'impatto antropico sulle risorse naturali. In particolare il legame lo si rinviene con il Goal 3 (salute e benessere degli individui), il Goal 6 (migliore

¹⁶ Con la legge n.163/2016 di riforma della legge di contabilità n.196 del 2009, gli indicatori di benessere equo e sostenibile sono entrati nell'ordinamento italiano, venendo inclusi tra gli strumenti di programmazione e valutazione.

¹⁷ Le 12 dimensioni sono: Salute, Istruzione e formazione, Lavoro e conciliazione tempi di vita, Benessere economico Relazioni sociali, Politica e istituzioni, Sicurezza, Benessere soggettivo, Paesaggio e patrimonio culturale, Ambiente, Ricerca e innovazione, Qualità dei servizi.

qualità dell'acqua e riduzione dell'inquinamento idrico), il Goal 9 (infrastrutture resilienti, industrializzazione inclusiva e sostenibile e favorire l'innovazione), il Goal 10 (riduzione delle disuguaglianze), il Goal 13 (azione contro il cambiamento climatico) e il Goal 15 (vita sulla terra).

Va tuttavia precisato, però, che tra gli obiettivi dell'Agenda 2030, il Goal 11 è quello in cui l'Agenda 2030 registra a livello globale i ritardi più significativi il che comporta la presa d'atto di quanto ancora utopistica sia la concretizzazione del paradigma della città inclusiva che guarisce le disuguaglianze e le esclusioni dei suoi abitanti nel rispetto della biosfera e in generale degli ecosistemi che interagiscono con la città stessa.

E' una circostanza oggettiva conclamata dalle relazioni annuali dell'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico).

Del resto diversi sono i fattori che ostacolano una piena attuazione del Goal 11 a livello globale. Innanzitutto ci sono numerose differenze strutturali tra le città dei Paesi sviluppati e quelle dei Paesi in via di sviluppo.

Non a caso, oggi gli 830 milioni di persone che vivono in baraccopoli ai margini delle grandi città, sono diffusi principalmente in tre aree geografiche molto povere: Est e Sud-Est Asiatico (370 milioni), Africa Sub-Sahariana (238 milioni) e Asia Centrale (226 milioni).

Va poi considerato il grande impatto in termini di inquinamento prodotto dalle città, dato che esse pur occupando solo il 3% della superficie terrestre, sono responsabili del 60-80% del consumo di energia e del 75% delle emissioni di sostanze nocive.

Da ultimo, va considerato al livello dei decisori politici il grado di incidenza ed efficacia della programmazione delle strategie di implementazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030.

Secondo il *Sustainable Development Report 2023*, infatti, c'è ancora una significativa discrepanza tra il sostegno politico espresso per gli SDGs e l'integrazione degli obiettivi nei processi strategici di politica pubblica, in particolare nei bilanci nazionali. Meno della metà dei Paesi intervistati nel Report (20 su 48) menziona gli SDGs o usa termini correlati nel loro ultimo documento di bilancio ufficiale, o include gli SDGs in una sezione dedicata dei loro bilanci nazionali.

Per quanto riguarda la performance dell'Italia rispetto all'Obiettivo 11, stando ai dati diffusi dall'ASviS (Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile) nel Rapporto 2023 su Città e Comunità Sostenibili e dall'Istat nel Rapporto SDGs 2023, il Paese deve ancora migliorare sotto diversi aspetti. L'Italia, infatti, si posiziona, ancora oggi come nel 2019, al di sotto della media europea, soprattutto a causa del maggiore tasso di sovraffollamento delle abitazioni (28,3% contro il 17,1% dell'UE) e a una maggiore esposizione alle Pm10 (25,5 µg/m³ rispetto a 20,5 dell'UE).

4 IL RAPPORTO TRA SMARTNESS (ITC DRIVEN) E SOSTENIBILITÀ SOCIALE. LA APORIA DEFINITORIA DEL CONCETTO DI SOSTENIBILITÀ SOCIALE E IL RIFLESSO SULLA DIFFICOLTÀ DI UNA ELENCAZIONE ESAUSTIVA DELLE DIMENSIONI DELLA SOSTENIBILITÀ SOCIALE E DEI SUOI INDICATORI

Interrogarsi sulla sostenibilità sociale della Smart City non significa però solo cercare di capire quali scelte politiche e strategie i decisori pubblici, a livello nazionale e comunitario, possono e devono pianificare ed adottare per tutelare e applicare il diritto alla città inclusiva e partecipativa e rispettosa della biosfera.

Significa anche, e soprattutto, porsi la questione di come e quanto lo sviluppo della *smartness* (in senso tecnologico e digitale) della città incida effettivamente sull'implementazione della dimensione della sostenibilità sociale.

Sebbene molto si sia scritto sul tema dello sviluppo ambientale ed economico della città, e sulle interazioni tra queste due dimensioni, lo stesso non si può dire per il pilastro dello sviluppo sostenibile sociale che rimane ancor oggi per lo più un concetto non puntualmente qualificato e definito che lascia spazio a continue interpretazioni.

La ragione delle difficoltà di delimitazione del suo “campo” specifico è probabilmente da rinvenire nella circostanza per cui le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile tendono a sovrapporsi e questo può innescare difficoltà nel discernere dove inizia una e finisce l'altra.

Tale circostanza si riflette a sua volta anche nella difficoltà ad individuare una definizione univoca e condivisa di sostenibilità sociale.

Nella letteratura dedicata le definizioni di sostenibilità sociale sono molto variegata, e in una certa misura semanticamente orientate dalla prevalenza di un paradigma valoriale piuttosto che un altro coinvolgendo di volta in volta in maniera caratterizzante ora la dimensione economica, ora quella politica e ancora quella più strettamente sociale, etica, culturale o ancora la connotazione istituzionale e normativa ancorata al diritto positivo.

Ad esempio una nozione di sostenibilità sociale centrata sui paradigmi economico e politico e sul bisogno di una loro rifondazione in ottica di recupero della dignità dell'essere umano è quella di Jeffrey Sachs (2015), economista di fama internazionale e tra i massimi esperti di sviluppo sostenibile, oltre che docente alla Columbia University dove dirige il Center for Sustainable Development:

La sostenibilità sociale prevede il raggiungimento di un giusto grado di omogeneità sociale, un'equa distribuzione del reddito, un'occupazione che permetta la creazione di mezzi di sussistenza dignitosi e un equo accesso alle risorse e ai servizi sociali, un equilibrio tra rispetto della tradizione e innovazione” e ancora “Una definizione forte di sostenibilità sociale deve poggiare sui valori fondamentali di equità e democrazia, quest'ultima intesa come l'effettiva appropriazione di tutti i diritti umani – politici, civili, economici, sociali e culturali – da parte di tutte le persone.

Una definizione invece incentrata sul fattore sociale, etico e culturale e sulla valorizzazione delle diversità dei gruppi di appartenenza, è quella di Polese e Stren (2000):

La sostenibilità sociale è uno sviluppo (e/o una crescita) compatibile con l'evoluzione armoniosa della società civile, che alimenta un ambiente favorevole alla coabitazione di gruppi culturalmente e socialmente diversi, e allo stesso tempo favorisce l'integrazione sociale, con miglioramenti nella qualità della vita per tutti i segmenti della popolazione.

Una nozione decisamente orientata dal criterio istituzionale-normativo è quella di Kostantinos Alexandris Polomarkakis (2020):

La sostenibilità sociale è l'insieme delle politiche, delle regole e dei principi stabiliti nell'ordinamento giuridico dell'UE, che mirano a rafforzare la dimensione sociale dell'UE come soluzione a lungo termine, mettendola al riparo da qualsiasi ricaduta in una posizione di subordinazione gerarchica ai mercati, in modo che l'Europa sociale possa essere percepita inequivocabilmente come un contraltare alla costituzione economica.

Com'è possibile desumere già da queste definizioni, proposte a titolo esemplificativo, e dalla differenziazione che ciascuna di esse presenta rispetto all'altra, arrivare ad una ricomposizione che soddisfi tutte le peculiarità che ciascuna di esse ha cercato di mettere in risalto è un'operazione tutt'altro che semplice.

Invero il concetto di sostenibilità sociale e più in generale di sviluppo sostenibile in sé non tollera una definizione statica essendo per sua attitudine un concetto dinamico, adattabile a più settori disciplinari e contesti non omogenei.

Va inteso quindi sia come principio giuridico aperto e applicabile a diversi contesti, sia come obiettivo di politiche ambientali e di sviluppo economico sia come obiettivo di equità, di solidarietà sociale e lotta alla povertà, sia come processo globale di cambiamento etico-culturale.

Queste difficoltà di tracciamento netto dei confini definitivi del concetto di sostenibilità sociale risultano a loro volta sovrapponibili alle difficoltà nel giungere ad un modello di classificazione comune delle dimensioni e degli indicatori rilevanti ai fini di identificazione e misurazione degli obiettivi di sviluppo socialmente sostenibile nell'ambito della Smart City.

Un tentativo degno di nota è stato compiuto da Susan Opp (2017)¹⁸ che, attraverso un'analisi della letteratura accademica, delle ricerche applicate e dei

¹⁸ L'attendibilità del modello di OPP non va tuttavia confusa con un consenso unanime sulle quattro dimensioni e i loro relativi indicatori. Tuttavia, da esso emerge che, nella modellazione della sostenibilità sociale, la *smartness* giochi un ruolo estremamente importante, costituendo il substrato tecnologico/comunicativo di base per l'implementazione degli indicatori di equo accesso del cittadino alle opportunità offerte dalla comunità urbana.

documenti governativi provenienti da varie parti del mondo, Stati Uniti, Canada, Finlandia, Svezia, Norvegia, Australia, è riuscita a proporre una modellazione della sostenibilità sociale della Smart City basata su quattro dimensioni estremamente interrelate tra loro con indicatori mirati a misurarne il livello di soddisfazione: *equal access and opportunity, environmental justice, community and the value of place, basic human needs*.

Un quadro che, sul piano teorico, lega ontologicamente il riconoscimento della condizione di *smartness* cittadina ad obiettivi tipici della sostenibilità sociale, a prescindere da un ruolo guida della tecnologia smart.

Altre recenti analisi (GURASHI, 2021) sulla modalità di applicazione del paradigma Smart City hanno evidenziato che le potenzialità di sviluppo delle politiche di sostenibilità sociale dipendono, più che dall'utilizzo massiccio di strumenti e infrastrutture ITC, dall'adozione di una chiara strategia di programmazione di interventi ad alto impatto sociale nell'ambito del tessuto urbano che parta e tenga conto delle specificità dei diversi contesti per giungere ad un ventaglio coerente e dedicato di azioni integrate da applicare ai diversi ambiti di intervento.

Il che equivale a dire che la *smartness* tecnologica e digitale di una città non è un fattore generativo in se di sostenibilità sociale ma un mero fattore abilitante e di supporto alle strategie di sostenibilità sociale non imprescindibile né determinante.

Ed equivale anche a dire che la strategia della sostenibilità sociale della città intelligente può essere affidata ad un piano di sviluppo completamente differente ed autonomo rispetto alla strategia di implementazione della *smartness* basata prioritariamente e/o esclusivamente sul potenziamento delle infrastrutture ITC.

La Smart City, insomma, è intelligente dal punto di vista della sostenibilità sociale nella misura in cui riesce a innescare un processo di miglioramento continuo della qualità della vita (nel senso di migliore fruizione della città e dei suoi servizi), che tenga conto delle differenze sociali, economiche e culturali tra i gruppi sociali e che sono basilari per l'individuazione di strategie specifiche di intervento ai fini di inclusione sociale.

Entro tale perimetro, diviene poi fondamentale distinguere i bisogni individuali dai bisogni dei gruppi sociali per intervenire in maniera efficace su alcune macro-aree rilevanti in rapporto di integrazione circolare tra loro: i) diritti individuali (assicurare ai singoli l'accesso ai diritti costituzionali, al cibo e alla salute), ii) equità e coesione sociale (azioni che riducono le disparità per soggetti vulnerabili), iii) costruzione di comunità (iniziative volte a formare e dare solidità al legame sociale tra persone e gruppi anche a fronte di fattori di forte cambiamento culturale e sociale).

Le politiche strategiche di creazione di sostenibilità sociale che si concentrano su tali aree di intervento, declinano nei fatti un approccio metodologico che recupera il senso più intimo e proprio del termine sostenibilità

che da un punto di vista etimologico origina (ZUPI, 2014) dal verbo latino *sustineo* nel suo duplice significato, quello proprio di “sostenere” e quello figurato di “proteggere/difendere, in rapporto di evidente biunivoco condizionamento.

In questo senso è evidente il riferimento all’idea di rimozione degli ostacoli per garantire la progressione del benessere individuale e collettivo.

Garantire in particolare la sostenibilità sociale dello sviluppo significa tutelare le generazioni future, permettendo loro di avere le stesse possibilità nel rapporto con le risorse naturali e significa anche dare il giusto rilievo alla dimensione etica e socio-culturale della sostenibilità per la quale è necessaria una partecipazione attiva dei cittadini e una maggior presa di coscienza e di responsabilità da parte dell’intera collettività.

5 CONCLUSIONI. DALLA “SMART CITY” ALLA “SOCIAL SUSTAINABLE SMART CITY”. UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA

Questa visione di città intelligente e sostenibile, integrata in tutte le sue componenti di valore, ma nella quale la sostenibilità sociale è agevolata dalla tecnologia senza dipendere in via esclusiva da essa, induce alla necessità di dar conto di un passaggio evolutivo dal concetto di Smart City a quello di *Social Sustainable Smart City* valorizzando il principio di fondo per eccellenza della sostenibilità sociale, il “*Leave No One Behind*”.

Emerge cioè l’idea di una città tesa a fortificare gli spazi, i luoghi e le formazioni sociali entro i quali si svolge il *proprium* della persona umana in attuazione dell’art. 2 della costituzione italiana, nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e della Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo.

Una città in cui non trovano spazio e legittimazione differenti livelli di cittadinanza con differenziati livelli di accesso a determinate risorse sulla base di differenti capacità reddituali; una città tesa a ricostruire un significato di spazio pubblico inclusivo e non discriminante, definito attraverso la partecipazione effettiva e compiuta ai beni collettivi di tutti i cittadini a prescindere dal gruppo sociale di appartenenza e del profilo reddituale posseduto.

Sotto questo profilo, la Social Sustainable Smart City diventa una nuova potente forma di democrazia che parte dal riconoscimento di una comunità urbana intelligente e sostenibile in cui il cittadino è soggetto attivo, corresponsabile di nuovi modi di governare la res pubblica, e non un mero passivo fruitore-consumatore di beni e servizi, come è preponderante negli attuali modelli di comunità urbana.

Un nuovo modello di governo della collettività in termini di sostenibilità capace di rifondare l’architettura della società, della politica, dell’economia e della produzione, dando il giusto senso e priorità alle connessioni sociali e relazionali tra sistemi umani e sistemi non umani.

E' insomma il luogo ideale che rende possibile la ricostruzione in termini di sostenibilità del rapporto tra la Natura, gli ecosistemi e l'Uomo, inteso aristotelicamente nel suo connotato di Homo Politicus, rispetto al quale Scienza e Tecnica devono essere asservite in quanto strumenti finalisticamente e operativamente orientati alla creazione di soluzioni responsabili di benessere dell'individuo e della società.

Non a caso negli studi di sociologia e antropologia più recenti, si è incominciato a parlare più correttamente di "*ecodomia del comune*" (CAPONE, 2022, p. 112-126), con una espressione che trae origine dall'Etica Nicomachea (II, 10-11), allorchè Aristotele scrive: *eu oikodomein agathoi oikodōmoi èsontai/ Il ben costruire fa il buon costruttore.*

E a ben vedere il futuro della prospettiva umana in generale e delle città intelligenti sostenibili in particolare è tutto nella capacità dell'Uomo di saper ben costruire lo spazio comune delle relazioni attraverso la cura della convivialità e dei beni e servizi funzionali allo sviluppo dell'individuo.

Si comprende quindi l'importanza di un urbanesimo conscio e consapevole che passi attraverso il ripensamento in ottica di sostenibilità sociale delle attività antropiche e delle comunità urbane metropolitane, piegando Scienza e Tecnica alla ricerca di soluzioni finalisticamente orientate al perseguimento degli obiettivi di governo responsabile della comunità degli uomini così come della Natura e delle sue risorse, con il fine ultimo della salvezza del genere umano dal rischio della estinzione biologica.

A pensarla diversamente nel perpetuarsi delle condizioni di miope intendimento e gestione delle criticità degli ecosistemi urbani e di tutti gli altri ecosistemi intorno a noi, si perpetuerebbero anche le dinamiche utilitaristiche proprie delle convenienze contingenti che mai nella storia dell'Uomo e del pensiero politico moderno hanno contribuito a creare superiori pratiche del bene comune, anzi avendo piuttosto generato particolarismi e individualismi egoistici e iniqui, come lo specismo, il classismo, il sessismo e il razzismo, latori di disagio sociale e distruttori di quei legami solidaristici da cui una società equa, libera, democratica, inclusiva e partecipata, dipende in via esclusiva.

Si tratta di una prospettiva sistemica che disancorando il paradigma della città da quello di *ente-ordinamento* connotato da rigidi confini amministrativi territoriali (PETTIROSSI, 2020) e riconducendolo anzi al più esteso e articolato concetto di "*ente-sistema*" (CARROZZA, 2018) o di "*ordinamento di ordinamenti*" (ROMANO, 1977) (prendendo in prestito una espressione del giurista Santi Romano, padre del Diritto Amministrativo italiano nonché fondatore della teoria istituzionalistica del diritto), è in grado di permeare ed educare l'orientamento di "una città organica, un sistema di sistemi, che nello spazio urbano affronta la sfida della globalizzazione in termini di aumento della competitività, dell'attrattività, dell'inclusività" (BONOMI; MASIERO, 2014).

Tale approccio ermeneutico consente di ricondurre la *Social Sustainable Smart City* in un ambito costituzionalmente orientato sul presupposto che la sostenibilità e per essa i fattori ESG – a cui la città intelligente non può sottrarsi

– rappresentano il terreno elettivo per una gestione conformata del rapporto/conflitto/concorrenza tra i diversi valori costituzionali riconducibili al benessere collettivo, richiamandosi a tal fine gli articoli della Costituzione: 9, comma 3 che assegna alla Repubblica, tra l'altro, il compito di tutelare "l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni" (FIMMANO, 2023)¹⁹, l'art. 41 per il quale l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno, oltre che alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, alla salute e all'ambiente, ma soprattutto l'art. 2 che riconosce e garantisce diritti inviolabili dell'Uomo non solo come singolo ma anche nelle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo, richiedendo l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

E nel bilanciamento di interessi e valori ESG occorrerà applicare tutti i parametri propri del bilanciamento tra valori costituzionali quali ragionevolezza, proporzionalità e non arbitrarietà, sottoponendo l'eventuale apposizione di limiti al criterio rigoroso dell'utilità sociale con la conseguenza che nel conflitto tra interessi patrimoniali e non patrimoniali devono prevalere, di regola, i secondi, affinché si voglia garantire l'obiettivo della sostenibilità (PERLINGIERI, 2020, p. 106).

Ciò perché l'analisi del bilanciamento non può prescindere dalla considerazione preminente del principio costituzionale della solidarietà poc'anzi citato e di cui la stessa prospettiva della sostenibilità deve considerarsi una declinazione applicativa (ALPA, 2023).

Il che equivale anche a dire che nella concorrenza tra i fattori ESG, in ragione del principio costituzionale di solidarietà e del limite inderogabile della utilità sociale, il fattore S (social) deve sempre prevalere, esprimendo senza equivoci il valore della preminenza della persona sulle logiche del mercato.

Concludendo, emerge un dovere di conformazione costituzionale della Social Sustainable Smart City, in virtù della incidenza degli obiettivi ESG – e di sostenibilità sociale in particolare – più propriamente intesi come una essenziale modalità applicativa del principio-dovere di solidarietà costituzionale in forza del quale lo Stato è chiamato "alle proprie ineludibili responsabilità sul piano della concreta attuazione delle istanze della sostenibilità, stimolandolo ad esercitare il proprio potere di indirizzo e di intervento ab externo" (PALMIERI, 2023, p. 70).

Come l'iniziativa economica privata ex art. 41 Cost, così anche la creazione di comunità urbane "ESG conformate" non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana dovendo anche i modelli di urbanizzazione essere piegati alla realizzazione dei fini sociali dello Stato, nella prospettiva del benessere per la comunità, anche dal punto di vista ambientale, e del rispetto dei più elementari diritti della persona umana (CARIELLO, 2022, p. 413)²⁰.

¹⁹ "L'espressa previsione di tale finalità di tutela nella carta costituzionale permette al bene giuridico "ambiente" di passare dall'incerto status giuridico di "valore" a quello più granitico, non solo sul piano dogmatico, di "principio fondamentale" con tutte le conseguenze del caso".

²⁰ Secondo cui la sostenibilità in senso lato o tout court è un paradigma del diritto societario ma può divenire paradigma del diritto costituzionale, grazie ad un'attenta attività interpretativa operata con l'impiego di specifiche regole interpretative, così da delineare le basi per un diritto costituzionale della sostenibilità.

RIFERIMENTI

AGENDA territoriale 2030: un futuro a tutti luoghi: territoriale Agenda: a future for all places: riunione informale di ministri responsabili della pianificazione del territorio, dello sviluppo territoriale e/o della coesione territoriale. 1 dicembre 2020, Germania. Disponibile a: <https://territorialagenda.eu/wp-content/uploads/TA2030_jul2021_it.pdf>.

ALPA, Guido. **Solidarietà**: un principio normativo. Bologna: Il Mulino, 2023.

BENCARDINO, Massimiliano. Consumo di suolo e sprawl urbano: drivers e politiche di contrasto. In: **Bollettino della Società Geografica Italiana**, Roma, Ed. Società Geografica Italiana, v. VII, p. 217-237, 2015.

BONOMI, Aldo; MASIERO, Roberto. **Dalla smart city alla smart land**. Venezia: Marsilio, 2014.

CAPONE, Nicola. Ecodomia del comune: note su come rifare il mondo restando felici. In: GHELFI, Andrea (a cura di). **Connessioni precarie**: Per una ecologia politica della rigenerazione: leggendo Haraway, Stengers e Latour. Verona: Ombre Corte, 2022.

CARIELLO, Vincenzo. Per un diritto costituzionale della sostenibilità (oltre la “sostenibilità ambientale”). In: **Orizzonti del Diritto Commerciale**, Torino, Ed. Giappichelli, v. 2, 2022.

CARROZZA, Paolo. Le province della post-modernità: la città territoriale. In: **Federalismi.it: Rivista de Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo**, Roma, Ed. Federalismi, 2018.

CARTA, Maurizio. **Augmented city**: a paradigm shift. Trento: LISt Lab, 2017.

CASSANO, Giuseppe; COSTANTINO, Fortunato; TRIPODI, Enzo Maria (a cura di). **Smart city**: innovazione, impatto sociale, sostenibilità ambientale. Pisa: Profili Giuridici, 2024.

CASTELLS, Manuel. **The informational city**: information technology, economic restructuring, and the urban-regional process. Oxford: Blackwell, 1989.

CONTI, Uliano (a cura di). **Gentrificazione**: profili e saperi per l'analisi del cambiamento sociale delle città italiane. Milano: Franco Angeli, 2022.

DI MARTINO, Carmine. **Segno, gesto, parola**: da Heidegger a Mead e Merleau-Ponty. Pisa: ETS, 2005.

EUROPEAN COMMISSION. Smart cities: cities using technological solutions to improve the management and efficiency of the urban environment. [S. d.]. Disponibile a: <https://commission.europa.eu/eu-regional-and-urban-development/topics/cities-and-urban-development/city-initiatives/smart-cities_en>.

EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-general for internal polices. Policy Department Economic and Scientific Policy. Brussels, January 2014. Disponibile a: <www.europarl.europa.eu>.

FERRERO, Edoardo. Le smart cities nell'ordinamento giuridico. In: **Foro Amministrativo**, Milano, Ed. Giuffrè, anno II, Fasc. 4, p. 1.267-1.286, 2015.

FIMMANO, Francesco. Art. 41 della Costituzione e valori ESG. In: **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, Ed. Giuffrè, anno L, fasc. 5, p. 777-832, 2023.

FLORIDA, Richard. **The new urban crisis**: how our cities are increasing inequality, deepening segregation, and failing the middle class, and what we can do about it. New York: Basic, 2017.

FOTH, Marcus; BRYNSKOV, Martin; OJAL, Timo (ed.). Citizen's right to the digital city: urban interfaces, activism and placemaking. In: **Hungarian Geographical Bulletin**, Budapest (Hungary), Ed. Geographical Institute, Research Centre for Astronomy and Earth Sciences (CSFK), v. 65, Issue 3, p. 297-301, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Le parole e le cose**: un'archeologia delle scienze umane. Traduzione di E. A. Panaitescu. Milano: Rizzoli, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Spazi altri**: i luoghi delle eterotopie. Traduzione di T. Villani. Milano: Mimesis, 2011.

FROSINI, Tommaso Edoardo (a cura di). **Diritto pubblico comparato**: le democrazie stabilizzate. Bologna: Il Mulino, 2022.

GIBSON, David V.; KOZMETSKY, George; SMILOR, Raymond W. (Ed.). **The technopolis phenomenon**: smart cities, fast systems, global networks. Boston: Rowman & Littlefield, 1992.

GURASHI, Romina. Esplorando la sostenibilità sociale delle smart city: i casi di Sydney e Okayama. In: **Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione**, Milano, Ed. APRIS - Associazione per la Promozione della Ricerca Sociale, n. 1, p. 1-17, 2021.

KOMNINOS, Nicos; MORA, Luca. Exploring the big picture of smart city research. In: **Scienze Regionali**, Roma, Ed. Il Mulino, v. 17, n. 1, p. 33-56, 2018.

LE GALÈS, Patrick; PIERSON, Paul. **Superstar cities and the generation of durable inequality**. In: **Daedalus**, Cambridge (MA), Ed. MIT Press, v. 148, Issue 2, p. 46-72, July 2019.

LÉVY, Pierre. **L'intelligenza collettiva**: per un'antropologia del cyberspazio. Milano: Feltrinelli, 1996.

- MARCUSE, Herbert. **L'uomo a una dimensione**: l'ideologia della società industriale avanzata. Torino: Einaudi, 1967.
- McQUIRE, Scott. **The media city**: media, architecture and urban space. Los Angeles: SAGE, 2008.
- MITCHELL, William J. **City of bits**: space, place, and the infobahn. Cambridge (MA): MIT Press, 1996.
- OPP, Susan M. The forgotten pillar: a definition for the measurement of social sustainability in American cities. 2017. Disponibile a: <https://www.researchgate.net/publication/304028677_The_forgotten_pillar_a_definition_for_the_measurement_of_social_sustainability_in_American_cities>.
- PALMIERI, Gianmaria. Crisi dell'impresa e responsabilità sociale. In: **Rivista della Corte dei Conti**, Roma, Ed. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stat, v. 1, p. 209-216, 2023.
- PERLINGIERI, Giovanni. "Sostenibilità", ordinamento giuridico e "retorica dei diritti": a margine di un recente libro. In: **II Foro Napoletano**, Napoli, Ed. E.S.I, v. 1, p. 101-118, 2020.
- PETRILLO, Agostino. **La periferia nuova**: disuguaglianza, spazi, città. Milano: Franco Angeli, 2018.
- PETTIROSSI, Simone. Smart city: la città autonoma. In: **Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione**, Milano, Ed. APRIS - Associazione per la Promozione della Ricerca Sociale, n. 3, 2020.
- POLESE, Mario; STREN, Richard. **The social sustainability of cities: diversity and the management of change**. Toronto: University of Toronto Press, 2000.
- POLOMARKAKIS, Kostantinos Alexandris. The european pillar of social rights and the quest for EU social sustainability. In: **Social & Legal Studies**, London, Ed. SAGE, v. 29, Issue 2, p. 183-200, 2020.
- PURCELL, Possible worlds: Henri Lefebvre and the right to the city. In: **Journal of Urban Affairs**, London, Ed. Taylor & Francis, v. 36, Issue 1, p. 141-154, 2014.
- RATTI, Carlo; CLAUDEL, Matthew. **The city of tomorrow**: sensors, networks, hackers, and the future of urban life. New Haven / London: Yale University Press, 2016.
- RISALE al 2003. il progetto OCSE di revisione del concetto di benessere denominato Global Project on Measuring the Progress of Societies, disponibile alla pagina web <<http://www.oecd.org/statistics/measuring-well-being-and-progress.htm>>.
- ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. Firenze: Sansoni, 1977.

SACHS, Jeffrey. **L'era dello sviluppo sostenibile**. Milano: Bocconi University Press, 2015.

SASSEN, Saskia. **Espulsioni**: brutalità e complessità nell'economia globale. Bologna: Il Mulino, 2015.

SCHÖFFER, Nicolas. **Cybernetic city**. London: [S. n.], 2009.

SENNETT, Richard. **Costruire e abitare**: etica per la città. Milano: Feltrinelli, 2018.

TRIPODI, Enzo Maria. Le prospettive potenziali della smart city "evoluta": la digital twin city. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 6, n. 1, p. 23 ss., 2024.

WOOD, Andrew F. **City ubiquitous**: place, communication, and the rise of omnitopia. Cresskill (NJ): Hampton, 2009.

ZUPI, Marco. Significati, idee e politiche di sostenibilità. In: LUATTI, L. (a cura di). **Diritto alla pace per un mondo sostenibile**. Roma: [S. n.], 2014 (chapter 1).

Submissão em: 5 de agosto de 2024

Último Parecer favorável em: 27 de outubro de 2024

Como citar este artigo científico

COSTANTINO, Fortunato. Le smart city: sostenibilità sociale ed ESG. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 3, p. 102-127, set.-dez. 2024.

**CONSIDERACIONES SOBRE ASPECTOS JURÍDICO-POLÍTICOS
PRESENTES EN EL NUEVO CONFLICTO ARMADO HAMÁS-ISRAEL VISTOS
DESDE EL PRISMA DEL DERECHO INTERNACIONAL¹**

**CONSIDERATIONS ON SOME LEGAL-POLITICAL ASPECTS PRESENT
IN THE NEW HAMAS-ISRAEL ARMED CONFLICT SEEN FROM
INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE**

JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE²

RESUMEN

En el presente artículo el autor describe, a grandes trazos, las relaciones árabe-israelíes desde la antigüedad, y en particular desde la creación de Israel en 1948, hasta el momento de producirse el actual conflicto armado entre dicho Estado y Hamás, así como la proyección de dicho conflicto ante el Tribunal Internacional de Justicia. En las páginas se hace referencia a la condición “estatal” de Palestina que se debate entre la concepción de Estado de pleno derecho o en vías de creación y, por último, a la calificación jurídica de cuestiones presentes en el conflicto tales como la agresión, la legítima defensa, la aparente piratería y las represalias. El artículo finaliza con una conclusión que se cierra con un poema en el que se pide a las naciones justicia para la tierra palestina.

¹ A Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica agradece a “Anales de la Real Academia de Doctores de España” (Volumen 9, número 2, p. 327-362), parceira espanhola, pela cessão do presente artigo científico para publicação no Brasil. / La Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica agradece a “Anales de la Real Academia de Doctores de España” (Volumen 9, número 2, págs. 327-362), socio español, por facilitar este artículo científico para su publicación en Brasil.

² Doctor en Derecho “*cum laude*” por la Universidad Complutense de Madrid, por unanimidad del Tribunal, y premio “Blasco Ramírez” del doctorado. Antiguo alumno de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Miembro del equipo jurídico ante el Tribunal Internacional de Justicia en el caso “*Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*” (Bélgica v. España). Profesor Titular supernumerario de Derecho Internacional Público y Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y exSecretario General de dicha Universidad. Académico de Número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Miembro supernumerario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. ExSecretario General de la International Law Association (rama española). Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y representante de la misma ante la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos. Abogado del Ilustre Colegio de Madrid. Académico de Número y expresidente de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España. E-mail: tjoseantonio174@gmail.com

Palabras Clave: Israel, Palestina, Hamás, Franja de Gaza, Conflicto árabe-israelí.

ABSTRACT

In this article the author describes, in broad strokes, Arab-Israeli relations since ancient times, and in particular since the creation of Israel in 1948 until the moment of the current armed conflict between said State and Hamas, as well as the projection of said conflict between the International Court of Justice. The pages refer to the “state” condition of Palestine, which is debated between the conception of a full State or in the process of creation and, finally, to the legal qualification of issues present in the conflict such as aggression, self-defense, apparent piracy and reprisals. The article ends with a conclusion that closes with a poem in which nations are asked for justice for the Palestinian land.

Keywords: Israel, Palestine, Hamas, Gaza Strip, Arab-Israeli conflict.

1 LAS RELACIONES ÁRABE-ISRAELÍES: RETROSPECTIVA A GRANDES TRAZOS HASTA EL SIGLO XXI

Siempre que se aborda la “cuestión palestina”, con sus aspectos jurídico-políticos, desde sus orígenes inmersa en las relaciones internacionales de Israel, es imposible prescindir de la historia y olvidar que hasta la autoproclamación de Israel como Estado en la ciudad de Tel Aviv, el 14 de mayo de 1948,³ el pueblo judío cuenta con unos antiquísimos antecedentes a lo largo de más de treinta y cinco siglos, que se pierden, pues, en la noche de los tiempos⁴ y en cuyos inicios, anclados en la Era bíblica, se sitúan los patriarcas Abraham, Isaac y Jacob. Una historia que antes de la Era cristiana, abarca en torno a los mil setecientos años.

En sus comienzos el pueblo judío ya hubo de tomar el camino de Egipto debido a las hambrunas y de nuevo, próximo el siglo XIII a. de C., se volvió a repetir el éxodo hacia esa misma tierra de donde Moisés le sacará iniciándose entonces un vagar por el desierto a lo largo de cuarenta años hasta que, en esa centuria, los judíos se asientan en la tierra de Israel. Es *circa* 1020 a. de C.

³ En dicho acontecimiento jugó un papel fundamental la figura del político laborista, de origen polaco, David Ben-Gurión, siendo el primer presidente del nuevo Estado, desde el 17 siguiente, el químico de origen bielorruso Jaim Weizmann. La doctrina se ocupó del nacimiento de Israel desde el primer momento y de la historia del pueblo judío hasta hoy, vid. por ejemplo, García-Granados, (1948); Williams (1957); Elston (1963); Lucas (1975). Para una visión actual, vid. Fort Navarro y Martínez Ibáñez (2002); Finkelstein, (2003); Lapierre y Collins (2006); Sternhell (2013); Caverio Coll, (2011); Castro (2014); Lara Olmo (2014); Segura i Más y Monterde Matero (2018); Fast (2018); Brenner (2018); Lescure (2019); Suárez (2020); Weir (2021); Frank (2022), quien también se ocupó del *Conflicto árabe-israelí*, en una publicación de breves páginas el 7 de mayo de 2023; Ben-Tasgal (2023); Chomsky y Pappé (2023); Díaz-Mas (2023); Johnson (2023); Loewenstein (2024); Schama (2024); Culla y Fortet (2024).

⁴ Vid. embassies.gov.il. En concreto Gaza ya fue tierra de combates desde antiguo, pues a principios de año 312 a.C. la batalla que enfrentó a las tropas de Ptolomeo y Demetrio, en la tercera guerra de los Diadocos, allí se libró y fue perdida por este último, con quinientos muertos y ocho mil prisioneros.

cuando Saúl se convierte en el primer rey de la monarquía judía, y alrededor del 930 a. de C. cuando, dividido el reino en dos, Judea e Israel, éste será vencido por Asiria. Seguirá después el período persa y helenístico entre los años 538 y 63 a. de C. y a partir de este último año la dominación romana durante la cual comienza la Era cristiana, una dominación a la que seguirán la bizantina, la árabe y la de los cruzados (MAALOUF, 2009).

Después, entre los años 1291 y 1516, ya d. de C., tendrá lugar el dominio mameluco y desde el siguiente año hasta 1917, es decir, a lo largo de cuatro siglos, la presencia otomana. Dentro de esa época, finalizando el siglo XIX, debe destacarse la celebración en 1897 del I Congreso Sionista Mundial en Basilea (Suiza). Iniciado el siglo XX, concretamente en 1909, se fundan la ciudad de Tel Aviv y también Degania, el primer kibutz. Los cuatrocientos años de ocupación turca finalizaron con la presencia británica cuyo ministro de Relaciones Exteriores, Arthur Balfour, en plena I Guerra Mundial, y aún Palestina bajo dominio turco, ya se ocupó en su famosa Declaración, de 2 de noviembre de 1917, del “establecimiento en Palestina de un hogar nacional para el pueblo judío”, bien entendido que “nada sería hecho que pudiese comportar perjuicio a los derechos civiles y religiosos de las colectividades no judías existentes en Palestina” (NATIONS UNIES, 1997, p. 7).

Comienza así, pues, en 1918 finalizada ya la I Guerra Mundial, el período de dominación británica que termina el citado día 14 de mayo de 1948, fecha en que abandona Palestina el último soldado británico tras la decisión tomada por el Gobierno de Londres⁵ desapareciendo, en consecuencia, el mandato de tipo A⁶ que la Sociedad de las Naciones había encomendado al Reino Unido. La Comunidad internacional pasó, por consiguiente, a contar con un nuevo Estado, el de Israel, que fue admitido como miembro de la Organización de las Naciones Unidas el 11 de mayo de 1949, y cuya Asamblea General, por Resolución de 27 de noviembre de 1947, antes, pues, de su nacimiento como Estado, ya propuso la división de Palestina en dos Estados: uno árabe y otro judío, propuesta que contaba con el antecedente de 1930, que hoy vuelve a cobrar actualidad, con la oposición de Israel, y que nunca se ha hecho realidad.⁷ El 15 de mayo de 1948, al día siguiente de la proclamación de Israel como Estado, Egipto, Irak, Jordania, Líbano y Siria iniciaron una acción armada contra el nuevo Estado que resultó victorioso lo que supuso un éxodo, desde sus lugares de residencia, de alrededor de unos 760.000 palestinos (sobre el conflicto palestino-israelí, vid. TESSLER, 1994).

⁵ La evacuación ya había comenzado el 26 de septiembre de 1947.

⁶ Conforme al art. 22. 4 del Pacto de la Sociedad de las Naciones este tipo de mandato se aplicó a: “Ciertas comunidades, que pertenecieron en otro tiempo al Imperio otomano, (y que) han alcanzado un grado de desarrollo tal, que su existencia como naciones independientes puede ser reconocida provisionalmente a condición de que los consejos y ayuda de un Mandatario guíen su administración hasta el momento en que sean capaces de dirigirse por sí mismas. Para la elección de Mandatario se tendrán en cuenta, en primer término, los deseos de dichas comunidades”. Bajo mandato británico estuvieron Palestina, Transjordania e Irak, y bajo mandato francés Líbano y Siria, vid. Rousseau (1961, p. 152).

⁷ Como se ha dicho esta decisión no era nueva pues, bajo el mandato británico, al no cesar de llegar judíos a Palestina, lo que fue causa de violentos disturbios, Gran Bretaña tuvo que nombrar en 1929 una Comisión internacional compuesta por expertos holandeses, suecos y suizos, que en 1930 se reunió durante un mes en Jerusalén, la cual propuso, entre otras cosas: “la partición de Palestina en un Estado árabe y un Estado judío” (NATIONS UNIES, 1997, p. 8).

El 17 de septiembre de 1948 el Mediador designado por las Naciones Unidas, Folk Bernadotte, conde de Wisborg, tras visitar Ramala, así como el observador francés, coronel André Sérot,⁸ fueron asesinados en el sector occidental de Jerusalén ocupado por Israel, mientras viajaban en automóvil, por un miembro del grupo sionista Lehi, considerado terrorista por algunas fuentes, pero no faltando opiniones que sostienen que detrás de ese delito se hallaba la mano del propio Gobierno israelí. El ingreso de Israel en la Organización de las Naciones Unidas contó con la negativa de los Estados árabes a su reconocimiento, y la guerra llegó a plantear un serio problema en el Próximo Oriente pese a que Israel, en 1949, firmó acuerdos generales de armisticio con cuatro Estados árabes: Egipto (24 de febrero, en Rodas), Líbano (23 de marzo, en Ras Naquora), Jordania (3 de abril, en Rodas) y Siria (20 de julio, en Manhanayim).⁹

Siete años más tarde Israel volverá a utilizar la fuerza armada. En este caso será con ocasión de la nacionalización por Egipto del canal de Suez; tres meses después de este hecho el 29 de octubre de 1956 el ejército de tierra y la fuerza aérea israelíes llegan a la península del Sinaí y al canal, pero se producirá una retirada tras las presiones de Estados Unidos, la entonces Unión Soviética y las propias Naciones Unidas.

Trascurridos once años, el 5 de junio de 1967, de nuevo Israel entra en guerra, la llamada de los “Seis Días” (sobre ella, vid. CHURCHILL; CHURCHILL, 1967), atacando a Egipto, Jordania y Siria. El resultado fue que Israel ensanchó sus fronteras ocupando Jerusalén Este, la Franja de Gaza, Cisjordania, así como el Sinaí egipcio y la meseta siria del Golán.

Seis años después, el sábado 6 de octubre de 1973, es Israel el Estado que resulta atacado, por sorpresa, en una operación conjunta de Egipto y Siria sobre el Golán y el Sinaí. Una breve guerra, conocida como la “Guerra de Yom Kipur”, que finalizó el siguiente día 24 sin que los Estados atacantes llegasen a conseguir sus propósitos sobre esos territorios.

Fue el 11 de noviembre de 1977 cuando tuvo lugar un intento de aproximación entre árabes e israelíes con la invitación que Menájen Beguín, entonces primer ministro israelí, hizo a Mohamed Anwar el-Sadat, presidente de Egipto, para que visitase Jerusalén, visita que tuvo lugar ocho días después, con lo que por vez primera un jefe de un Estado árabe visitaba Israel desde su nacimiento en 1948; un hecho, además, que abriría la puerta a la celebración, el 17 septiembre de 1978, de los Acuerdos de Camp David, en los que tuvo un destacado papel el entonces presidente norteamericano Jimmy Carter. Por

⁸ A ambos les unía, por cierto, una estrecha amistad desde que Bernadotte, durante la II Guerra Mundial, consiguiese la liberación de la esposa de Sérot, Berta Grünfelder que, desde su detención por la Gestapo en Clermont-Ferrand el 23 de junio de 1943, se hallaba internada en el campo de concentración nazi de Ravensbrück, exclusivo para mujeres, situado al norte de Berlín.

⁹ Vid. Rousseau (1961, p. 156). Para el *iter* de los acontecimientos relacionados con la “cuestión de Palestina”, desde 1947 a 1965, entre los que destacan el establecimiento de una Comisión de Conciliación para Palestina, el intento de que Jerusalén fuese colocada bajo un régimen internacional, y el socorro de las Naciones Unidas a los refugiados palestinos, vid. Naciones Unidas (1969, p. 101-108). Sobre el estatuto para Jerusalén de ciudad internacional, vid. Rousseau (1961, p. 171); vid. también, Mohn (1950, esp. p. 421-471); Weiss-Rosmarin, (1950); Falaize (1958, p. 618-654); y Nations Unies (1997, p. 8, *passim*).

esos acuerdos Egipto recuperó la península del Sinaí e Israel que no estaba reconocido por ningún Estado árabe lo fue por uno. Los citados acuerdos condujeron después al tratado de paz egipcio-israelí, que se celebró en el césped norte de la Casa Blanca el 26 de marzo de 1979.

De nuevo Israel volvió a hacer uso de la fuerza armada el 6 de junio de 1982, cuando su ejército invade Líbano, con cerco a su capital Beirut, y en cuya región sur permanecerá hasta el 2000, lo que hace que la Organización para la Liberación de Palestina, presidida por Yasser Arafat, abandone ese país. De nuevo, en 2006, Israel volverá a llevar a cabo una ofensiva, con resultado devastador, contra Líbano a consecuencia del secuestro de varios soldados israelíes por el grupo Hezbolá (“Partido de Dios”), que es una organización musulmana chií libanesa fundada en 1982 con apoyo iraní y sirio.

En diciembre de 1987 tuvo lugar la primera rebelión popular palestina en Gaza y Cisjordania protagonizada por jóvenes palestinos; fue la llamada “intifada” o “guerra de las piedras”, contra la ocupación israelí.

Seis años después Yasser Arafat y el entonces primer ministro israelí Isaac Rabin firmaron en Oslo, el 13 de septiembre de 1993, entre la Organización para la Liberación de Palestina e Israel, los acuerdos en virtud de los cuales se reconoció la autonomía de Palestina estableciéndose la Autoridad Nacional Palestina. Vendrá poco después la normalización de relaciones con Jordania, tras cuarenta y seis años en estado de guerra, con la firma del tratado de paz, conocido como “Wadi Arabá”, en el valle de Arabá, el 26 de octubre de 1994, por los primeros ministros Isaac Rabin y Abdel Salam Majali de Israel y Jordania, respectivamente, acto al que asistieron tanto el presidente israelí Simón Peres como el rey Hussein de Jordania, así como el presidente norteamericano Bill Clinton, un tratado éste por el que Israel veía garantizada la seguridad de su frontera y en el que se establecen las pautas para una cooperación económica entre ambos Estados, al tiempo que se reconoce a Jordania un papel “histórico” por la gestión de los lugares sagrados musulmanes en Jerusalén. De conformidad a dos anexos de dicho tratado se estableció el derecho de Israel a usar dos parcelas enclavadas en territorio jordano pero la ruptura de éstos fue anunciada en 2018 por el rey Abdalá de Jordania, si bien el resto de lo acordado en 1994 continuó siendo respetado.

Debe recordarse que el artífice de la Autoridad Nacional Palestina fue Yasser Arafat, y que dicha Autoridad, hoy presidida por Mahmud Abás, viene en realidad a conformar un teórico “Estado de Palestina” con forma de República semipresidencialista en Cisjordania, con gobierno “de facto” en la Franja de Gaza, cuestión a la que nos referiremos más adelante. Ocurrido el asesinato de Isaac Rabin, en noviembre de 1995, la visita que años después efectuó Ariel Sharon a la Explanada de las Mezquitas en Jerusalén provocó que, en septiembre de 2000, se produjese una segunda “intifada” a consecuencia de la cual Israel volvió a ocupar las principales ciudades de Cisjordania, lanzando en marzo de 2002 una ofensiva sobre dicho territorio; la mayor desde la “Guerra de los Seis Días” en 1967.

Fue en septiembre de 2005 cuando Israel decidió retirarse de la Franja de Gaza imponiendo sobre ésta un bloqueo por tierra, mar y aire, tras la toma

del control de la misma por la organización Hamás. Un nuevo conflicto armado comenzó el 27 de diciembre de 2008 a consecuencia de los cohetes lanzados desde la Franja de Gaza sobre territorio israelí respondiendo Israel con bombardeos sobre Gaza, Rafah y Jan Yunis , así como sobre la Ruta Philadelphia, franja que separa Gaza de Egipto, un conflicto que se prolongó hasta el 18 de enero de 2009 en que se produjo el alto el fuego entre Israel y Hamás, con la condena de todos los ataques por Amnistía Internacional, y que volvió a reactivarse del 27 de enero al 21 de febrero por el incidente del paso de Kissufim; un conflicto, con numerosos muertos y heridos, muchos de ellos niños, que si fue breve en el tiempo, no obstante podría ocupar una amplia publicación. De nuevo sobre la Franja de Gaza, en julio de 2014, el ejército israelí volvería a lanzar otra operación conocida como “Margen Protector”.

Durante el mandato presidencial en Estados Unidos de Donald Trump (20 de enero de 2017-20 de enero 2021) se produjeron diversos hechos trascendentales de cara a Palestina e Israel. Así, el 6 de diciembre de 2017 Trump reconoció a Jerusalén como capital del Estado de Israel, un hecho que este Estado ya había fijado por la Ley de Jerusalén aprobada, el 30 de julio de 1980,¹⁰ por el Parlamento israelí, lo que fue condenado por la Resolución 478 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 20 de agosto de 1980, con la sola abstención de Estados Unidos, en la que se dice expresamente que tal ley “constituye una violación del Derecho Internacional”, así como que “supone un serio obstáculo para el logro de una paz completa, justa y duradera”, y en la que se insta a los Estados que tuviesen establecidas sus embajadas en Jerusalén a fijarla en otro lugar, lo que supuso que la mayoría de Estados la trasladasen a Tel Aviv siendo los últimos Costa Rica y El Salvador que lo hicieron el 16 y el 25 de agosto de 2006, respectivamente.

Algunos Estados suramericanos, como son Bolivia y Paraguay, aún siguen manteniendo sus respectivas embajadas en Jerusalén, concretamente en el barrio periférico de Mevaseret Zion. La decisión de Trump, que se llevó a cabo el 14 de mayo de 2018, coincidiendo con el setenta aniversario de la proclamación de Israel como Estado, provocó, como era de esperar, el rechazo no solo de los palestinos sino también de la Comunidad internacional, debiendo recordarse que la decisión no se debe a un deseo personal de Trump, con carencia de precedentes, sino que ésta tiene como base una ley norteamericana: la “The United States Jerusalem Embassy Act”, de 23 de octubre de 1995, ley en la que Estados Unidos reconoce el derecho de cada Estado a fijar la capital del Estado en el lugar que estime conveniente y en la que se dice textualmente que: “Jerusalén debe ser reconocida como capital del Estado de Israel; y la Embajada estadounidense en Israel deberá establecerse en Jerusalén no más tarde del 31 de mayo de 1999”,¹¹ lo que no sucedió hasta diecinueve años más tarde. He

¹⁰ Publicada en el Sefer Ha-Jukim, núm. 980, de 23 de Av de 5740 (correspondiente al 5 de agosto de 1980), p. 186. Conforme al art. 1 “Jerusalén, completa y unida, es la capital de Israel”, y según el art. 2 es la “Sede de la Presidencia del Estado, del Knesset, del Gobierno y de la Suprema Corte”.

¹¹ En el texto original: “Jerusalem should be recognized as the capital of the State of Israel; and the United States Embassy in Israel should be established in Jerusalem no later than May 31, 1999”.

aquí un claro ejemplo de cómo un Estado miembro permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas incumple abiertamente, y sin consecuencia alguna, una Resolución de dicho Consejo y, por lo tanto, el Derecho Internacional, ya que en la misma, como se ha visto, se dice que la Ley de Jerusalén de 1980 es contraria al Derecho Internacional y, no obstante ello, Estados Unidos, quince años después, aprueba una ley que se opone radicalmente a la mencionada Resolución.

Añádase a esto que el actual presidente de la República Argentina, Javier Milei, cuando aún era electo a finales de noviembre de 2023, al manifestar públicamente su alianza con Israel, afirmó que trasladaría la embajada argentina a Jerusalén, con lo que de producirse esto volverán a ser violados, una vez más, la tan citada Resolución 478 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y el Derecho Internacional, por supuesto sin consecuencias de ningún tipo para el Estado que hace caso omiso a dicho Consejo y al vigente ordenamiento jurídico internacional.

Por otra parte, no debe olvidarse que Donald Trump firmó, el 25 de marzo de 2019, el decreto por el que se reconoce oficialmente la soberanía de Israel sobre los Altos del Golán, que es zona siria ocupada por Israel desde 1967 (sobre ocupación, vid, BENVENISTI; 2012 y LIEBLICH, BENVENISTI, 2022). Un año después, el 28 de enero de 2020, el presidente norteamericano hizo público un proyecto según el cual Israel podría anexionarse ciertas partes de Cisjordania, lo que inmediatamente fue rechazado por los Estados árabes que advirtieron que de producirse eso se generaría un grave conflicto. En fin, el 13 de agosto del citado año el presidente Trump anunció la celebración de un acuerdo de paz histórico entre Israel y Emiratos Árabes Unidos que incluiría la aceptación por parte de Israel de suspender la anexión de territorio en Palestina.

A todo lo expuesto, que se ha intentado articular, en lo posible, cronológicamente, ni que decir tiene que, a muy grandes trazos, hay que añadir los innumerables incidentes que desde 1948 a 2023 se han venido produciendo entre palestinos y colonos israelíes, en asentamientos en territorio ocupado por Israel, y con los colonos y las fuerzas del ejército, o de la policía, israelíes con resultado, en muchas ocasiones, de muerte, alegándose a veces provocación y en otras sin ella. Baste recordar al respecto, por poner algún ejemplo, dos hechos recientes como la muerte, en junio de 2022 de la periodista Ghofran Warasnah, al norte de Hebrón, cerca del campo de refugiados de Al-Aroub, argumentando que se acercaba con un arma blanca hacia un soldado, y un mes antes la de la también periodista palestino-estadounidense, Shireen Abu Akleh, de la cadena “Al Jazeera”, por disparos de fuerzas israelíes cuando, en el ejercicio de su profesión, cubría una redada llevada a cabo por éstas cerca de Yenin, en la Cisjordania ocupada, el 11 de mayo de 2022, reconociendo Israel en este caso que el autor probablemente fue un soldado que habría efectuado el disparo “por equivocación”.

Por lo demás no debe olvidarse en la historia de Israel, desde su ingreso en las Naciones Unidas, el elevado número de Resoluciones, ya del Consejo de

Seguridad, ya de la Asamblea General, a las que este Estado ha hecho caso omiso, entre las que cabría recordar, por poner algún ejemplo, la 194 de la Asamblea General (1948) sobre la expulsión forzosa de varios cientos de miles de árabes recordando que, según el Derecho Internacional, esos refugiados tenían que ser indemnizados por el Estado israelí; la 242 del Consejo de Seguridad (1967) exigiendo la retirada de Israel de los territorios ocupados tras la guerra de los “Seis Días”, cuya validez se confirma en la 383 (1973) cuando estalla la guerra del “Yom Kipur”; la 446 (1979) que determina que los asentamientos llevados a cabo por Israel en los territorios árabes ocupados desde 1967 no tienen validez legal alguna; la 478 (1981), ya citada anteriormente, que condena la Ley israelí de Jerusalén por la que Israel proclamó a dicha ciudad capital del Estado; la 497 (1981) que afirma, ante la anexión *de facto* de los Altos del Golán, que ésta es radicalmente nula y sin valor, careciendo, por tanto, de efecto alguno desde el punto de vista del Derecho Internacional, etc.

2 EL CONFLICTO ARMADO DE 2023 ENTRE HAMÁS E ISRAEL: UNA SUCINTA VISIÓN DE LOS HECHOS REFERENCIAS

Tras lo expuesto, a través de estos “flashes”, se produce el 7 de octubre de 2023 el sorpresivo ataque armado que la organización Hamás llevó a cabo contra el territorio israelí y sus ciudadanos;¹² un acto de clarísima agresión que *tiene* que ser enérgicamente condenado sin paliativo alguno.¹³ Sobre territorio israelí fueron lanzados centenares de cohetes (se habló en los *mass media* de unos cinco mil) y miembros de la organización armada Hamás penetraron en territorio de Israel causando la muerte a gran número de personas (que Israel en un primer momento fijó en mil cuatrocientas, para más tarde rebajar el número a mil doscientas) así como la destrucción de múltiples bienes, retirándose después de haber tomado como rehenes en torno, también según los mismos medios, a doscientas cuarenta y dos personas, la mayoría ciudadanos israelíes, entre los que se encontraban mujeres y niños, pero también nacionales de otros países alguno de ellos, por cierto, de nacionalidad española.

Como era de esperar la reacción israelí fue inmediata ejercitando, en principio, su indiscutible derecho inmanente de legítima defensa individual reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas pero que, lejos de ajustarse al principio de *proporcionalidad* y, por tanto, a la figura de “legítima defensa”,¹⁴ evolucionó hacia una auténtica guerra (que casi eclipsó,

¹² Días después de producirse esos hechos dedicamos al caso unas líneas de urgencia en la prensa nacional, vid. Tomás Ortiz de la Torre (2023, p. 24-25).

¹³ Han sido diversos los órganos e instituciones especializadas de las Naciones Unidas que han venido ocupándose del conflicto debiendo citarse, especialmente, la Asamblea General en las Resoluciones ES-10/21 (27 de octubre de 2023) y ES-10/22 (12 de diciembre de 2023); y el Consejo de Seguridad en las Resoluciones 2712 (15 de noviembre de 2023) y 2720 (22 de diciembre de 2023), todas las cuales se refieren a diversos aspectos del conflicto.

¹⁴ En efecto, dice el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas: “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente (el texto francés dice *droit naturel* y el inglés *the inherent right*) de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, *hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas*

e hizo olvidar por unos días, la agresión rusa a Ucrania y la guerra que en ese país se viene librando desde el 24 de febrero de 2022) que al transcurrir un mes de hostilidades había causado ya, según los *mass media*, aparte de arrasarse y destruir multitud de edificios en el norte y sur de la Franja de Gaza, y en la propia ciudad de Gaza, más de 11.000 muertos entre la población civil palestina, 4.000 niños, y 21.000 heridos, cifras, se repite, siempre según los citados *mass media*.

El ataque fue sorpresivo al igual que en la “Guerra del Yom Kipur”, pero también hay que decir que sorprendente porque no deja de resultar un tanto extraño que ningún servicio estatal israelí de seguridad e inteligencia estuviese al corriente de lo que iba a suceder ya que, según ciertos medios, dicho ataque llevaría preparándose, al parecer, dos años. Fue a primeros de diciembre cuando el *The New York Times* reveló que efectivamente existía un informe sobre ese peligro que, a lo que parece, no fue tenido en consideración.¹⁵ Por lo demás, la organización Hamás debería, por su parte, haber valorado la respuesta de Israel y, en consecuencia, tiene también su gran responsabilidad sobre el caos desolador que, desde su agresión a Israel, se viene viviendo en la citada Franja de Gaza.

Debe recordarse que Hamás, o Movimiento de Resistencia Islámica, conforma una organización política y un grupo armado paramilitar palestino cuyo primer objetivo fue la fundación de un Estado islámico en Palestina, concretamente sobre el territorio hoy israelí, el de Cisjordania y la Franja de Gaza, que tendría como capital Jerusalén, aunque en 2017 se conformaba con un territorio que se iniciaría desde las fronteras del 4 de junio de 1967, es decir, respetando el territorio israelí ocupado desde la “Guerra de los Seis Días”. Curiosamente la organización fue fundada por el propio Israel, concretamente en 1987 por Ahmed Yasín, coincidiendo con la primera “intifada”, como oposición a la Organización para la Liberación de Palestina (OLP). Pero en la actualidad está calificado por Israel como grupo terrorista al igual que hacen otros Estados tales como Australia, Canadá, España, Estados Unidos, Japón, Paraguay, Reino Unido,¹⁶ etc., e incluso también por algunas organizaciones internacionales como la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Unión Europea (UE); pero, por el contrario, todo hay que decirlo, no es considerado como tal por otros Estados como es el caso de Brasil, Noruega, República Popular China, Rusia, Suiza o Turquía. Esta

por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales” (las cursivas son nuestras). Esto dicho ¿ha comunicado Israel al Consejo de Seguridad *inmediatamente* las medidas defensivas adoptadas? Se desconoce. Y ¿ha tomado el Consejo de Seguridad *las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales*? Se desconoce igualmente, aunque las pruebas, es decir, la continuidad de la devastación y el horror de la guerra, indican a todas luces que el Consejo de Seguridad no ha tomado ninguna, lo que revela su estado de total parálisis y, por tanto, el fracaso de las Naciones Unidas cuando van a cumplirse pronto los ochenta años de su existencia.

¹⁵ Más de seis meses después, el 22 de abril, se produjo la dimisión del jefe de los servicios de inteligencia israelíes al reconocer el error de no haber atendido informaciones que advertían del ataque de Hamás.

¹⁶ Precisamente esa es la calificación que el rey de España le ha atribuido a Hamás, en un discurso pronunciado durante su visita oficial a Dinamarca, a principios de noviembre de 2023.

disparidad de criterios lleva, pues, a mantener que cualquier calificación radical debe tomarse siempre, por supuesto desde una posición estrictamente objetiva y con gran reserva. Así, cuando la organización Hamás fue en sus comienzos útil a Israel para este Estado, naturalmente, no era terrorista, sin embargo, ahora sí lo es al haberse convertido en enemiga.

En su respuesta a la agresión del 7 de octubre de 2023 Israel no solamente ha usado la fuerza armada especialmente por tierra y aire, sino que inicialmente aisló el territorio privándole de agua y luz, e impidió el paso de medicamentos y alimentos, así como de combustible, lo que afectó a miles de enfermos ingresados en los hospitales, condenando a la población civil palestina a una extinción segura, si bien posteriormente se permitió el paso de alimentos. Pero cuando se cumplió algo más de un mes de hostilidades debe señalarse, por destacar alguna acción, que, según medios de comunicación, a quienes, por cierto, se ha impedido el acceso a la Franja, Israel habría bombardeado ambulancias y en tan solo veinticuatro horas habría atacado en tres ocasiones el campo de refugiados de Yabalia, y cercado varios hospitales en alguno de los cuales, así el de Al-Shira, uno de los mayores del que se dijo, no con absoluta certeza, habría sido atacado por tropas israelíes, quedó sin energía eléctrica con el consiguiente peligro de muerte para muchos pacientes allí ingresados y también de nacidos prematuramente.

A fines de noviembre de 2023 se calculaba que por los bombardeos habrían resultado dañadas unas 260.000 edificaciones, de las cuales decenas de miles resultaron totalmente destruidas lo que podría calificarse de una catástrofe sin precedentes desde la II Guerra Mundial. Es cierto que Israel recomendó a la población civil, residente en el norte de la Franja que se dirigiera al sur, pero en esta zona también se produjeron posteriormente bombardeos. Treinta y cinco días después de iniciada la guerra es de destacar la posición que adoptó del presidente de la República Francesa, Emmanuel Macron, que aun considerando a la organización Hamás como terrorista manifestó, sin embargo, que no se podía combatir a terroristas dando muerte a civiles inocentes por lo que pidió un alto el fuego, mientras la guerra continuó y contra ella se manifestaban la Liga de Estados Árabes y la Organización para la Cooperación Islámica (OCI),¹⁷ en la reunión que tuvo lugar en Ryad en los primeros días de noviembre de 2023 en la que, por cierto, no se tomó medida efectiva alguna salvo la de interponer denuncia ante el fiscal de la Corte Penal Internacional por presuntos crímenes de guerra, previstos en el artículo 8 del Estatuto de dicha Corte que, por lo demás, no puede tener recorrido habida cuenta de que Israel no es parte en el mismo, pese a que el fiscal haya solicitado, y la Corte dictado una orden internacional de detención internacional del presidente del Gobierno israelí y otros altos cargos, así como de jefes de Hamás.

La tesis de que Palestina “ratificó” el Estatuto de Roma y los *delicta iuris gentium* que se atribuyen a Israel están siendo cometidos en territorio palestino

¹⁷ Esta Organización con anterioridad al 28 de junio de 2011 se denominaba Organización de la Conferencia Islámica, de la que forman parte 51 Estados de confesión musulmana, así como 6 Estados observadores y 3 suspendidos, y junto a estos la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), fue creada durante la Conferencia de Rabat celebrada en dicha capital en 1969.

no parece admisible porque Palestina, aun estando ya reconocida como Estado por diversos Estados entendemos que no es hoy todavía un “Estado”, tal como lo concibe el Derecho Internacional, porque su *territorio* (primer requisito indispensable para la existencia de un Estado) no está hoy todavía debidamente determinado, en particular Cisjordania, totalmente atomizado, dentro de unas fronteras delimitadas por un tratado de límites como es normal. No se olvide que el territorio que, según las Naciones Unidas, debería ser dividido en dos partes estableciendo un Estado de Palestina y un Estado de Israel no ha llegado a ser realidad y, en consecuencia, si aún no es un Estado (pese a los 146 reconocimientos, los tres últimos de España, el 28 de mayo de 2024, de Irlanda y Noruega) no puede “ratificar” ningún tratado o convención internacional como lo es, una más como tantas otras, el Estatuto de Roma,¹⁸ pese a que en el Acuerdo de El Cairo entre Israel y la O.L.P. de 4 de mayo de 1994, el artículo VI le reconozca capacidad limitada de concluir tratados, y lo que es muy importante, le niegue el derecho de legación activa y pasiva, lo que sería impensable si fuese un auténtico estado.

En este sentido Tom Dannenbaum, comentando en un documento la cuestión, a firma que si al final no se considerase a Palestina “Estado” “esto excluiría las órdenes de arresto tanto contra los líderes de Hamás como contra funcionarios israelíes” (DANNENBAUM, 2024, p. 3). La competencia de la CPI parece estar basada en la territorialidad (art. 12 (2) (a) del Estatuto de Roma, y en este sentido se han pronunciado los expertos consultados por el Fiscal de la CPI.¹⁹ La Corte tiene, como establece su Estatuto, un “carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales [...]” (art. 1.º) y éste alude siempre a los “Estados *parte*”, de manera que ningún añadido de palabras puede considerarse una “interpretación” del Estatuto, pues qué es interpretar un tratado, aparte de las reglas pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (arts. 31-33), ya lo dejó muy claro hace casi un siglo (93 años para ser exactos) el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en su jurisprudencia, concretamente en el dictamen, de 11 de diciembre de 1931, relativo al *Acceso y fondeo de buques de guerra polacos en el puerto de Dantzig*, al establecer que “interpretar” es desentrañar el sentido de las palabras contenidas en un tratado, pero no “eliminar” alguna, o algunas de las que están en él, ni “añadir” otras que no figuran, pues en estos casos no se estaría “interpretando” un tratado sino que se estaría haciendo un tratado “nuevo”, lo cual es función que no corresponde a ningún tribunal sino a los Estados que lo elaboraron.²⁰

¹⁸ El 9 de mayo del año en curso la Asamblea General de las Naciones Unidas por 143 votos a favor, 9 en contra y 25 abstenciones respaldó a Palestina, pero sin unanimidad sobre su reconocimiento como un Estado de pleno derecho.

¹⁹ Vid. *Report of the Panel of Experts in International Law*, 20 May 2024, p. 3. Agradecemos a nuestro querido amigo y compañero el Dr. Francisco Javier Zamora Cabot, catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Jaume I de Castellón la remisión de documentos relativos al T.P.I.

²⁰ Serie A/B, núm. 43. Cuando a fines del pasado siglo se planteó, por un juez de instrucción de la Audiencia Nacional, el posible procesamiento del general chileno Augusto Pinochet, en base al texto entonces vigente del artículo 23. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se encontró con que tanto Chile como España eran parte en el Convenio sobre genocidio de 1948, y éste en su artículo 6 señala como competentes los Tribunales del Estado donde el delito se hubiere

En conclusión, a nuestro parecer, es importante que los presuntos autores no sean nacionales de Estados parte en el Estatuto de Roma. Para los Estados que no han aceptado el Estatuto de Roma (Estados Unidos, Rusia, Israel y un centenar largo de Estados) ese tratado es simplemente una *res inter alios acta*, y cualquier despliegue de jurisdicción y competencia sobre cualquiera de sus nacionales resulta muy discutible. Curiosamente, a mediados de mayo de 2024, el Fiscal General de Ucrania, según los *mass media*, solicitó al G7 la creación de un tribunal para juzgar al presidente de la Federación de Rusia; y ante esto cabe preguntarse si la CPI se considera que ya tiene jurisdicción y competencia sobre él ¿qué sentido tendría postular la creación de un tribunal *ad hoc*? Este hecho, parece suficientemente clarificador por sí mismo.²¹ La posición de Estados Unidos es tan clara en el sentido de que ningún ciudadano suyo puede ser enjuiciado por la CPI que cuenta, desde el 2 de agosto de 2002 en que entró en vigor, con la insólita American Service-Members' Protection Act (ASPA),²² que tiene como finalidad proteger al personal militar de Estados Unidos y otros funcionarios elegidos y nombrados por su Gobierno contra enjuiciamientos por la CPI con la que, se repite, Estados Unidos no tiene relación al no ser parte en el Estatuto de Roma, al punto de que dicha Ley se conoce como la “Hague Invasion Act” ya que establece (desde luego cosa insólita) que autoriza al presidente a “usar todos los medios necesarios y apropiados para lograr la liberación de cualquier estadounidense o personal aliado que esté detenido o encarcelado por, en nombre de, o a solicitud de la Corte Penal Internacional”, y esa liberación no podría llevarse a cabo más que por medio de un asalto al centro de detención o reclusión donde se encuentre el detenido o recluso, de ahí ese apelativo de “Ley de Invasión de La Haya”.

Esto dicho, si se nos permite ahora una digresión, habría que decir que, por el contrario, sí existiría competencia judicial penal internacional de cualquier tribunal estatal en cuyo ordenamiento se recoja el principio de “universalidad”, o “justicia universal” (como es el caso de España en el artículo 23. 4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo texto vigente viene dado por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo) siempre, claro está, que dentro del mismo se contemplen esos actos como *delicta iuris gentium* y se cumplan los requisitos y condiciones que marquen los pertinentes preceptos de cada legislación nacional.²³ En esta línea, por ejemplo, ya un tribunal francés, en

cometido, en el caso, Chile; pero el juez alegaba que como allí no era juzgado surgía para los Tribunales de España la competencia, sin embargo eso no figura en modo alguno en el tratado y, por tanto, el juez no estaba, pues, “interpretando” el Convenio sino “modificándole” por el añadido de unas palabras no existentes en su texto; y, además, frente a la tesis del juez instructor español, se alzaba la evidente de que si los redactores del Convenio hubiesen querido que así hubiese sido, lo habrían incorporado al texto, cosa que, por las razones que fueren, no hicieron.

²¹ Aunque la creación de la CPI, casi medio siglo después de haberse sentido su necesidad, ha sido un paso importante no se ha logrado el ideal de un Tribunal con jurisdicción sobre todos los habitantes del planeta, ni se está cerca de ello, porque la Organización de las Naciones Unidas no es un “Estado mundial” que imponga leyes como ocurre con los Estados. La soberanía, pues, hoy por hoy, sigue siendo intocable. Precisamente esa limitación que tiene el Estatuto de Roma ha hecho que se haya alzado alguna voz pidiendo una “ampliación” de facultades de la CPI, e incluso de la creación de una CPI nueva.

²² Título 2 de la Ley 107-2006, H.R. 4745, 116 Stat. 820.

²³ Así, por ejemplo, en relación a España si el tribunal español calificase unos hechos como

base a dicho principio, ha abierto diligencias, en relación a la guerra que se vive en Siria desde hace doce años, contra personas de nacionalidad siria que se encuentran fuera de Francia.

Por lo demás, en las televisiones de todo el mundo se han podido ver torturas y vejaciones a ciudadanos palestinos por miembros del ejército israelí, lo cual prohíbe la legislación de Israel, que en modo alguno pueden representar a su Ejército, así como ciertas actitudes de ciudadanos israelíes, que tampoco pueden representar al pueblo hebreo, sobre los padecimientos que está sufriendo la población civil palestina.

También se han podido ver las multitudinarias marchas y manifestaciones que han tenido lugar en muchos lugares del mundo, desde Londres hasta Sidney, que constituyen un clamor mundial exigiendo el respeto al Derecho Internacional, y en el propio Israel (con asalto incluso al Knesset) en donde, especialmente, los familiares de los rehenes reclaman, como es natural, la liberación de todos los que aún se encuentran en poder de Hamás; manifestaciones que en los últimos días de abril han vuelto a reproducirse con intensidad, junto a alguna proisraelí, en los ámbitos universitarios primero de Francia y de Estados Unidos pidiendo en este caso un cambio de política al presidente Joe Biden, en donde, por cierto, han sido duramente reprimidas por las fuerzas del orden con centenares de detenidos, para extenderse después el movimiento a campus universitarios de otros países como Canadá, España, Dinamarca, México, Japón, Australia, etc.

A fines de noviembre de 2023 la situación evolucionó con el intercambio de rehenes por parte de Hamás y de reclusos que se hallaban en prisiones de Israel por parte del Gobierno israelí, lo que coincidió en esos días con breves períodos de alto el fuego y la intervención diplomática de Qatar cuyo Gobierno se esforzó para que se llegase a un final del conflicto aunque la tregua no se prolongó y continuaron los bombardeos (se habló ya entonces en los *mass media*, a primeros de diciembre de 2023, de unos 15.000 muertos desde el 7 de noviembre) en la zona sur de la Franja de Gaza, precisamente, se repite, donde Israel recomendó que se trasladase la población residente en la zona norte.

Iniciado el año 2024, a mediados de enero, las cifras de muertos se elevaban ya a más de 25.000 con un porcentaje notable de mujeres y niños (sin contar las víctimas que se hallen bajo los escombros de las edificaciones destruidas por los bombardeos) y cerca de 63.000 heridos, niños que sin duda alguna no pertenecen a Hamás, al punto que un representante de la UNICEF llegó a manifestar que esta era una “guerra contra los niños”.

Por esos días es de destacar igualmente la visita a Israel del presidente del Gobierno español, en calidad de presidente de la Unión Europea, quien manifestó, además de condenar las acciones de Hamás, la necesidad del cumplimiento por parte de Israel del Derecho Internacional, y desde el punto de vista puramente interno, la posibilidad de que España pueda reconocer al “Estado de Palestina”,

delito de “genocidio”, “lesa humanidad” o “contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” (previstos y penados en los artículos 607 a 614 bis del vigente Código Penal) la jurisdicción española es competente si el ciudadano español o extranjero (apátrida, palestino, israelí o de cualquier otra nacionalidad) reside “habitualmente en España”, o si siendo extranjero “se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas” (art. 23. 4, a) de dicha Ley Orgánica).

todo lo cual, por cierto, no fue muy bien recibido por el primer ministro israelí produciéndose un fuerte roce diplomático en las relaciones bilaterales hispano-israelíes que llevó a la retirada de la embajadora israelí en Madrid, si bien poco después volvió a desempeñar su cargo.

Son muchos los acontecimientos que podrían relacionarse en el marco de este conflicto armado, pero bastaría recordar alguno de ellos a título de ejemplo; así, en los primeros días de diciembre de 2023 varias personas atacaron, sin justificación alguna, a unos ciudadanos que se hallaban en una parada de autobús, en Jerusalén, causando la muerte a varios de ellos. Un acto inequívocamente terrorista, pero también se pudo ver en las televisiones de todo el mundo cómo algunos soldados israelíes dispararon y dieron muerte a algunos niños palestinos que estaban jugando, así como a una mujer y a un hombre que portaban bandera blanca. Ante esto cabe preguntarse ¿y estos hechos concretamente en qué calificación jurídica tienen cabida? ¿De qué Derecho Internacional, que hay obligación de cumplir, se está hablando? Evidentemente no es ya que no se cumpla el Derecho Internacional bélico ni el humanitario, sino que éste, como queda patente, es objeto del más absoluto desprecio, y esas acciones, provengan de donde provengan, se llevan a cabo, como el posible genocidio, y los posibles crímenes de guerra y contra la humanidad, que está sufriendo la población civil palestina, con la tranquilidad que da a sus autores de saberse absolutamente impunes frente la Corte Penal Internacional y la dificultad, más que probable, de que esos hechos lleguen a ser enjuiciados por tribunales internos.

Y si se dice esto es porque los hechos que están teniendo lugar en la Franja de Gaza encajan en las definiciones que el citado Estatuto de la Corte Penal Internacional da de los *delicta iuris gentium* en sus artículos 5 a 8 donde, además del crimen de genocidio²⁴ muy probablemente están presentes también crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, si bien se advierte que esta apreciación es, obviamente pura opinión personal,²⁵ y ellos solamente podrán resultar calificados jurídicamente con certeza por una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional competente internacional o interno, pero no faltan opiniones en cuanto a la calificación de los hechos, debiendo citarse la de la relatora de las Naciones Unidas para Palestina, Francesca Albanese, quien afirmó, a fines de marzo de 2024, refiriéndose a los más de 32.000 muertos palestinos que ya había en ese momento, que se habían cometido “tres actos genocidas”,

²⁴ En los primeros días de 2024 el presidente de Turquía, Recep Tayyip Erdogan, comparó los horrores que está sufriendo el pueblo palestino, con el Holocausto que perpetró la Alemania nazi precisamente contra los judíos, y el 26 de abril calificó al jefe del Gobierno hebreo de “carnicero de Gaza” y de “genocida”, para pocos días después romper relaciones comerciales con Israel. En la misma línea, según los *mass media* españoles, se pronunció el presidente brasileño Luiz Inácio Lula da Silva, lo que en este caso supuso (no así en el del presidente turco) su declaración, por Israel, de persona *non grata* al considerar esto “un grave ataque antisemita”, produciéndose la llamada a consultas, por parte de Brasil, de su embajador en Tel Aviv, así como la convocatoria al enviado diplomático israelí (vid. diario “*El País*”, del martes 20 de febrero de 2024, p. 4). En fin, en los primeros días de mayo el presidente colombiano Gustavo Petro anunció la ruptura de relaciones diplomáticas de Colombia con Israel al considerar que se está cometiendo en Palestina un verdadero “genocidio”.

²⁵ Las calificaciones a título personal son algo común en los *mass media*, vid., p. ej. Blanco Tomás (2024, p. 2).

como el asesinato deliberado de personas de un mismo grupo, añadiendo, en relación a Israel, que “sus actos van más allá del crimen de guerra”; la relatora en su informe, en el que presenta evidencias de genocidio en la Franja de Gaza, afirma que “hay un claro objetivo de erradicar a un pueblo entero”. Por lo demás, debe recordarse que la primera norma del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario es la de que: “Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados”²⁶ (HENCKAERTS; DOSWALD-BECK et al., 2007, p. 65), y que los combatientes están sujetos a los catorce convenios que figuran en el Acta Final de la Segunda Conferencia de la Paz de La Haya, firmada en 18 de octubre de 1907 (RAVENTÓS NOGUER; DE OYARZÁBAL VELARDE, 1936, p. 593-673), todos los cuales hoy constituyen Derecho Internacional consuetudinario, como así lo ha reconocido expresamente hace más de cuarenta y cinco años, concretamente en 1978, el Tribunal Supremo de Israel en el caso *Beit Lo*, y lo sigue reconociendo hoy la más prestigiosa doctrina francesa, ya que, refiriéndose a dichos convenios, Dinh-Dailler-Pellet afirman que: “Il est aujourd’hui admis que les règles de La Haye s’appliquent à tous les États, soit à titre conventionnel, soit à titre coutumier” (DINH; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 481).

Y, por supuesto, también al Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, cuyo artículo 3. 1 b), común a los cuatro Convenios, en lo que atañe a Hamás prohíbe la toma de rehenes. Israel firmó el Convenio ese mismo día y lo ratificó el 6 de julio de 1951 (ESPAÑA, 1978) pero, desde luego, por todo lo que está sucediendo parece que es ignorado por este Estado. Tras esto no deja de resultar verdaderamente patético escuchar a Antonio Guterres decir, en el Foro de Davos (2024), que en el mundo impera la impunidad. Ello da una idea de cuál es el papel que está jugando la Organización de la que él es Secretario General, que desde su creación sigue siendo antidemocrática por el “derecho de veto” del que gozan cinco Estados y en virtud del cual uno solo de éstos puede paralizar la decisión de los otros ciento noventa y dos miembros de la Organización. Recuérdese cómo ante el tratamiento por el Consejo de Seguridad del cese de hostilidades en Gaza, Estados Unidos utilizó su derecho de veto para impedirlo con lo que la acción bélica de Israel, incluido el envío de armamento norteamericano, ha continuado.

Y no fue el único pues, posteriormente, el 22 de marzo de 2024 la propuesta de Resolución del Consejo de Seguridad presentada por Estados Unidos para conseguir un “alto el fuego inmediato y sostenido” aunque contó con 11 votos favorables, el negativo de Argelia y la abstención de Guyana, se encontró con el veto de la República Popular China y Rusia cuyo embajador la calificaba de “hipócrita y altamente politizada”. ¿De qué *paz y seguridad internacionales* habla la Carta de las Naciones Unidas? ¿Cómo es posible que los Estados, que tienen el deber de contribuir al mantenimiento de esa paz y seguridad internacionales,

²⁶ Esta excelente obra fue publicada originalmente bajo el título *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2005.

se opongan a ello utilizando su derecho de veto? Pero, sorprendentemente, casi a renglón seguido, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en su sesión 9586, aprobó la Resolución 2728, de 25 de marzo de 2024, por 14 votos a favor y la abstención de Estados Unidos,²⁷ (por tanto sin ningún voto en contra) por la que se exigió un alto el fuego inmediato de las hostilidades durante el Ramadán, seguido de un alto el fuego sostenible y duradero, así como la incondicional e inmediata liberación de todos los rehenes, y garantizar el acceso humanitario para llevar a cabo las necesidades médicas y humanitarias, aprobación que, por cierto, produjo un espontáneo y fuerte aplauso entre los presentes lo que en modo alguno es usual.²⁸

Por primera vez, pues, desde el 7 de octubre de 2023, o sea, cinco meses y dieciocho días después de iniciado el conflicto, el Consejo de Seguridad se pronunció exigiendo el cese de las hostilidades. La Resolución es jurídicamente vinculante aunque el Consejo de Seguridad no disponga automáticamente de los medios coercitivos necesarios para hacerla cumplir ya que hoy el capítulo VII de la Carta (artículos 39 a 51), que prevé una fuerza de las Naciones Unidas, permanece sumido en un profundo sueño, por lo que se sospechaba que las partes en conflicto harían caso omiso a la citada Resolución, como así ha sido ya que Israel no solo no dejó de bombardear Gaza sino que también lo hizo sobre Aleppo (Siria) con resultado de varias decenas de muertos.

Añádase a esto, en la guerra latente y larvada entre Israel e Irán, el bombardeo, atribuido a Israel, el 1 de abril de 2024, del edificio del consulado iraní en Damasco, adyacente a la embajada, que resultó destruido y produjo la muerte de dieciséis personas, unas de nacionalidad iraní y otras siria, gravísimo hecho absolutamente contrario al Derecho Internacional al haberse violado gravemente (por supuesto, además de la agresión a Siria) los artículos 31 (inviolabilidad de los locales consulares) y 41 (inviolabilidad de las personas

²⁷ Lo que provocó un fuerte malestar en el Gobierno israelí. Actualmente el Consejo de Seguridad está compuesto por los siguientes Estados: Miembros permanentes (China, Francia, Rusia, Reino Unido y Estados Unidos); miembros no permanentes en este momento elegidos por un período de dos años (artículo 23.2 de la Carta) (Argelia, Ecuador, Guyana, Japón, Mozambique, Malta, Sierra Leona, Eslovenia, Corea del Sur y Suiza).

²⁸ Por su interés se reproduce íntegramente el texto oficial en español que dice así: “*El Consejo de Seguridad, Guiado* por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, *Recordando* todas sus resoluciones pertinentes sobre la situación en el Medio Oriente, incluida la cuestión palestina, *Reiterando* su exigencia de que todas partes cumplan con sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional humanitario y el derecho Internacional de los derechos humanos, y en este sentido lamentando todos los ataques contra civiles y objetos civiles, así como toda violencia y hostilidades contra civiles, y todos los actos de terrorismo, y recordando que la toma de rehenes está prohibida por el Derecho Internacional, *Expresando* profunda preocupación por la catastrófica situación humanitaria en la Franja de Gaza, *Reconociendo* los esfuerzos diplomáticos en curso de Egipto, Qatar y Estados Unidos, con el objetivo de alcanzar un cese de hostilidades, liberar a los rehenes y aumentar la provisión y distribución de ayuda humanitaria; 1. *Exige* un alto el fuego inmediato durante el mes de Ramadán respetado por todas las partes que conduzca a un alto el fuego sostenible duradero, y también exige la liberación inmediata e incondicional de todos los rehenes, así como garantizar el acceso humanitario para abordar sus necesidades médicas y humanitarias, y además exige que las partes cumplan con sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional con respecto a todas las personas que detienen; 2. *Enfatiza* la necesidad urgente de ampliar el flujo de asistencia humanitaria y reforzar la protección de civiles en toda la Franja de Gaza y reitera su exigencia de levantar todas las barreras a la provisión de asistencia humanitaria a gran escala, de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario, así como las resoluciones 2712 (2023) y 2720 (2023); 3. *Decide* seguir ocupándose activamente de la cuestión.

que sean funcionarios consulares) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963.²⁹

A la vista de todo ello puede decirse, cuando está a punto de cumplirse el primer cuarto del siglo XXI, que la historia, desgraciadamente, se repite, y que el Derecho Internacional bélico y el humanitario carecen en la práctica de una auténtica fuerza jurídica y, por tanto, muchos años después de haberse sostenido parecen tener razón los antiguos autores que escribieron a fines del siglo XIX y principios del XX, como Ludwig Gumplowicz, Adolf Lasson, Anders Vilhelm Lundstedt o Max Seydel, al afirmar que el Derecho Internacional, por desgracia para la Humanidad añadimos nosotros, queda reducido a, y no es otra cosa que, una mera “política de fuerza” (WALZ, 1943, p. 72-108). En definitiva, que el “Derecho Internacional” resultaría ser la “ley” que imponga el Estado, o Estados, con la capacidad y los medios suficientes para generar la mayor amplitud posible de barbarie. Cuando finaliza mayo de 2024 los *mass media* cifran el número de muertos palestinos en más de 35.00 al tiempo que recogen el creciente malestar en algunos sectores del ejército norteamericano por el apoyo que Estados Unidos presta a Israel que sigue enviando armas a este país, aunque el presidente Joe Biden “lamente” que alguna de ellas haya podido “violiar el Derecho Internacional”. Sin comentarios.

Por si fuera poco, el conflicto entre Hamás e Israel, en principio limitado a la Franja de Gaza, se ha visto ampliado con otros actos llevados a cabo por grupos hutíes yemenitas contra buques de cualquier nacionalidad, que sospechen se dirijan a Israel, en aguas del mar Rojo, y por los bombardeos de la fuerza aérea de Estados Unidos y del Reino Unido sobre territorio yemenita como

²⁹ Si bien la Convención se refiere, en principio, a la inviolabilidad por parte del Estado receptor (recuérdese el caso de la embajada de Méjico en Quito, el 5 de abril, violada por parte de las autoridades ecuatorianas con la detención del exvicepresidente ecuatoriano Jorge Glas en ella asilado) esa inviolabilidad es igualmente *erga omnes*, pues sería absurdo argumentar que solamente es el Estado receptor el obligado a respetar esa inviolabilidad, no afectando ésta a terceros Estados; vid. con carácter general, Andrés Sáenz de Santamaría (1981, p. 261-303); y Vilaríño Pintos (2007, p. 439-442 y 445-453). En España la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, regula los privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, vid. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 258, de 28 de octubre de 2015, p. 1-21. La respuesta de Irán a ese acto tuvo dos fases, primeramente fuerzas de la Guardia Revolucionaria de Irán abordaron desde un helicóptero, en las proximidades del estrecho de Ormuz, al buque mercante de bandera portuguesa “MSC Aries” pero de propiedad israelí poniendo, al parecer, rumbo a aguas territoriales iraníes; poco después, durante la noche del 13 al 14 de abril, Irán lanzó sobre el territorio israelí se dice que trescientos proyectiles entre misiles y drones, ataque que, según el Gobierno israelí, fue interceptado en su 99% causando heridas a una menor y sin producir otros daños materiales de importancia. Pero esos hechos plantean una cuestión de Derecho Internacional siempre que el sobrevuelo de esas armas no cuente con la autorización del Estado sobrevolado pues, aparte de la violación del espacio aéreo, estarían los efectos que podrían producirse en esos espacios sobre el normal tráfico aéreo de aeronaves civiles. Irán, al parecer, comunicó ese sobrevuelo a Jordania. La acción iraní, que Irán justificó como un ejercicio de legítima defensa previsto y autorizado por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas fue, no obstante, condenada por la Unión Europea y los miembros del G7. Recuérdese, con carácter general, por tanto incluidos tanto Irán como Israel, la Resolución 2625 (XXV), adoptada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, la cual determina en el Principio 1, parágrafo 6 que: “Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza”.

respuesta. Y como colofón téngase en cuenta la presencia latente, con mayor o menor protagonismo en el conflicto árabe-israelí, que puede desbordarse territorialmente, de Estados como Irán, Jordania, Libia, Pakistán o Siria.

Cuando faltaban pocos días para el comienzo del Ramadán se llevaban a cabo en El Cairo negociaciones, con pluralidad de partes intervinientes, en busca de un alto el fuego durante seis semanas, mientras seguía aumentando el número muertos al lado de varios miles de niños que se hallaban al borde de la muerte por inanición o falta de medicamentos. En concreto al comenzar la segunda quincena de marzo, según el Ministerio de Sanidad gazatí, el número de niños muertos desde el inicio de las hostilidades se calculaba en torno a unos 13.000, además de 73.676 civiles heridos. El comienzo del Ramadán no detuvo las hostilidades que continuaron, con decenas de muertos y heridos cada día, al tiempo que, en la capital de Qatar, Doha, se celebraban conversaciones con la finalidad de lograr un alto el fuego.

3 EL CONFLICTO ANTE EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA: REPÚBLICA DE SUDÁFRICA V. ESTADO DE ISRAEL

Aun cuando Sudáfrica no tenga un interés material directo en el conflicto armado (no afecta a sus ciudadanos, no es Estado limítrofe con Israel, no cabe ninguna violación cruce de fronteras por organizaciones o personas armadas, ni por el ejército israelí, etc.), sí lo tiene *jurídico* en cuanto a la defensa, respeto y cumplimiento de un tratado internacional cual es el convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,³⁰ adoptado en Nueva York el 9 de diciembre de 1948, del cual ambos Estados son parte.³¹

³⁰ El “genocidio” como *delicta iuris gentium*, al que ya se ha hecho referencia anteriormente, tuvo su origen en la creación del término por el jurista polaco Raphael Lemkin (1944 y 1946), de familia judía, quien ya en 1933 había presentado un memorándum a la Sociedad de Naciones solicitando la redacción de un convenio internacional que prohibiese las ejecuciones en masa. Por desgracia la historia registra genocidios desde muy antiguo destacando la destrucción por los atenienses de la ciudad de Melos en el año 416 a. C.; y en el siglo XIX el genocidio congoleño entre 1885 y 1908, en el Estado Libre del Congo, bajo la monarquía belga de Leopoldo II cuya cifra de víctimas se calcula entre 10 y 15 de millones de personas; si ahora se vuelve la vista atrás en el siglo XX sobresalen en África, el genocidio herero y namaqua, en lo que hoy es el Estado de Namibia, entre 1904 y 1907, y después el genocidio de Ruanda en 1994 donde los hutus exterminaron al 75% de los tutsis; en Australia, el llevado a cabo sobre la población aborigen que llega a 1969; en Europa, el genocidio contra el pueblo armenio por el gobierno de los Jóvenes Turcos, entre 1915 y 1923; el Holodomor ocurrido en la Rusia soviética, entre 1932 y 1934; el Holocausto en Alemania y en los territorios ocupados desde que el partido nazi llegó al poder hasta el fin de la II Guerra Mundial, calculándose en torno a once millones de personas asesinadas, en su inmensa mayoría judíos; el Porraimos o Samudaripen, también llevado a cabo por los nazis contra la etnia gitana o romaní; el Gran Terror, o Gran Purga, ocurrido en la Unión Soviética, entre 1934 y 1939; el genocidio de Srebrenica, en 1995, durante los conflictos que tuvieron lugar en los Balcanes al producirse la disolución de Yugoslavia; y, en fin, en Asia, el genocidio que tuvo lugar en Camboya, perpetrado por Pol Pot entre 1975 y 1979, contra las minorías, nacionales y religiosas, que habitaban en ese Estado (vietnamitas, chinos, musulmanes, etc.).

³¹ Junto a numerosos Estados que son parte en el mismo, entre ellos España, vid. texto en Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 34, de 8 de febrero de 1969; y, p. ej., entre otras colecciones de textos, en: Torres Ugena (1992, p. 479-481); entre la variada bibliografía sobre la convención vid., p. ej., Robinson (1960).

Y al entender Sudáfrica que Israel lo está violando constantemente desde octubre de 2023, dedujo demanda, el 29 de diciembre de 2023, contra Israel ante el Tribunal Internacional de Justicia (en adelante TIJ)³² cuya competencia es indiscutible en este caso conforme al artículo 36. 1 y 2 del Estatuto del TIJ, ya que tanto Sudáfrica como Israel son parte en el mismo³³, solicitando en primer término, conforme a la posibilidad prevista en los artículos 73 a 78 del Reglamento del TIJ,³⁴ la adopción de medidas cautelares ante el condenable comportamiento israelí contra la población civil palestina, petición que dicho órgano judicial resolvió en la sesión pública celebrada en la mañana del viernes 26 de enero de 2024 por su “ordonnance” de un modo que bien podría calificarse de un tanto agrídulce (PASCUAL LAGUNAS, 2024).

La demanda de medidas provisionales no ha sido ignorada por Israel que ha comparecido ante el TIJ, por lo que el procedimiento seguirá su curso, lo cual es posible porque tanto el demandante como el demandado han aceptado la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria prevista en el artículo 36 del Estatuto del TIJ, con derecho ambos Estados a nombrar juez *ad hoc*, derecho que efectivamente han ejercitado, habida cuenta de que en la actual composición del TIJ no existe juez titular ni de nacionalidad sudafricana ni israelita. Debe advertirse que, salvo que Sudáfrica desista, la sentencia no será dictada hasta pasado un tiempo más o menos considerable³⁵ ya que ha de seguirse el procedimiento en sus dos fases, escrita y oral, la primera de las cuales consiste en la presentación por parte de los Estados litigantes (con los consiguientes plazos para elaborar los escritos) de la memoria, contramemoria, réplica y dúplica, y la segunda, por el mismo orden, ante el TIJ por parte de los abogados de cada litigante que proceden a leer³⁶ sus correspondientes alegaciones

³² Los quince jueces que componen actualmente dicho órgano judicial son los siguientes: Joan E. Donoghue (Estados Unidos) presidenta; Kirill Gevorgian (Rusia) vicepresidente; Peter Tomka (Eslovaquia); Ronny Abraham (Francia); Mohamed Bennouna (Marruecos); Abdulqawi Ahmed Yusuf (Somalia); Xue Hanqin (República Popular China); Julia Sebutinde (Uganda); Dalveer Bhandari (India); Patrick Lipton Robinson (Jamaica); Nawaf Salam (Libano); Yuji Iwasawa (Japón); Georg Nolte (Alemania); Hilary Charlesworth (Australia) y Leonardo Nemer Caldeira Brant (Brasil). Jueces *ad hoc*, nombrados por cada Estado litigante ejercitando el derecho que les confiere el artículo 31 del Estatuto del TIJ al no tener juez titular en él ni Suráfrica ni Israel, Dikgang Ernest Mosenke (Sudáfrica) y Aharon Barak (Israel). Secretario Philippe Gautier.

³³ Concretamente Israel lo firmó el 17 de agosto de 1949 y lo ratificó el 9 de marzo de 1950. Además, el artículo 36. 1 del Estatuto del TIJ dice: “La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”; el párrafo 2 dice: “Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de Derecho Internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.

³⁴ El Reglamento vigente que, por cierto, no figura nunca en las colecciones de textos publicados en España, fue adoptado el 14 de abril de 1978 y entró en vigor el 1 de julio siguiente. Está firmado por los entonces presidente E. Jiménez de Aréchaga (Uruguay), y secretario S. Aquarone (Australia). El Reglamento ha sido posteriormente reformado para dar entrada a la moderna tecnología como la videoconferencia, etc.

³⁵ El tiempo depende, obviamente, de las características de cada caso, pero, por poner un ejemplo, en el caso *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (Bélgica *v.* España) la segunda demanda se interpuso en 1962 y la sentencia es de 5 de febrero de 1970.

³⁶ A diferencia de otros tribunales ante los cuales solo cabe el informe oral (sin lectura), así por

(“plaidoiries”) (artículos 43-53 del Estatuto del TIJ), finalizada la cual el TIJ inicia el procedimiento de deliberación y votación del texto que culminará con la adopción de la sentencia a la que cada juez, si lo estima procedente, puede añadir su declaración, opinión individual o su opinión disidente.

A finales de febrero de 2024 también el TIJ comenzó a recibir las informaciones de diversos Estados con interés de orden jurídico en el caso, como *amicus curiae*, (artículos 62-64 del Estatuto del TIJ) entre los que se encuentra España que informó ante el TIJ el viernes 23 de febrero de 2024.

Por lo que atañe a la demanda de medidas cautelares el TIJ en su citada “ordonnance”, de 26 de enero de 2024, bajo el título “Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza. Afrique du Sud c. Israël”, tras conocer las peticiones de las partes (p. 1-7) expone, después de una introducción, su competencia *prima facie* a la que dedica observaciones liminares y atiende a la existencia de una diferencia relativa a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención sobre el genocidio (p. 7-12), para seguidamente establecer la conclusión en cuanto a dicha competencia *prima facie* y al *ius standi* de Sudáfrica, es decir, a su cualidad como demandante (p. 12); seguidamente el TIJ se ocupa de los derechos cuya protección está investigada y el vínculo entre tales derechos y las medidas solicitadas (p. 13-19) para, a continuación, ocuparse del riesgo de perjuicio irreparable y urgente (p. 19-22); añadiendo, en fin, una conclusión con las medidas a adoptar (p. 22-27).

Tales medidas son las siguientes:

- 1) por 15 votos contra 2: “El Estado de Israel debe, conforme a las obligaciones que le incumben en relación a la convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio, tomar todas las medidas necesarias para prevenir la comisión, contra los Palestinos de Gaza, de todo acto comprendido en el campo de aplicación del artículo II de la convención, en particular los actos siguientes:
 - a) matanza de miembros del grupo;
 - b) atentado grave a la integridad física o mental de miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que entrañen su destrucción física total o parcial; y
 - c) medidas que impidan los nacimientos en el seno del grupo”³⁷
- 2) por 15 votos contra 2: “El Estado de Israel debe velar, con efecto inmediato, para que su ejército no cometa ninguno de los actos señalados en el punto 1 arriba indicado”³⁸;
- 3) por 16 votos contra 1: “El Estado de Israel debe tomar todas las medidas necesarias a su alcance para prevenir y punir la incitación directa y pública a cometer el genocidio contra los miembros del grupo de los Palestinos de la franja de Gaza”³⁹;

ejemplo en el Tribunal Supremo de España, ante el TIJ no cabe la oralidad, sino que el informe ha de ser leído.

³⁷ Votos en contra de la juez Julia Sebutinde y del juez *ad hoc* Aharon Barak.

³⁸ Votos en contra de la juez Julia Sebutinde y del juez *ad hoc* Aharon Barak.

³⁹ Voto en contra de la juez Julia Sebutinde.

- 4) por 16 votos contra 1: “El Estado de Israel debe tomar sin demora medidas efectivas para permitir el abastecimiento de servicios básicos y de la ayuda humanitaria requeridas de toda urgencia a fin de remediar las difíciles condiciones de existencia a las que están sometidos los Palestinos de la franja de Gaza”⁴⁰;
- 5) por 15 votos contra 2: “El Estado de Israel debe tomar las medidas efectivas para prevenir la destrucción y asegurar la conservación de los elementos de prueba relativos a las alegaciones de actos comprendidos en el campo de aplicación de los artículos II y III de la convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio cometidos contra los miembros del grupo de Palestinos de la franja de Gaza”⁴¹;
- 6) por 15 votos contra 2: “El Estado de Israel debe someter a la Corte un informe sobre el conjunto de medidas que haya tomado para dar efecto a la presente ordenanza en un plazo de un mes a contar de la fecha de ésta”.⁴²

Pero el TIJ no ordenó, como habría sido de esperar, el cese de hostilidades. Parece de interés destacar el motivo que arguye la juez ugandesa Julia Sebutinde para justificar en su opinión disidente el voto contra todas las medidas tomadas por el TIJ en su “ordonnance”: “No creo que las medidas provisionales señaladas por la Corte en esta Resolución estén justificadas y por ello he votado en contra de las mismas”.

Reiteramos que, en nuestra respetuosa opinión, la disputa entre el Estado de Israel y el pueblo de Palestina es esencial e históricamente política y requiere una solución diplomática o negociada y la implementación de buena fe de todas las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad por parte de todas las partes interesadas, con miras a encontrar una solución permanente que permita a los pueblos israelí y palestino coexistir pacíficamente. No es una controversia jurídica susceptible de solución judicial por la Corte, a su juicio Sudáfrica no demostró que los actos presuntamente cometidos por Israel fueran “cometidos con la intención genocida necesaria y que, como resultado, puedan entrar dentro del alcance de la Convención sobre Genocidio”.⁴³

⁴⁰ Voto en contra de la juez Julia Sebutinde.

⁴¹ Votos en contra de la juez Julia Sebutinde y del juez *ad hoc* Aharon Barak.

⁴² Votos en contra de la juez Julia Sebutinde y del juez *ad hoc* Aharon Barak. La juez Hanqin Xue adjunta a la “ordonnance” una declaración; la juez Julia Sebutinde adjunta su opinión disidente; los jueces Dalveer Bhandari y Georg Nolte adjuntan declaraciones; el juez *ad hoc* Aharon Barak adjunta su opinión individual; (la paginación de las declaraciones y opiniones de los jueces a las que nos referimos *infra* se refiere a la de la copia de los originales y no a la de la “ordonnance” a la que van adjuntas); vid. texto impreso de la “ordonnance” p. 24-27 (la traducción española de los textos en francés es nuestra).

⁴³ Ante tal opinión disidente el embajador de Uganda ante Naciones Unidas manifestó que: “El fallo de la juez Sebutinde ante la Corte Internacional de Justicia no representa la posición del gobierno de Uganda sobre la situación en Palestina [...]. El apoyo de Uganda a la difícil situación del pueblo palestino se ha expresado a través del patrón de votación de Uganda en las Naciones Unidas”, vid. ©EnlaceJudío.

No deja de sorprender la posición radical de la juez Julia Sebutinde, de la que respetuosamente discrepamos, al compararla con la del juez *ad hoc* israelí Aharon Barak quien en su opinión individual sí se ha mostrado conforme al menos con dos de las medidas, concretamente la 3) y la 4), adoptadas por el TIJ, lo que significa la aceptación por dicho juez *ad hoc* de que la cuestión planteada ante el TIJ sí es jurídica y, por tanto, susceptible de conocimiento por parte del máximo órgano judicial de las Naciones Unidas, si bien declara que, en su opinión, Sudáfrica no ha probado la existencia de un genocidio: “Regarding the conditions for the Court to indicate provisional measures, for the reasons stated above, I am not persuaded by South Africa’s arguments on the plausibility of rights, since there is no indication of an intent to commit genocide [...]” (p. 9, parágrafo 43).

La opinión de la citada juez Julia Sebutinde de que la cuestión es política y no jurídica, con todo respeto, no nos parece admisible, en primer término porque la creación de un Estado nuevo, que es sin duda una cuestión política, también pertenece al ámbito del Derecho Internacional y, por tanto, es igualmente jurídica, pero es que, en segundo término, esa no es la cuestión debatida ante el TIJ sino otra: si un Estado parte en la Convención de 1948 contra el genocidio está o no, con su actitud, violando el texto de este tratado internacional lo cual no es una cuestión política sino plenamente jurídica.

Por su parte el juez Dalveer Bhandari en su declaración señala que: “[...] the attacks on civilians in Israel on 7 October 2023 were acts of brutality that must be condemned in the strongest possible terms” (p. 1, parágrafo 2), pero que, sin embargo, los miles de civiles muertos a consecuencia de la respuesta israelí, los 26 hospitales y las 200 escuelas dañados, así como el 85 por ciento de la población de Gaza desplazada como resultado del conflicto ha hecho que: “The situation in Gaza has turned into a humanitarian catastrophe” (p. 1, parágrafo 3), añadiendo, muy acertadamente a nuestro juicio, que aunque: “[...] the present request only concerns the Genocide Convention, other bodies of international law also apply in an armed conflict such as this one, including in particular international humanitarian law” (p. 1, parágrafo 4).

La juez Hanqin Xue, en su declaración, recuerda en primer término la ocupación de territorio por Israel, así como que los palestinos no han podido ejercer su derecho a la autodeterminación: “[...] The Palestinian territory is presently under Israel’s occupation and control; the Gaza Strip constitutes an integral part of the occupied Palestinian territory. The people of Palestine, including the Palestinians in Gaza, are not yet able to exercise their right to self-determination [...]”, para después ocuparse de los desastres que Israel ha causado, hasta el momento en que ella escribe, ya que –dice– las hostilidades: “have caused tremendous civilian casualties, unprecedented in history” así como que:

[...] the Israeli military land operation in and air bombardment of Gaza, targeting civilian buildings, hospitals, schools and refugee camps, coupled with the cut-off of food, water, fuel, electricity and telecommunication, and

the constant denial of humanitarian assistance from outside, have made Gaza a most dangerous and uninhabitable place [...] (p. 1, párrafos 2 y 3).

En fin, en su declaración el juez Georg Nolte destaca, entre otros aspectos, que Sudáfrica únicamente alega la violación por Israel de la Convención sobre Genocidio, pero no de otras “possible violations of other rules of international law, such as war crimes [...]” (p. 1, epígrafe I, párrafo 2).

Por lo demás, y antes de concluir este epígrafe, debe recordarse que, tras la “ordonnance” del TIJ, se produjo posteriormente la matanza por el ejército de Israel de un centenar de civiles palestinos, además de los que resultaron heridos, que se hallaban a la espera del reparto de alimentos para combatir la hambruna existente en la Franja de Gaza, con lo cual se hace patente el caso omiso que a las decisiones del TIJ hace Israel que, además, por boca del propio jefe del Gobierno hebreo aseguró, el 26 de abril, que no tendrá en cuenta ninguna decisión proveniente del TIJ, se supone claro está, que siempre que fuere contraria a los intereses de Israel, y ello ha podido comprobarse ante la orden del TIJ de suspender la ofensiva sobre Rafah a la que Israel ha hecho caso omiso. Además, para que hubiere una obligación de cumplimiento coercitivamente se requiere que esa decisión sea tomada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, frente a cualquier decisión del TIJ contraria a Israel, está el derecho de veto de Estados Unidos que, con toda seguridad, no dudaría en ejercerlo.

4 BREVE REFERENCIA A LA CONDICIÓN “ESTATAL” DE PALESTINA EN LA ACTUALIDAD

Cuando hoy se habla insistentemente de la necesidad de la existencia de dos Estados, Palestina e Israel, debe señalarse que desde la citada Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 27 de noviembre de 1947, proponiendo la creación de esos dos Estados,⁴⁴ hasta el momento actual, noviembre de 2023, la situación ha evolucionado notablemente, pudiendo ocupar su historia un grueso volumen, ya que si bien no existe un Estado de Palestina “consolidado”, como cualquiera de los ciento noventa y tres que son miembros de las Naciones Unidas, sí existe, por el contrario, un “Estado de Palestina” podría decirse que “en ciernes”, en situación, si se nos permite la expresión propia del Derecho civil, de “*nasciturus*”, de concebido pero aún no nacido, situación que, por supuesto, cuenta con la total y absoluta oposición de Israel. A fines de mayo de 2024 Palestina como Estado cuenta con el reconocimiento de 142 Estados.

El 15 de noviembre de 1988 el Consejo Nacional Palestino en el exilio ya proclamó, en una Declaración de independencia de Palestina, el Estado de Palestina, en una sesión extraordinaria que celebró en Argel (Argelia), y antes de finalizar dicho año el “Estado de Palestina” ya había sido reconocido por

⁴⁴ Fórmula, se recuerda, que por primera vez se recomendó ya en 1930, vid., sobre ocupación, BENVENISTI; 2012 y LIEBLICH, BENVENISTI, 2022.

más de ochenta Estados, cifra que en el verano de 2019 ascendía a 139⁴⁵ que, de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas, suponía un 72,02% de éstos. La Soberana Orden Militar de Malta sí le reconoce y mantiene relaciones diplomáticas con el “Estado de Palestina” a nivel de embajador. También está reconocido por la República Árabe Saharaui Democrática (desde el 15 de noviembre de 1988) y por el Estado de la Ciudad del Vaticano (desde el 26 de junio de 2015).

Otros Estados que no reconocen a Palestina como “Estado”, en cambio, sí lo hacen en favor de la Organización para la Liberación de Palestina a la que consideran el verdadero representante del pueblo palestino. En fin, los Estados que no reconocen al “Estado de Palestina” mantienen que tal “Estado” únicamente podría crearse a través de un acuerdo bilateral entre la Autoridad Nacional Palestina e Israel cuyas partes se encuentran con serias dificultades para lograrlo, destacando, entre otros problemas, en primer término el trazado definitivo de la frontera entre ambos, es decir, la determinación del territorio, al que siguen la cuestión del *status* de la ciudad de Jerusalén y el libre acceso a los Santos Lugares, el acceso al agua, la propia seguridad de ambos Estados, la cuestión de la expansión israelí en los asentamientos de Cisjordania y el este de Jerusalén y, en fin, el derecho de retorno de los refugiados palestinos, que fueron expulsados o que se vieron obligados a huir de sus hogares, con motivo de la guerra árabe-israelí de 1948.

Por lo que atañe a la Organización de las Naciones Unidas, su Asamblea General por Resolución 3236, de 22 de noviembre de 1974, ya reconoció el derecho a la autodeterminación del pueblo palestino, así como la independencia y soberanía de éste sobre Palestina, reconociendo también a la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) como la única representante legítima del pueblo palestino y acordando su *status* como observador en la ONU.

Después, en 1988 las Naciones Unidas decidieron retener la denominación de “Palestina” para designar a la OLP reconociendo así la Declaración de independencia de Argel si bien no exista aún un Estado “consolidado” de Palestina, por lo que en la actualidad existe una Misión Observadora Permanente del “Estado de Palestina” ante la Organización de las Naciones Unidas. Insistimos que en realidad el verdadero problema jurídico en cuanto a la existencia de un Estado de Palestina, a pesar del número de Estados que ya le reconocen, radica en la indeterminación, como ya hemos apuntado, de un elemento fundamental que es el *territorio*. La existencia de un Estado requiere inexcusablemente tres elementos: *población*, *territorio* y *gobierno*, a los que cierta doctrina francesa siguiendo a la escuela objetivista (de Bonnard, Duguit y Jèze) añade los *servicios públicos* (ROUSSEAU, 1961, p. 73), y en el caso de Palestina falla precisamente el segundo de los citados.

⁴⁵ Entre ellos algunos Estados miembros de la Unión Europea tales como Bulgaria, República Checa, Chipre, Eslovaquia, Hungría, Polonia y Rumanía, algunos de ellos desde 1988. Suecia lo reconoció en 2014. Otros Estados europeos son Albania e Islandia. E igualmente por Estados no europeos como, p. ej., St. Kitts and Nevis que “formally recognizes the State of Palestine as a free, independent and sovereign state base on its 1967 borders and East Jerusalem as its capital”, y cuyo ministro de Asuntos Exteriores, Mark Brantley, manifestó que: “St. Kitts and Nevis [...] reiterates its support of a credible two-state solution to the Palestinian-Israeli conflict, with the two states living side by side in peace, prosperity and harmony”, vid. Rasgon (2019).

Es por ello que esos reconocimientos hayan sido calificados, en alguna ocasión, como un acto de buena intención, pero sin eficacia práctica alguna. A finales de marzo de 2024 España, Eslovenia, Irlanda y Malta acordaron en Bruselas que reconocerán al Estado de Palestina cuando las circunstancias fueren adecuadas. Y en los primeros días de abril, tras el asesinato (porque había acuerdo de esa actividad humanitaria entre Israel y la ONG) de siete miembros de la ONG World Central Kitchen (WCK) que se suman a los casi doscientos trabajadores humanitarios muertos a manos del ejército israelí desde octubre de 2023, el presidente del Gobierno español anunció desde Doha (Qatar) su intención no solamente de reconocer al Estado de Palestina sino a llevar a cabo las acciones necesarias para que éste ingrese como miembro de pleno derecho de la Organización de las Naciones Unidas. En fin, el 28 de mayo de 2024 Palestina fue reconocida como Estado por España, que cumplía así su advertencia, Irlanda y Noruega, lo que motivó la llamada a consulta de los embajadores de Israel en estos países por el ministerio israelí de Asuntos Exteriores que también convocó a los embajadores de los citados países.

Pero hemos de insistir, en relación con el elemento del *territorio* del Estado de Palestina, que este no está jurídicamente delimitado. Siempre que nace un Estado debe existir esa delimitación desde el primer momento, bien de modo convencional (es decir, mediante un tratado de límites), o bien de modo arbitral (o sea, por medio de una decisión arbitral o jurisdiccional internacional), es decir, por un arbitraje de límites (ROUSSEAU, 1961, p. 257; vid. también DINH; DAILLIER; PELLET, 1999, especialmente p. 460-469) y, desde luego, no hay duda de que nada de esto ocurre, de momento, con relación a Palestina. En fin, la doctrina francesa afirma que la Autoridad palestina no constituye hoy más que un “embrión de Estado” con personalidad jurídica indiscutible pero inconcreta (DINH; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 456).

5 SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE CIERTOS ACTOS PRESENTES EN EL CONFLICTO ARMADO: A) AGRESIÓN Y LEGÍTIMA DEFENSA; B) ¿PIRATERÍA?; C) REPRESALIAS

Desde la entrada en vigor de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas la doctrina internacionalista comenzó a ocuparse del uso de la fuerza armada por parte de los Estados⁴⁶, así como de la legítima defensa, en el marco de un nuevo Derecho Internacional,⁴⁷ que establece la citada Carta y que supuso el nacimiento de una nueva era para el ordenamiento jurídico internacional: la era de las Naciones Unidas, que viene prolongándose a lo largo de casi ochenta años, concretamente desde el 26 de junio de 1945 hasta hoy.

⁴⁶ No es posible recoger aquí la totalidad de la amplia bibliografía sobre el concepto de “agresión” pero sí la cita de al menos las obras más significativas; con anterioridad a las Naciones Unidas vid. Wright (1935, p. 373); desde 1945 vid. Komarnicki (1949, p. 8); Zourek (1957, p. 755); Aroneanu (1958); Stone (1958); Baginian (1959).

⁴⁷ Sobre el concepto de “legítima defensa”, desde 1945 vid. Kunz (1947, p. 872); Dinh (1948, p. 223); Beckett, (1950); Al Chalabi (1952); Bowett (1958); Morawiecki (1959-1960, p. 112); Zhukov (1961).

5.A Agresión y Legítima Defensa

Cerca de treinta años después de haber entrado en vigor la Carta de las Naciones Unidas, la Asamblea General de dicha Organización aprobó, por consenso, la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, en la que, en su artículo 1, el acto de “agresión” queda así definido: “La agresión es *el empleo de la fuerza armada* por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o de toda otra manera incompatible con la Carta de las Naciones Unidas [...]”, definición que, desde luego, no constituye, con relación al texto de la Carta, ningún progreso o novedad.

Se trata de una definición que se limita a la “agresión armada” que tiene en cuenta el artículo 51 de la Carta al facultar al Estado agredido para su “legítima defensa”, siendo el artículo 3 de la citada Resolución el que ofrece una lista, si bien no exhaustiva, indicadora de qué actos son constitutivos de “agresión”. Por lo demás el crimen de agresión está, como no podría ser de otro modo, recogido en el artículo 5. 1, *d*) del Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, como crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional junto a otros tres ya anteriormente citados (crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra).

Por lo que atañe a la legítima defensa se basa ésta fundamentalmente en dos requisitos: la inmediatez y la proporcionalidad, por tanto, en el Derecho Internacional la legítima defensa no se concibe como algo distinto a lo que es en el marco del Derecho penal interno de los Estados. Hace ya treinta y seis años que el ilustre internacionalista israelí profesor Yoram Dinstein⁴⁸ publicó, en 1988, en Cambridge University Press, su libro *War, aggression and self-defence*, que en 2017 llegaba su sexta edición, que recibió la atención de diversos autores a través de reseñas y comentarios,⁴⁹ cuyo pensamiento fue detenidamente analizado también por el embajador y profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México José Luis Vallarta Marrón (vid. VALLARTA MARRÓN, 2009, p. 69-115; VALLARTA MARRÓN, 2008, p. 955-984; VALLARTA MARRÓN, 2011, p. 435-461).

⁴⁸ Nacido, el 2 de enero de 1936, en Tel Aviv-Yafo (Israel) fue profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Tel Aviv, de la que fue Presidente, así como Profesor de Derecho Internacional en la Escuela de Guerra Naval de Estados Unidos (Newport, Rhode Island). Profesor visitante de las Universidades de New York y Toronto, fue miembro del Institut de Droit International, y perteneció al Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional (Heidelberg). También fue miembro del Consejo Ejecutivo de la Sociedad Americana de Derecho Internacional y del Consejo del Instituto Internacional de San Remo de Derecho Humanitario. Su especialidad, dentro del Derecho Internacional Público, fue el Derecho bélico. Otras obras de las que es autor, además de la ya citada, son *Defence of “Obedience to Superior Orders” in International Law*, Oxford, 1ª ed., 1965; *The conduct of hostilities under the Law of international armed conflict*, Cambridge University Press, 2004; *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, 2019; *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge University Press, 2021. Yoram Dinstein falleció en su ciudad natal el 10 de febrero del año en curso.

⁴⁹ Así, Hans-Peter Gasser, en *International Review of the Red Cross* (1961-1997) 29 (270), 1989, p. 256-258; *Id. in eod. loc.*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 14 (93), 1989, p. 272-274; Nicki Boldt, en *German Yearbook of International Law*, 49, 2006, p. 702; Daisy Cooper, en *Outledge*, 32 (4), 2006, p. 741-743; Muge Kinacioglu, en *European Journal of International Law*, 18 (4), 2007, p. 778-782; André Kleynhans, en *Stellenbosch University, Faculty of Military Science (Military Academy)*, 2020; André Stemmet, en *Scientia Militaria: South African Journal of Military Studies*, 48 (1), 2020, p. 121-126.

Frente a las tesis que Yoram Dinstein defiende en su obra cabe oponer, como acertadamente hace Vallarta Marrón con quien coincidimos, que: de ningún modo se está generando un Derecho Internacional consuetudinario diferente de la Carta de las Naciones Unidas que permita una defensa preventiva; que no cabe una legítima defensa cuando la actitud del Estado se basa en informaciones de servicios de inteligencia no confirmados; que Israel debe admitir que una ocupación ilegal de territorio por la fuerza armada es una agresión continuada y constante; que no es admisible que la inmediatez, que requiere la legítima defensa, pueda prolongarse en el tiempo debido a operaciones o preparativos militares⁵⁰; que no es aceptable que cualesquiera ataques menores justifiquen de por sí la legítima defensa; que no pueden justificarse las represalias armadas que se producen en tiempo y lugar diferentes al del momento y lugar del ataque original; y, en fin, que es inadmisibles la tesis de Dinstein, que tiene que ser rechazada de plano, según la cual aunque la legítima defensa tiene que ajustarse a la “proporcionalidad”, lo cual admite el jurista hebreo, el Estado que se defiende puede llevar esa legítima defensa hasta la destrucción total del enemigo, es decir, sin límite ni en las hostilidades ni en el tiempo, con lo que el autor israelí incurre aquí en una evidente contradicción (VALLARTA MARRÓN, 2009, p. 111-112).

A la vista de los hechos que se han producido, y se siguen produciendo, en la Franja de Gaza, no hay duda de que el Estado de Israel ha sido víctima, repetimos, de una agresión conforme al concepto de esta expresión en el Derecho Internacional y que, por otra parte, la respuesta de Israel, en principio una legítima defensa individual, ha excedido después, y con mucho, los límites de ésta, pudiendo además basar esta afirmación en la propia jurisprudencia del TIJ el cual, tras reconocer, en su sentencia de 27 de junio de 1986, el derecho de legítima defensa en el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, afirmó que existe una “[...] règle spécifique –pourtant bien établie en droit international coutumier– selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures *proportionnées* à l’agression armée subie, et nécessaires pour y mettre fin [...]” (las cursivas son nuestras)⁵¹.

Insistimos en que si esto se proyecta sobre la acción de respuesta israelí tampoco parece, desde una posición objetiva e imparcial, que haya duda en cuanto a que esta respuesta está muy lejos de ajustarse a esa “proporcionalidad” que exige el Derecho Internacional consuetudinario según reconoce, textual e inequívocamente, el TIJ en su jurisprudencia.⁵²

⁵⁰ La inmediatez de la respuesta a la agresión depende, obviamente, en cuanto al tiempo, de la mayor o menor proximidad existente entre el Estado agresor y el agredido, así en 1982 cuando la República Argentina ocupó las islas Falkland (Malvinas) el tiempo de respuesta del Reino Unido fue el necesario para que la flota británica llegase al archipiélago que dista de Gran Bretaña 12.811 kilómetros.

⁵¹ Recueil des arrêts de la Cour Internationale de Justice, caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, p. 94 y 122.

⁵² Es cierto que el artículo 59 del Estatuto del TIJ determina que: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”, pero no lo es menos que cuando el Tribunal establece, o reafirma, un principio de carácter general, esa jurisprudencia obliga en ese punto a todos los Estados.

5.B ¿Piratería?

Al conflicto armado, que viene teniendo lugar en la Franja de Gaza, se han unido posteriormente acciones violentas de grupos hutíes yemenitas que actúan contra buques en aguas del mar Rojo ante las sospechas de que éstos se dirigen a Israel; cabe, pues, preguntarse ante este nuevo aspecto por la calificación jurídica de estos actos, vistos, naturalmente, desde el Derecho Internacional. En prácticamente todos los textos doctrinales de Derecho Internacional público, publicados antes o después de iniciarse, por primera vez, la codificación internacional del Derecho Internacional del mar en Ginebra en 1958, está presente la exposición de un acto de hostilidad, de violencia contra buques y pasajeros, que se hallen en alta mar (vid., p. ej., VON LISZT, 1929, p. 269-270); se trata de un acto que constituye un crimen contra el género humano y que recibe el nombre de “piratería”⁵³ el cual tiene una larguísima historia tras de sí; baste citar cómo lo recuerda, por ejemplo, Alfred Verdross (1976, p. 36).

Y, lejos de haber desaparecido, la piratería sigue constituyendo una lacra en los tiempos modernos, con ampliación de su campo a la navegación aérea, habiendo sido siempre su erradicación una constante preocupación de la Comunidad internacional (TOURET, 1992). Hacia 1830 Francia la eliminó del mar Mediterráneo donde estaba autorizada por algunos Estados de esa época como Argel, Marruecos, Trípoli y Túnez, cuya presencia se dejaba sentir en zonas como el mar Rojo y muy especialmente en los mares del lejano Oriente (vid., p. ej., ROUSSEAU, 1961, p. 415-416).

Las reglas aplicables a la piratería marítima se codificaron por vez primera en la Convención de Ginebra, de 29 de abril de 1958, sobre la alta mar (artículos 14-22), y fueron transcritas, sin notables variaciones, en la vigente Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay, de 10 de diciembre de 1982 (artículos 100-107). Pero en su definición se dice que los actos de violencia han de ser cometidos “con propósito personal”, es decir, con fines de lucro particular (así, tanto artículo 15. 1 de la citada Convención de Ginebra, como el artículo 101 a) de la Convención de Montego Bay), y ante esto cabe preguntarse si la conducta y finalidad de los hutíes yemenitas es “con propósito personal”, es decir, para ese citado “lucro particular”, lo que lleva a una respuesta negativa porque su intencionalidad es eminentemente política puesto que se trata de atacar con esos actos al Estado de Israel contra el cual se posiciona ese grupo armado, por lo que, entendemos, no cabe afirmar que se trate de actos de piratería, ni siquiera por analogía, ya que no hay, se repite, “ánimo de lucro” (ROUSSEAU, 1961, p. 416), sino que constituyen actos bélicos dirigidos contra lo que dichos hutíes consideran un Estado enemigo (Israel) por

⁵³ Vid., p. ej., para bibliografía antigua, Calvo (1887, p. 576-605); Fiore (1894, p. 349-351); Stiel (1905), quien se refiere a la muy dudosa etimología de ese vocablo (p. 4, nota 3); también, Gosse (1932), obra, una de las mejores sobre la piratería, que ha sido objeto de reimpresión por Dover Publications, Mineola, New York, 2007, y por la editorial Kessinger Publishing el 10 de septiembre de 2010; existe de esta obra versión española en la “Colección Austral” en dos números, el 795 (“Los corsarios berberiscos. Los piratas del Norte. Historia de la piratería”) y el 814 (“Los piratas del Oeste. Los piratas de Oriente”).

lo que tales acciones pueden enmarcarse, ya que se trata de actos de hostilidad con uso de la fuerza armada, como un conflicto armado, dentro de la guerra marítima y que tienen, desde luego con grandes reservas, un lejano eco del llamado “derecho de presa” (ROUSSEAU, 1961, p. 614-649), que los hutíes no pueden materialmente ejercitar, como efectivamente se ve en cada una de sus acciones que se limitan al abordaje o a un ataque con drones o proyectiles contra los buques que navegan por el mar Rojo, alguna de cuyas acciones ha provocado el hundimiento de naves aumentando así, aún más, el grave riesgo para la navegación por las aguas del mar Rojo.

Ello pone de relieve, de nuevo, que el clásico concepto de “guerra” (ejércitos regulares uniformados, fuerzas armadas navales, etc.) ha evolucionado notablemente, en particular, desde el fin de la II Guerra Mundial. Se trata, pues, en el caso específico al que aquí nos referimos, de acciones bélicas promovidas por grupos armados que no constituyen ejército regular de un Estado en el sentido clásico, pero que son constitutivos de actos de guerra por lo que entran dentro del ámbito del Derecho Internacional bélico y, concretamente, dentro del sector de la guerra marítima.

5.C Represalias

A los actos descritos, que tienen como escenario las aguas del mar Rojo, han seguido las acciones, con uso de la fuerza armada, por parte del Reino Unido y de Estados Unidos con varios ataques aéreos en respuesta a los llevados a cabo contra sus buques, en dicho mar, por medio de abordajes, bombardeos, uso de drones, etc. Los ataques constituidos por bombardeo aéreo se han llevado a cabo sobre territorio yemení, es decir, que estos dos Estados han utilizado las “represalias armadas”⁵⁴, y ante esto cabe formular otra pregunta: ¿son éstas conformes con el Derecho Internacional?

La licitud de este tipo de represalias se planteó ya desde el momento en que el Derecho Internacional convencional prohibió, total o parcialmente, el recurso a la fuerza armada, lo que tuvo lugar con el Pacto de la Sociedad de Naciones y se mantuvo en el Pacto Briand-Kellog y en la Carta de las Naciones Unidas. Al respecto en relación al conflicto ítalo-griego de Corfú el Comité de juristas, a consulta del Consejo de la Sociedad de Naciones, dio el 24 de enero de 1923 una respuesta en la que se sostenía que las medidas de coerción entre Estados miembros de la Sociedad de Naciones dependía “de las circunstancias y de la naturaleza de las medidas adoptadas”, lo que concreta después la jurisprudencia internacional, así en el asunto *Nautilaa* el Tribunal arbitral especial germano-portugués en su laudo de 31 de julio de 1928, donde se afirma que las represalias solo tienen justificación:

⁵⁴ Esta figura, desde el *Tractatus represaliarum* (1354) de Bartolo de Sassoferrato ha estado presente en los autores clásicos como Hugo Grocio y Emeric de Vattel, y contó con importante bibliografía así, p. ej., entre otras publicaciones vid. Lafargue (1899); Ducrocq (1901); Schumann (1927); De la Brière (1928, p. 241); *Haumant* (1934); Venezia (1960, p. 465-498); Colbert (1948); Schütze (1950); Ruipérez Juárez (1963); Kalshoven (1971); Bowett (1972, p. 1-36); Tucker (1972, p. 586-595); Nahlik (1978, p. 130-169).

- a) cuando respondan a un acto previo y contrario a derecho;
- b) cuando se trate de un caso de necesidad, es decir, que resulte imposible al Estado perjudicado obtener satisfacción por otros medios;
- c) cuando se haya requerido, sin resultado, que cese el acto contrario a derecho; y
- d) cuando las medidas no sean desproporcionadas con relación al acto ilícito a que respondan.⁵⁵

Es verdad que la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas contenidos en la Resolución 2625 (XXV), adoptada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970, en su primer principio, párrafo sexto, dice que: “Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza”, sin embargo, más tarde señalan Quoc Dinh, Dailler y Pellet (1999, p. 908, y sobre la cuestión en general, p. 905-911) que “la question de la licéité des interventions armées unilaterales des États pour la défense d’un droit est délicate”, a la vista de todo ello se puede afirmar que, *a priori*, una acción armada, un uso de la fuerza armada, con el fin de asegurar el respeto al Derecho Internacional no resultaría ilícita conforme a la Carta de las Naciones Unidas, y en el caso al que nos estamos refiriendo los Estados que utilizan la fuerza armada lo hacen para que ese derecho sea respetado, que no es otro que el derecho a la libre navegación por aguas internacionales del mar Rojo de cualquier buque, en particular de los que arbolan su bandera.

Por lo tanto, la respuesta de dichos Estados no parece contradecir el Derecho Internacional que rige desde la Carta de las Naciones Unidas. Si existe un previo ataque armado sin motivo ninguno el exigir al Estado atacado que responda únicamente con medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada, o sean puramente de “retorsión”,⁵⁶ parece que presentaría un claro desequilibrio en evidente perjuicio para el Estado atacado, es decir, agredido.

⁵⁵ Vid. Recueil O. N. U., vol. II, en especial p. 1.025-1.028; vid. Rousseau (1961, p. 535).

⁵⁶ Las “represalias” constituyen, ante una violación del Derecho Internacional, una respuesta con acción armada, o no, pero siempre suponen igualmente una violación del Derecho Internacional; en cambio, en la “retorsión” frente a una acción inamistosa, pero conforme con el Derecho Internacional, la respuesta es otra acción del mismo tipo que tampoco llega a conculcar el Derecho Internacional (p. ej. expulsión recíproca de agentes diplomáticos o de funcionarios consulares, o limitación de sus desplazamientos por el territorio en el que éstos están acreditados, adopción de ciertas medidas restrictivas, etc.).

6 CONCLUSIÓN

Nubes fundidas con el humo negro
sobre un Mediterráneo ensangrentado
tragedia de una tierra que ha llegado
a hacer caer las lágrimas al cedro.
Nada puede escaparse de la muerte
compañera de cada palestino
atado sin remedio a su destino,
la vida está pendiente de la suerte.
Los derechos negados y pisados
gritan al mundo entre cruces y clavos
y exigen una paz sin condiciones.
Madres, hijos, esposos y lisiados
un pueblo sometido como esclavos
pide justicia a todas las naciones.

Escribimos este soneto, en Madrid, hace quince años, concretamente el jueves 19 de febrero de 2009, con motivo de la finalización del ya aludido conflicto armado de 2008-2009 y, por cierto, de su reactivación después de haberse llegado a un alto el fuego por ambas partes contendientes.

Podría parecer ante estas palabras conclusivas, que reconocemos desde el título del epígrafe, se inician fuera de los parámetros habituales de la conclusión de un artículo, que el autor toma partido. Puede parecerlo, pero desde luego nada más lejos de nuestra intención. Palestina en el corazón, sí. Pero como lo están también los mil doscientos israelíes asesinados por Hamás el 7 de octubre de 2023. Y como lo están igualmente los seis millones de judíos asesinados por los nazis. Los hechos han sido entonces y son ahora los que son. Hemos dicho, y reiteramos, que Israel ha sido víctima de una agresión tan intolerable como condenable, y tiene un indudable derecho inmanente de legítima defensa, pero no a excederse, y con mucho, de los límites razonables de la misma.

Solo la cita de trece mil niños palestinos muertos (en marzo de 2024) es más que suficiente para afirmar con rotundidad que ello es igualmente intolerable, condenable y que no tiene cabida en un mundo que va a iniciar el segundo cuarto del siglo XXI. Como gravemente responsable es Hamás no solo por su agresión a Israel sino por la trágica situación que se vive en la Franja de Gaza a causa de la respuesta israelí a la agresión sufrida; una respuesta que, inconcebiblemente, no fue debidamente valorada *a priori* por el agresor. La profesora norteamericana de Literatura comparada de la Universidad de Berkeley (California), Judith Butler, que se considera ella misma de origen judío, afirmó en un artículo que por “la matanza de judíos israelíes el 7 de octubre [...] condené a Hamás por las atrocidades que había cometido [...]”⁵⁷, e insiste en “que se está cometiendo un genocidio contra el pueblo palestino”, añadiendo que: “La violencia ejercida durante muchos años y que ha desembocado en este suceso, en especial la perpetrada por las fuerzas

⁵⁷ Vid. “*The Compass of Mourning*”, en London Review of Books, 10 de octubre de 2023.

de ocupación, es anterior al 7 de octubre, por lo que las historias que deberíamos contar comenzaron varias décadas antes” (BUTLER, 2024, p. 1-3).⁵⁸ La profesora Butler, que considera a Hamás “un partido político que administra Gaza”, añade que: “Estoy de acuerdo con quienes dicen que aquel ataque fue una forma de resistencia armada contra la colonización, el asedio y el expolio permanentes [...] (pero): No todas formas de ‘resistencia’ están justificadas”, y añade que: “[...] en estos momentos debemos centrar nuestra atención en los asesinatos de decenas de miles de gazatíes cometidos por los israelíes sin pudor y de manera desenfrenada, y en la complicidad de Estados Unidos y las principales potencias con este genocidio [...].” (BUTLER, 2024, p. 3). He aquí una postura que, nos parece, pretende situarse en el fiel de la balanza.

Y en este sentido debe recordarse que la citada Resolución 2728 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas curiosamente *no condena* a Hamás, y esto es algo que no puede considerarse como un olvido sin trascendencia por parte de los diez Estados no permanentes que la propusieron y los cuatro permanentes que votaron a favor, prueba de ello es que la abstención de Estados Unidos tuvo como motivo, precisamente, esa ausencia de condena, como explicó Linda Thomas-Greenfield, embajadora norteamericana ante las Naciones Unidas.

A la vista de todo lo expuesto el autor de estas páginas no toma, pues, más partido que el que se puede tomar: por el Derecho, por el respeto y el cumplimiento de *todo* el Derecho Internacional y, muy especialmente, del Derecho Internacional Humanitario, rechazando de plano cualquier violación del mismo sea por parte de quien fuere, Hamás, Israel o por cualquier otro Estado, organización internacional o grupo humano.

La conclusión general es que la historia, desgraciadamente, se repite una vez más. Cabe, pues, preguntarse si algún día la paz llegará a estar comprendida en la idea aristotélica del “*dikaion phisikon*”, de ese “orden natural de las cosas”, dentro del planeta Tierra. Tal vez. Quizás pudiese llegarse a ese ideal, y tomamos prestadas las palabras de Marguerite Yourcenar en su novela *Mémoires d’Hadrien* (1951; 1955), “[...] si los hombres pusieran a su servicio parte de la energía que gastan en trabajos estúpidos o feroces [...]”. Pero no vemos motivos para el optimismo. Con relación a la guerra de agresión que se viene librando en el territorio de Ucrania, desde el 24 de febrero de 2022, el Estado agresor, Rusia, no se olvide que miembro permanente del Consejo de Seguridad⁵⁹ de las Naciones Unidas, repetidamente lanza amenazas aludiendo a su arsenal nuclear...

El 17 de marzo la ministra española de Defensa declara por televisión que el peligro de que Vladimir Putin utilice armas nucleares es real sin que los españoles seamos totalmente conscientes de ello [...]. Por su parte el presidente francés Emmanuel Macron insistió en su desafortunada idea del envío de

⁵⁸ Este texto fue publicado en el blog de la editorial británica “Verso” y, a su vez, constituye una versión ampliada de un artículo previo que originalmente se publicó en la web francesa *Mediapart*.

⁵⁹ ¿Seguridad?... Las cursivas son nuestras para enfatizar la función que tiene dicho órgano de las Naciones Unidas de defender y tomar las medidas necesarias para mantener *la paz y la seguridad internacionales*, así como la total parálisis que sufre.

tropas a Ucrania, lo que muy probablemente podría ser causa de una extensión de la conflagración en el mundo, la cual, en opinión del romano Pontífice, ya existe y en ella estaríamos inmersos, opinión de la que participa también el Alto Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Ante esto ¿qué esperanza, pues, se puede tener?

En el Derecho constitucional comparado muy difícil será encontrar un precepto constitucional como es el artículo 9 de la Constitución japonesa, de 3 de mayo de 1947.⁶⁰ Como hemos escrito en otro lugar (TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 2020, p. 319-328), seguramente habrá que esperar a la aparición de una nueva Humanidad, asentada en alguno de los miles de exoplanetas que se vienen descubriendo últimamente en la Vía Láctea, la galaxia en la que, para bien o para mal, nos ha tocado vivir. Mientras tanto seguirá vigente el pensamiento de Marco Tulio Cicerón quien, pocos años antes del nacimiento de Cristo en Palestina, afirmaba ya que “cuando hablan las armas callan las leyes”, y que “la fuerza es la ley de las bestias”. Pues bien, nada menos que veintidós siglos después de su muerte, las bestias continúan imponiendo “su” ley (TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 2022, p. 111). El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha aprobado, el 10 de junio, a propuesta de Estados Unidos, una Resolución, que ha contado con catorce votos a favor y la abstención de Rusia, en la que se acuerda un alto el fuego en Gaza. Esperemos que Israel cumpla esa decisión.

Madrid, 11 de junio 2024

REFERENCIAS

AL CHALABI, Hassan Abdel Hadi. **La légitime défense en droit international**. El Caire: Universitaires d’Egypte, 1952.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz. La crisis de la inviolabilidad de las misiones diplomáticas. Una perspectiva estructural de análisis. En: **Revista de Estudios Internacionales**, vol. 2, núm. 2, abril-junio, p. 261-303, 1981.

ARONEANU, Eugène. **La définition de l’agression**. París: Editions Internationales, 1958.

BAGINIAN, K. A. **Agressiya tyagchaisheye mezhdunarodnoe prestuplenie**. Moscú: Izdvo Akademii Nauk SSSR, 1959.

⁶⁰ “Aspirando sinceramente a una paz internacional basada en la justicia y el orden, el pueblo japonés renuncia para siempre a la guerra como derecho soberano de la nación y a la amenaza o al uso de la fuerza como medio de solución en disputas internacional [...]”; en el mismo sentido puede citarse el artículo 10. II de la Constitución de Bolivia, de 7 de febrero de 2009: “Bolivia rechaza toda guerra de agresión como instrumento de solución a los diferendos y conflictos entre estados y se reserva el derecho a la legítima defensa en caso de agresión que comprometa la independencia y la integridad del Estado”; textos que contrastan con el artículo 63. 3 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, según el cual: “Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz”.

BECKETT, Sir William Eric. **The North Atlantic treaty, the Brussels treaty and the charter of the United Nations**. Londres: Stevens, 1950.

BEN-TASGAL, Gabriel. **300 preguntas en 300 palabras**: mitos y realidades sobre el conflicto palestino israelí. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Hebráica, 2023.

BENVENISTI, Eyal. **The international law of occupation**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BLANCO TOMÁS, Roberto. Un genocidio retransmitido. En: **DSalamanca**, Madrid, Ed. El León Alado, año 13, núm. 122, febrero, 2024.

BOWETT, Derek William. Reprisals involving recourse to armed force. En: **American Journal of International Law**, Cambridge, Ed. Cambridge University Press, v. 66, p. 1-36, 1972.

BOWETT, Derek William. **Self-defence in international law**. Manchester: Manchester University Press, 1958.

BRENNER, Michael. **Breve historia de los judíos**. Buenos Aires: La Marca, 2018.

BUTLER, Judith. Ante las atrocidades de Hamás y el genocidio de Israel. Traducido por María Luisa Rodríguez Tapia. En: **Diario "El País"** (Ideas), Madrid, Ed. El País, núm. 463, del 24 de marzo de 2024.

CALVO, Charles. **Le droit international théorique et pratique**: précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens. t. I. 4. ed. París: Guillaumin, Arthur Rousseau, Pedone-Lauriel, Marchal-Billard / Berlín: Puttkammer et Mühlbrecht, 1887.

CASTRO, Adolfo de. **Historia de los judíos en España**. South Carolina: CreateSpace Independent, 2014.

CAVERO COLL, Juan Pedro. **Breve historia de los judíos**. Madrid: Nowtilus, 2011.

CHOMSKY, Noam; PAPPÉ, Ilan. **Ultima fermata Gaza**: la guerra senza fine tra Israele e Palestina (Saggi). Traduttore: Massimiliano Manganelli. Milano: Ponte alle Grazie, 2023.

CHURCHILL, Randolph Spencer; CHURCHILL, Winston Spencer. **The six day war**. London: Heinemann, 1967.

COLBERT, Evelyn Speyer. **Retaliation in international law**. London: King's Crown, 1948.

CULLA, Joan B.; FORTET, Adriá. **Israel**: la tierra más disputada: del sionismo al conflicto de Palestina. Barcelona: Península, 2024.

DANNENBAUM, Tom. Aspectos prácticos de las solicitudes de órdenes de arresto del Tribunal Penal Internacional para altos funcionarios israelíes y líderes de Hamás. En: SIMPOSIO SOBRE LA CPI Y LA GUERRA ENTRE ISRAEL Y HAMÁS. **Anales...** 20 de mayo de 2024, p. 3 (el documento está sin paginar).

DE LA BRIÈRE, Yves. Evolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Brill-Nijhoff, t. 22, n. II, p. 237-294, 1928.

DÍAZ-MAS, Paloma. **Breve historia de los judíos en España**. Madrid: Catarata, 2023.

DINH, Nguyen Quoc. La légitime défense d'après la charte des Nations Unies. En: **Revue Générale de Droit International Public**, París, Ed. Pedone, v. 52, 1948.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Droit international public**. 6. ed. París: L.G.D.J., 1999.

DUCROCQ, Louis. **Répresailles en temps de paix**: blocus pacifique auivi d'une étude sur les affaires de Chine (1900-1901). París: Pedone, 1901.

ELSTON, D. Roy. **Israel**: the making of a nation. Nueva York: Oxford University Press, 1963.

ESPAÑA. Ministerio de Asuntos Exteriores. Secretaría General Técnica. **Censo de tratados internacionales suscritos por España**. t. II (multilaterales). 1 mayo 1323 a 1 agosto 1978, sin paginación (ver 1949).

FALAIZE, Robert. Le statut de Jerusalem. En: **Revue Général de Droit International Public**, París, Ed. Pédone, p. 618-654, jan./dec. 1958.

FAST, Howard. **Los judíos**: historia de un pueblo. Traducido por Magdalena Durán. Barcelona: La Llave, 2018.

FINKELSTEIN, Norman G. **Imagen y realidad del conflicto palestino-israelí**. Traducido por Juan Mari Madariaga. Madrid: Akal, 2003.

FIORE, Pasquale. **Tratado de derecho internacional público**. Traducido por Alejo García Moreno. t. I. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1894.

FORT NAVARRO, Albert; MARTÍNEZ IBÁÑEZ, Enrique. **El conflicto palestino-israelí**: un recorrido histórico para comprender el presente. Valencia: Diálogo, 2002.

FRANK, Paya. **Historia moderna de Israel**. Independently, 2022.

HAUMANT, André. **Les représailles**. París: Marcel Giard, 1934.

HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise et al. **El derecho internacional humanitario consuetudinario**: normas: Comité Internacional de la Cruz Roja. Volumen I. Buenos Aires: Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007.

GARCÍA-GRANADOS, Jorge: **The birth of Israel**. Nueva York: Alfred A. Knopf, 1948.

GOSSE, Philip. **The history of piracy**. London, New York: Longmans Green, 1932.

JOHNSON, Paul. **La historia de los judíos**. Barcelona: B de Bolsillo, 2023.

KALSHOVEN, Frits. **Belligerent reprisals**. Leyde: Sijthoff, 1971.

KOMARNICKI, Waclaw. La définition de l'agresseur dans le droit international moderne. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Brill-Nijhoff, v. 75, p. 1-113, 1949.

KUNZ, Josef L. Individual and collective self-defense in article 51 of the charter of the United Nations. En: **American Journal of International Law**, Cambridge, Ed. Cambridge University Press, v. 41, 1947.

LAFARGUE, P. **Les représailles en temps de paix**. París: Rousseau, 1899.

LAPIERRE, Dominique; COLLINS, Larry. **Oh, Jerusalén**. Barcelona: Planeta, 2006.

LARA OLMO, Juan Carlos. **Historia de los judíos en Europa**. Madrid: Raíces, 2014.

LEMKIN, Raphael. A new international crime 1944. En: **Revue Internationale de Droit Pénal**, París, Ed. Association Internationale de Droit Pénal, 1946.

LEMKIN, Raphael. **Axis rule in occupied europe**: laws of occupation, analysis of government, proposals for redress. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

LESCURE, Jean-Claude. **El conflicto palestino-israelí en cien preguntas**. Madrid: Rialp, 2019.

LIEBLICH, Eliav; BENVENISTI, Eyal. **Occupation in international law**. Oxford: Oxford University Press, 2022.

LOEWENSTEIN, Antony. **El laboratorio palestino**. Madrid: Capitán Swing, 2024.

LUCAS, Noah. **The modern history of Israel**. Nueva York: Praeger, 1975.

MAALOUF, Amin. **Las cruzadas vistas por los árabes**. Traducido por María Teresa Gallego Urrutia. 19. ed. Madrid: Alianza, 2009.

MOHN, Paul. **Jerusalem and the United Nations: international conciliation.** Nueva York: Carnegie, 1950.

MORAWIECKI, Mateusz W. Le Traité de Varsovie. En: **Annuaire polonais.** Varsovia: Institut Polonais des Affaires Internationales, 1959-1960.

NACIONES UNIDAS. **Las Naciones Unidas, orígenes, organización, actividades.** 3. ed. Nueva York: ONU, 1969.

NAHLIK, Stanislaw E. Le problème des représailles à la lumière des travaux de la conférence diplomatique sur le droit humanitaire. En: **Revue Générale de Droit International Public**, París, Ed. Pedone, p. 130-169, 1978.

NATIONS UNIES. Le Statut de Jérusalem: étude établie à l'intention et sous la direction du Comité pour l'exercice des droits inalienables du peuple palestinien. New York: ONU, 1997.

PASCUAL LAGUNAS, Eulalia. Análisis de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre medidas cautelares en demanda Sudáfrica v. Israel por posible genocidio en la zona de Gaza. En: **Asociación para las Naciones Unidas en España**, Barcelona, febrero 2024.

RASGON, Adam. Tiny island nation St. Kitts and Nevis recognizes Palestinian state. En: **The Times of Israel**, Jerusalem, de 30 de julio de 2019.

RAVENTÓS NOGUER, Manuel; DE OYARZÁBAL VELARDE, Ignacio. **Colección de textos internacionales.** t. I. Barcelona: Bosch, 1936.

ROBINSON, Nehemiah. **La convención sobre genocidio.** Traducido por Natan Lerner. Buenos Aires: Omeba, 1960.

ROUSSEAU, Charles. **Derecho internacional público.** 2. ed. Barcelona: Ariel, 1961.

RUIPÉREZ JUÁREZ, Jesús. La definición de represalias en el derecho internacional vigente. En: **Boletín Informativo del Seminario de Derecho político de la Universidad de Salamanca**, Salamanca, Ed. Universidad Salamanca, Fascículo 1, p. 139 a 157, 1963.

SCHAMA, Simon. **La historia de los judíos.** Madrid: Debate, 2024.

SCHUMANN, Erich. **Die repressalie.** Rostock: Universität Rostock, 1927.

SCHÜTZE, Heinrich Albrecht. **Repressalie unter besonderer berücksichtigung der kriegsverbrecherprozesse.** Berlín / Bonn: Röhrscheid, 1950.

SEGURA I MÁS, Antoni; MONTERDE MATERO, Oscar. **El interminable conflicto en Israel y Palestina.** Madrid: Síntesis, 2018.

STERNHELL, Zeev. **Orígenes de Israel**: las raíces profundas de una realidad conflictiva. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2013. Edición original: *Aux Origines d'Israël*: entre nationalisme et socialisme. París: Fayard, 1996 y 2004.

STIEL, Paul. **Der tatbestand der piraterie nach geltendem völkerrecht**: unter vergleichender berücksichtigung der landesgesetzgebungen. (staats-und völkerrechtliche abhandlungen VI.4). Berlín: Duncker & Humblot, 1905.

STONE, Julius. **Aggression and world order**: a critique of the United Nations theories of aggression. Londres: Stevens, 1958.

SUÁREZ, Luis. **Historia de los judíos**. Madrid: Planeta, 2020.

TESSLER, Mark. **A history of the Israeli-Palestinian conflict**. Bloomington (Indiana): Indiana University Press, 1994.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. El nuevo conflicto armado palestino-israelí y el Derecho internacional. En: **Diario La Nueva España**, Oviedo, martes 31 de octubre de 2023.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. La guerra y el derecho internacional: a propósito de la agresión de Rusia a Ucrania. En: **Anales de la Real Academia de Doctores de España**, Madrid, Ed. Real Academia de Doctores de España, volumen 7, núm. 1, 2022.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Los derechos humanos como norma jurídica primaria y fundamental: del pesimismo a una lejana esperanza. En: PINTO FONTANILLO, José Antonio; SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel (Coordinadores). **Los derechos humanos en el siglo XXI**: en la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración. v. 2. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, 2020.

TORRES UGENA, Nila. **Textos normativos de derecho internacional público**. 3. ed. Madrid: Cívitas, 1992.

TORRES UGENA, Nila. **Textos normativos de derecho internacional público**. 13. ed. Madrid: Cívitas, 2012.

TOURET, Corinne. **La piraterie au vingtième siècle**: piraterie maritime et aérienne. París: LGDJ, 1992.

TUCKER, Robert W. Reprisals and self-defence. En: **American Journal of International Law**, Cambridge, Ed. Cambridge University Press, v. 66, p. 586-595, 1972.

VALLARTA MARRÓN, José Luis. El derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado: ¿se justifica una interpretación extensiva para incluir medidas preventivas y punitivas?: una visión israelí. En: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Ciudad de México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, v. 9, p. 69-115, enero 2009.

VALLARTA MARRÓN, José Luis. La incorporación del crimen de agresión en el estatuto de la Corte Penal Internacional. En: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Ciudad de México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 11, 2011.

VALLARTA MARRÓN, José Luis. Legítima defensa: ¿es imprecisa la Carta de las Naciones Unidas o interpretaciones amañadas la deforman?: ¿es defensa preventiva contra el terrorismo una norma in statu nascendi? En: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Ciudad de México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 8, p. 955-984, 2008.

VENEZIA, Jean-Claude. La notion de représailles en droit international public. En: **Revue Générale de Droit International Public**, París, Ed. Pedone, v. 64, p. 465-498, jan./dec. 1960.

VERDROSS, Alfred. **Derecho internacional público**. Traducido de la 5ª ed. alemana por Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1976.

VILARIÑO PINTOS, Eduardo. **Curso de derecho diplomático y consular**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

VON LISZT, Franz. **Derecho internacional público**. Traducido por Domingo Miral. Barcelona: Gustavo Gili, 1929.

WALZ, Gustav Adolf. **Esencia del derecho internacional y crítica de sus negadores**. Traducido por A. Truyol Serra. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943.

WEIR, Alison. **La historia oculta de la creación del Estado de Israel**. Madrid: Capitán Swing, 2021.

WEISS-ROSMARIN, Trude. **Jerusalem**. Nueva York: Philosophical Library, 1950.

WILLIAMS, L. F. Rusbrook. **The state of Israel**. Londres: Faber, 1957.

WRIGHT, Quincy. The concept of aggression in international law. En: **American Journal of International Law**, Cambridge, Ed. Cambridge University Press, v. 29, Issue 3, p. 373-395, 1935.

YOURCENAR, Marguerite. **Memorias de Adriano**. Traducido por Julio Cortázar. Buenos Aires: Sudamericana, 1955.

YOURCENAR, Marguerite. **Mémoires d'Hadrien**. París: Plon, 1951.

ZHUKOV, G. P. **Varshavski dogovor i voprosi mezhdunarodnoi bezapasnosti**. Moscú: Sofsekgiz, 1961.

ZOUREK, Jaroslav. La Définition de l'agression et le droit international: développements récents de la question. En: **Recueil des Cours de l'Académie**

de Droit International de La Haye, París, Ed. Brill-Nijhoff, v. 92, p. 755-887, 1957.

Submissão em: 10 de setembro de 2024

Último Parecer favorável em: 12 de dezembro de 2024

Como citar este artigo científico

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Consideraciones sobre aspectos jurídico-políticos presentes en el nuevo conflicto armado Hamás-Israel vistos desde el prisma del derecho internaciona. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 3, p. 128-167, set.-dez. 2024.

DESARROLLOS NORMATIVOS EN EL AMBITO ESPACIAL: PERSPECTIVAS FUTURAS

REGULATORY DEVELOPMENTS IN SPACE: FUTURE PERSPECTIVES

MARÍA DEL LUJÁN FLORES¹

CARLOS SAPRIZA²

RESUMEN

El mundo contemporáneo es testigo de una verdadera revolución en el ámbito espacial, aumenta el número de actores, cambia la gobernanza y las actividades se multiplican. Las repercusiones se manifiestan a nivel socio político, económico y jurídico. El derecho espacial se ve enfrentado a los retos planteados por derechos nacionales y nuevos desarrollos normativos como los Acuerdos Artemisa que desafían algunos de los principios recogidos en los grandes tratados del espacio. Se vislumbran conflictos cuya resolución requiere de un adecuado y eficaz sistema de arreglo pacífico de controversias con el objetivo de asegurar un justo equilibrio en la comunidad internacional, los derechos de las generaciones presentes y futuras y la preservación de la paz fin primordial a proteger. Sin embargo, también resulta necesario tomar en cuenta la evolución de la cooperación internacional, con desarrollos como los ODS. El principio de cooperación se reconoce y expande a las distintas esferas de la actividad humana. En el espacio su aplicación va de la mano con el concepto de patrimonio común de la humanidad. De allí que en un futuro no tan lejano habrá que dar forma al régimen que se anuncia en el inciso 5 del artículo 11 del Acuerdo sobre la Luna.

Palabras claves: actividades comerciales, recursos espaciales, sistema de solución pacífica de controversias, cooperación, patrimonio común de la humanidad.

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Doctora en Diplomacia, Profesora de Derecho Internacional Público, fue Asesora Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Embajadora del Uruguay. Miembro del HILADI. *E-mail:* maria_flores_n@hotmail.com

² Doctor en Derecho, Master en Integración, Sub Director General de Cooperación del Ministerio de Relaciones Exteriores, Coordinador de la Unidad de Análisis Estratégico, MREE, Uruguay. Miembro del HILADI.

ABSTRACT

Human activities in space are facing revolutionary changes. The number of actors is increasing, governance is changing and activities are multiplying, with important repercussions at the socio-political, economic and legal level. Space law is faced with the challenges posed by national law and new regulatory developments such as the Artemis Agreements that challenge some of the principles contained in the major space treaties. Conflicts are looming. An adequate and effective system of peaceful settlement of disputes is needed. It should aim to ensure a fair balance in the international community between the rights of present and future generations and the preservation of peace. It is also necessary to take into account the evolution of international cooperation. The principle of cooperation with many of its recent developments like the SDG will probably be applied to the different spheres of human activity in space. In space, its application goes hand in hand with the concept of the common heritage of humanity. Hence, in the not-so-distant future it may contribute to give shape to the regime announced in paragraph 5 of article 11 of the Agreement on the Moon.

Keywords: commercial activities, space resources, peaceful dispute resolution system, cooperation, common heritage of mankind.

1 INTRODUCCIÓN

El siglo XXI se ha caracterizado por la producción o materialización de grandes cambios y el sector espacial es un ejemplo paradigmático de ello. El proceso iniciado décadas atrás determinó que paulatinamente nuevos actores adquirieran protagonismo, produciéndose una ampliación y diversificación de las actividades con nuevas áreas de interés abordadas y un cambio apreciable de la gobernanza. La gobernanza espacial tiende a un modelo policéntrico, descentralizado, con posible fragmentación y aparición de nuevos regímenes (TEPPER, 2022, p. 485-558). Los avances científicos y tecnológicos son aplicados a los distintos campos del quehacer humano obteniéndose significativos beneficios.

El espacio deja de estar reservado exclusivamente para la exploración, investigación o el ámbito militar y de seguridad para vincularse a múltiples esferas. En este sentido son ilustrativos los informes de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (COPUOS) que periódicamente hacen referencia a los beneficios derivados de la tecnología espacial cuyo espectro se amplía para abarcar campos como la medicina, biología, industria, astronomía, agricultura, geología, cartografía, la aviación, el transporte terrestre y marítimo, la utilización del suelo para el desarrollo urbano y rural, la robótica, la gestión de desastres, la protección ambiental, el turismo, entre muchas otras, con el propósito de alcanzar en gran parte de ellas, más allá de las ventajas económicas, objetivos sociales y humanitarios que tiendan al

desarrollo sostenible y a la mejora de la calidad de vida de los seres humanos. Un aporte relativamente reciente lo constituye la Agenda “Espacio2030” y su plan de aplicación. En ella el espacio es abordado como motor del desarrollo sostenible y se reconoce la contribución de las actividades espaciales y las herramientas espaciales al logro de las agendas mundiales. Fomenta el fortalecimiento de la cooperación internacional en el espacio ultraterrestre y su utilización en pro del desarrollo sostenible de la humanidad (Doc. AGONU A/AC.105/2021/WG2030/L.1 de 31/8/2021).

En los inicios de la carrera espacial los Estados eran los únicos o primordiales actores pero con el transcurso del tiempo y el incremento de la actividad civil y comercial otros nuevos emergen. Se constata la presencia de empresarios, inversores, aseguradores y banqueros cada vez más interesados en un espacio que es percibido como un nuevo mercado donde el desarrollo de las actividades espaciales se relaciona directamente con la capacidad de retorno económico de las inversiones en ese campo. El marco jurídico permitió esta realidad ya que como resultado de las posiciones antagónicas de Estados Unidos y la Unión Soviética enfrentadas en sus orígenes se adoptó una solución transaccional que si bien permitirá la actividad privada en el espacio el Estado será responsable internacionalmente en virtud de su obligación de autorizar y fiscalizar dicha actividad.

El derecho espacial incrementa notablemente su ámbito de regulación al crecer las actividades espaciales comerciales y participar en forma creciente empresas del sector privado dándose al mismo tiempo un cambio paulatino en el papel que desempeñan los Estados en la actividad espacial. Aparece así una fuente de regulación de los derechos y deberes entre los principales sujetos dedicados a la explotación comercial del espacio exterior, los contratos y otros acuerdos celebrados entre los participantes de las actividades espaciales. La legislación nacional de algunos Estados se enfoca en regular la actividad del sector privado espacial ya que el derecho internacional espacial se centró en las actividades desarrolladas por los sujetos de derecho internacional, Estados y organizaciones internacionales.

Esta revolución que se opera en los hechos tiene repercusiones a nivel socio político y jurídico. El desafío al que se enfrenta el derecho internacional espacial es muy grande, a tal punto que surgen cuestionamientos relativos a la naturaleza del derecho a regir las actividades que se desarrollan o se pretenden emprender en un futuro cercano en el espacio. Hay que contar con garantías para el mantenimiento de una utilización pacífica del espacio exterior y soluciones frente a posibles conflictos. A nadie escapa el debate que suscita la regulación de las actividades comerciales en este ámbito y la polémica instalada respecto a la extracción o no de recursos espaciales, a su explotación, por mencionar uno de los temas álgidos en este momento. Dado que la paz es un bien primordial a proteger, en un mundo que tiende cada vez más al multipolarismo y al incremento del número de potencias espaciales, se hace necesario poder recurrir a un adecuado y eficaz sistema de solución pacífica de controversias que asegure un justo equilibrio entre quienes integran la comunidad internacional. Más

allá de la interpretación que se haga del espacio como patrimonio común de la humanidad, lo cierto es que este bien común mundial se vincula a todos y cada uno de los integrantes de la sociedad internacional.

2 EL ESTADO ACTUAL DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS

En el tratamiento de las controversias vinculadas al espacio exterior se produjo una evolución caracterizada en una primera etapa por el abordaje diplomático y sólo excepcionalmente recurriendo a la vía jurisdiccional, al arbitraje. A medida que los actores privados fueron irrumpiendo en el escenario internacional a través de la explotación comercial del espacio, se generalizaron los contratos, cada vez más complejos, conteniendo cláusulas para evitar los litigios basadas en el principio del reparto o distribución de riesgos.

La preferencia ha sido la de prevenir el conflicto o de negociar la solución sin intervención de terceros, jugando los seguros un importante papel. Con la multiplicación de las controversias el recurso al arbitraje se incrementó, siendo motivo de análisis la conveniencia o no de contar con procedimientos arbitrales específicos. Inclusive en Dubai se ha creado un Tribunal del Espacio para abordar los litigios comerciales provenientes de la actividad espacial como en los casos de colisiones entre dispositivos en órbita o las discrepancias relativas a la compra de satélites, entre otros.

Lo que a nuestro entender revela es la pertinencia de ir más allá de la previsión de medios no jurisdiccionales para la solución de controversias espaciales y definir con precisión su funcionamiento.

En los tratados de las Naciones Unidas sobre el espacio ultraterrestre no se prevén mecanismos vinculantes para la solución de controversias. En el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (Tratado del Espacio) los artículos III y IX se refieren a la solución de controversias. Si bien hay una remisión al Derecho Internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas cuyo artículo 33 prevé distintas vías de solución, la obligación radica en someter las controversias pero no en resolverlas. Asimismo para poder recurrir a medios jurisdiccionales como el sometimiento del diferendo a la Corte Internacional de Justicia, se requiere que las Partes acepten la jurisdicción del Tribunal.

Aunque el mencionado artículo IX establece una obligación de cooperar y de asistencia mutua entre las Partes con relación a los daños que puedan causarse, en particular los ambientales, la terminología carece de la necesaria precisión dando lugar a variadas interpretaciones.

A vía de ejemplo cuando se establece que los Estados harán estudios e investigaciones del espacio exterior y procederán de manera de no contaminar ni producir cambios desfavorables en el medio ambiente, se hace alusión a

una “contaminación nociva” siendo muy discutible que haya contaminación que no sea nociva. En ese mismo artículo se prevé que cuando sea necesario se adoptarán las medidas pertinentes, pero no se especifica quién juzga o determina la pertinencia de éstas, cuáles serán, ni por qué período. Incluso en otro párrafo se hace referencia a las consultas internacionales sobre la actividad o experimento con probabilidades de causar daños, pero la utilización de este procedimiento tampoco asegura ninguna solución.

En el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Convenio sobre Responsabilidad) existen una serie de disposiciones sobre la ley aplicable para las reclamaciones de reparación (art. XII) y la solución pacífica de controversias (art. XIX). Según el artículo XIV cuando han fracasado las negociaciones diplomáticas para obtener compensación por daños (art. IX), transcurrido un año a partir de la notificación de la reclamación, a instancia de cualquiera de las Partes podrá constituirse una Comisión de Reclamaciones. Esta adoptará sus decisiones por mayoría de votos (inc. 5 art. XVI). Sin embargo su decisión definitiva según el artículo XIX (2) tiene naturaleza recomendatoria, salvo acuerdo en contrario de las Partes.

El Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes prevé en su artículo 15 un sistema de consultas, las cuales deben celebrarse una vez planteada la solicitud, pero no hay obligación de llegar a una solución. En caso de no llegar a una solución mutuamente aceptable se podrá solicitar la asistencia del Secretario General de las Naciones Unidas. La disposición plantea también en caso de que la controversia no se resuelva a través de las consultas, una libre elección de medios pacíficos.

El *corpus juris spatialis* se integra además con un conjunto de principios y declaraciones de las Naciones Unidas adoptadas con posterioridad que ha ido incrementándose. Estas normas que en sus orígenes carecían de fuerza vinculante, integrando el denominado “soft law”, pueden en virtud de la forma en que se adoptaron y de su concordancia con la práctica consuetudinaria producir efectos en la formación del Derecho Internacional.³ Es decir que una resolución conteniendo principios puede declarar normas consuetudinarias vigentes, cristalizar una norma consuetudinaria en vías de formación o dar origen a una norma consuetudinaria si la práctica de los Estados confirma su valor jurídico.

De esta manera el instrumento adquiere obligatoriedad. En tres grupos de Principios adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas relativos a la utilización de satélites de la Tierra para las transmisiones internacionales

³ La posición que sostiene que instrumentos de “soft law” como las Directrices de Mitigación de Desechos Espaciales se ha convertido en derecho internacional consuetudinario no es universalmente compartida. En este sentido Paul Dempsey (2022) cita una serie de autores que objetan que Principios contenidos en códigos de conducta puedan ser o se hayan convertido en derecho internacional consuetudinario, ya que la práctica seguida se señala no cumple con los requerimientos necesarios para su formación. Afirman que la complejidad de las actividades espaciales ha sobrepasado los métodos tradicionales de elaboración del derecho tal como lo prevé el artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el concepto de *soft law* facilita la cooperación al superar las formalidades en la elaboración del derecho creando estabilidad.

directas por televisión, a la teleobservación de la Tierra desde el espacio y sobre la utilización de fuentes de energía nuclear, se incluyen previsiones sobre el arreglo pacífico de controversias⁴.

Sin embargo estas disposiciones no implican ningún desarrollo a las previsiones que existían en los tratados sobre el espacio exterior, en última instancia refieren a la posibilidad de elegir cualquiera de los medios pacíficos enumerados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

Para ciertos sectores del derecho espacial internacional se han celebrado instrumentos jurídicos que prevén también el arreglo de controversias. Es el caso del Acuerdo Intergubernamental relativo a la cooperación sobre la Estación Espacial Internacional (IGA) que involucra a un grupo de Estados y Agencias Espaciales. El acuerdo original celebrado el 29 de septiembre de 1998 fue luego sustituido por otro de 29 de enero del mismo año que entró en vigor el 27 de marzo del 2001. Su artículo 23 contempla la realización de consultas para atender a cuestiones que se planteen entre quienes son parte del Acuerdo. Si a través de las consultas no se logra la solución el asunto podrá someterse a un procedimiento acordado para la solución de controversias, como la conciliación, la mediación o el arbitraje.⁵ Si bien el marco jurídico que regula el funcionamiento de la estación espacial (EEI) contiene varios elementos innovadores en lo relativo a jurisdicción o derechos de propiedad intelectual particularmente en los instrumentos bilaterales que se adoptaron, ello no ha ocurrido con respecto al arreglo pacífico de controversias.

3 LA NUEVA NORMATIVA. LOS ACUERDOS ARTEMISA

En las últimas décadas se han gestado cambios en el ámbito espacial, caracterizados por varios elementos, por un lado el incremento de actores, tanto Estados, como organizaciones y un sector privado cada vez más interesado en llevar a cabo actividades en ese espacio. El interés está orientado a la explotación comercial, lo cual en cierta medida coincide con el objetivo de algunos Estados que, conscientes del alto costo que implica la actividad espacial, buscan capitalizar de esa forma su presencia en el espacio. Se conjugan así objetivos políticos y económicos ya que con la movilización de capitales privados y la competencia que surge, aumenta la eficacia en el ámbito espacial. Gran parte del interés que mueve este accionar cada vez más próximo, radica en el valor de los recursos naturales del espacio, así como de los beneficios de posibles emprendimientos como lo es el incipiente turismo espacial. Por otro lado, se

⁴ Principio E de los Principios que han de regir la utilización por los Estados de satélites artificiales de la Tierra para las transmisiones internacionales directas por televisión. Res. AGONU 37/92 de 10/12/1982.

Principio XV de los Principios relativos a la teleobservación de la Tierra desde el espacio. Res. AGONU 41/65 de 3/12/1986.

Principio 10 de los Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre. Res. AGONU 47/68 de 14/12/1992. UN Doc. A/AC.105/572/Rev.1.

⁵ Disponible en: <<https://datadipuy.com/acuerdo-intergubernamental-de-cooperacion-sobre-la-estacion-espacial-civil-internacional>>.

percibe una aprobación cada vez mayor de legislación nacional en distintos Estados que responde en cierta medida al objetivo de estimular la actividad del sector privado en el espacio, al tiempo que en el ámbito internacional, se adoptan instrumentos jurídicos fuera de la COPUOS.

Tradicionalmente la gobernanza de las actividades espaciales se desarrolló de forma multilateral, en el seno de la COPUOS utilizando como método el consenso en la aprobación de los distintos instrumentos jurídicos. Primó una vocación universalista, donde se plasmaron los grandes principios y enfoques solidarios y período tras período se exhorta a que sean parte del corpus juris spatialis el mayor número posible de sujetos de derecho internacional. Pero en el tiempo se perciben cambios, no sólo en la dificultad de aprobar instrumentos universales de naturaleza vinculante sino que se procura reinterpretar los existentes y aquellos que se celebran distan de tener este carácter sino que más bien responden al interés de grupos de Estados como lo son los Acuerdos Artemisa. Esta visión coincide o es compatible con las legislaciones nacionales dictadas a vía de ejemplo por Estados Unidos, la U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, H.R. 2262 de 25 de noviembre de 2015 (Space Act) (UNITED STATES, 2015).⁶

Luego la Orden Ejecutiva de abril de 2020 procura a través del Departamento de Estado incentivar acuerdos con otros Estados relativos a operaciones seguras y sostenibles para la recuperación y uso de los recursos espaciales. Inclusive con posterioridad la Administración Nacional de Aeronáutica y el Espacio (NASA) en el marco del Programa Artemis habría estructurado un sistema de compra de recursos lunares producto de las actividades del sector privado (NASA, 2020, p. 28-29). Esta ley (Space Act) es la que ha dado inicio al “New Space” según el cual las agencias espaciales ya no son las únicas que invierten en el sector espacial sino que a ellas se suman cientos de empresas privadas en su mayoría estadounidenses en la conquista del espacio, configurándose una nueva visión. Este concepto tuvo una versión modificada en lo que se denominó la forma china del “New Space”, con la aparición de actores comerciales, que en lugar de un estatuto privado impulsaban inversiones correspondientes a la noción de capital social (SÉNÉCHAL-PERROULAT, 2021, p. 149-171).

Otros Estados como Luxemburgo también adoptaron una legislación interna tendiente a promover inversiones de la industria espacial, con un criterio incluso más abierto que el de Estados Unidos al aceptar por vía de acuerdo el dar cobertura no sólo a empresas luxemburguesas sino a sociedades europeas con sede en Luxemburgo.⁷ Ejemplos estos que se trasladan a otras regiones

⁶ El Título IV relativo a la exploración y utilización de los recursos del espacio proporciona un fundamento comercial a empresas mineras, desincentiva barreras gubernamentales a la exploración y recuperación comercial de los recursos espaciales por ciudadanos estadounidenses bajo la supervisión gubernamental. Afirma que cualquier ciudadano estadounidense que participe en esas actividades tiene derecho a cualquier recurso espacial que obtenga, incluida la posesión, propiedad, transporte, uso y venta conforme al derecho de los Estados Unidos. Se agrega que a través de esta ley Estados Unidos no está afirmando su soberanía, derechos soberanos o exclusivos, jurisdicción o propiedad sobre ningún cuerpo celeste.

⁷ Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace. Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, Mémorial A, n.674, 28/7/2017.

donde surgen nuevos o potenciales actores, como es el caso de Emiratos Árabes Unidos que aprobó en 2019 una ley autorizando la explotación y utilización de los recursos espaciales comprendiendo su adquisición, venta, transporte, almacenaje, entre otros. La extracción de recursos espaciales está autorizada según la interpretación hecha por ese país del derecho internacional y estos pueden pertenecer a las entidades privadas que los extrajeron.⁸ Japón aprobó una ley según la cual una vez sometido el plan de explotación a las autoridades, se autoriza la posesión de los recursos espaciales a quien los extrajo⁹ y China en su reglamentación sobre la gestión de muestras lunares cubre un amplio espectro de posibilidades, almacenaje permanente, investigación, entre otros (CHINA, 2021).

Si la adopción de este tipo de legislaciones se generaliza, se podría producir un fenómeno de competencia entre las legislaciones para captar a los operadores privados que probablemente en la búsqueda de maximizar sus beneficios incurran en el denominado *forum shopping*. Esta práctica amenaza la coherencia¹⁰ del orden jurídico espacial favoreciendo la multiplicación de centros y concurrencia entre Estados en favor de sus empresas. Ello sin perjuicio de que la ley nacional presenta una clara limitación pues no puede ser invocada contra los otros Estados. Además una proliferación de enfoques no necesariamente complementarios o compatibles con el derecho internacional puede provocar su fragmentación. De allí que se ha afirmado que si estas leyes buscan proteger a la industria emergente y estimular las discusiones internacionales no pueden constituir una decisión que perdure en el tiempo (MASSON-ZWAAN, 2021, p. 311-328).

El común denominador de las mencionadas legislaciones es buscar que el marco jurídico nacional permita la explotación comercial de operadores privados de los recursos espaciales, en contraposición al marco internacional que sienta el principio de no apropiación del espacio ultraterrestre y cuerpos celestes. El sutil argumento que busca salvar esta clara objeción es distinguir entre apropiación del recurso de apropiación de la Luna o el cuerpo celeste de donde se extrajo. Ello significa desconocer entre otros conceptos el de patrimonio común de la humanidad y las normas que le sirven de marco para su puesta en práctica. A diferencia de otras corrientes en el plano interno que buscan una articulación entre los órdenes jurídicos interno e internacional y favorecen el desarrollo de la industria espacial al regular servicios e institutos como el de la responsabilidad y reparación de daños causados por esas actividades llevadas a cabo por los sujetos de derecho internacional, este grupo de legislaciones es rupturista con el derecho internacional del espacio contemporáneo. En este sentido, Rass-Masson (2021, p. 137-152) señala que al constituirse las leyes nacionales en una estrategia estatal de comercialización de las actividades

⁸ UAE Federal Law n.º 12 of 2019 on the Regulation of the Space Sector, 19/12/2019, corresponding to 22 Rabi' Al-Akhar 1441 H.

⁹ Law Concerning the Promotion of Business Activities Related to the Exploration and Development of Space Resources (FOUST, 2021).

¹⁰ El concepto de coherencia no implica ignorar la complejidad del derecho, sino que esta debe funcionar ante la presencia de intereses en conflicto, es frente a estas situaciones que debe operar (RADI, 2020, p. 105-126).

espaciales, la privatización de estas actividades conduce a una privatización del derecho del espacio. De allí que si las leyes nacionales se transforman en fuente de un nuevo orden jurídico internacional por ser la base de acción del operador comercial, se marginaliza al derecho internacional con las consecuencias que ello trae aparejado.

El derecho del espacio ultraterrestre es esencialmente interetático donde la exploración y conquista espacial era una prerrogativa del poder soberano. Como se ha señalado, los instrumentos del derecho internacional espacial se aplican a Estados y parcialmente a las organizaciones intergubernamentales que han declarado su aceptación de los derechos y obligaciones, pero no se refieren directamente a los derechos y obligaciones de las personas privadas naturales o jurídicas (HERMAN; SOUCEK, 2017, p. 213). Pero ello no significa que no existan normas vinculadas a la actividad de las empresas, como ocurre con el artículo VI del Tratado del Espacio de 1967, pero estas son secundarias, sin una consecuencia jurídica inmediata. La pertinencia de incorporar activamente al sector privado en el marco jurídico del derecho espacial fue puesta de manifiesto en el informe del Grupo de Trabajo encargado de elaborar la Agenda “Espacio 2030” al expresarse la importancia de una asociación mundial y del fortalecimiento de la cooperación entre Estados, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, las empresas y las entidades del sector privado.¹¹ El tema escapa a los límites del presente trabajo pero debe ser abordado en el marco de la legislación internacional vigente.

El espacio constituyó desde los inicios de la carrera espacial un escenario de exteriorización del poder, ligado a la defensa, la estrategia, la investigación científica, la relación entre los sujetos de derecho internacional, los beneficios económicos entre otros elementos. El derecho no puede escapar a la política y el derecho espacial no es la excepción. Su historia presenta particularidades, anticipaciones a los hechos, organización en torno a grandes principios, cristalización acelerada de costumbres y también retrasos o lagunas. Es muy conocida la regla residual de la libertad, regla de oro, según la cual todo lo que no está prohibido está permitido, ella puede inferirse del Caso Lotus ante la Corte Permanente de Justicia Internacional (Caso Lotus CPJI Rep. Serie A N.º 10, 30).

Más allá de las dificultades que este principio plantea particularmente en cuanto a su indeterminación y a su inutilidad en caso de conflicto de libertades (KOSKENNIEMI, 2020, p. 51), la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre “La legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares habría reducido el campo de aplicación de la regla al expresar que “lo que no está expresamente prohibido por el derecho internacional no está permitido”, por lo que la ausencia de norma en el espacio ultraterrestre implicaría una laguna y la acción de los Estados y de los operadores privados no podría medirse a la luz del derecho positivo. Siguiendo el razonamiento, en caso de ausencia de norma en el derecho espacial, sólo una abstención por parte de los Estados garantizaría la licitud de su acción (BORIES, 2021, p. 15-64).

¹¹ Informe del Grupo de Trabajo a la Agenda “Espacio 2030” anexo al Informe de la COPUOS 62 sesión junio 2019. Doc. AGONU A/74/20 p. 52.

Este es el gran desafío al que se ve enfrentado el derecho espacial, vacíos que muchas veces buscan llenarse con normas nacionales que pueden ser incompatibles entre sí. Es cierto que el derecho dentro de sus roles cumple un papel instrumental al tratar de realizar los valores políticos, intereses y preferencias de los actores internacionales. Pero el derecho internacional también crea y delimita el poder, ofrece un lenguaje para defender tanto prácticas hegemónicas como no hegemónicas. Como bien señala Koskenniemi (2020, p. 264-265) también constituye un patrón para criticar y controlar a quienes detentan posiciones de poder.

En octubre de 2020 tuvo lugar un nuevo desarrollo normativo, los Acuerdos Artemisa, publicados por la NASA como fundamento del Programa Artemis originado en 2017 a raíz de la Directiva Presidencial 1¹² en 2024, realizar una exploración sostenible del satélite, con un campamento base en su Polo Sur y una estación espacial en su órbita, lo que constituye una etapa previa para el envío de misiones tripuladas a Marte (NASA, 2020).

La iniciativa fue de los Estados Unidos, canalizada a través de la NASA¹³, con la participación de Australia,¹⁴ Canadá, Italia, Japón, Luxemburgo, Emiratos Árabes Unidos y el Reino Unido. A esta alianza internacional luego se le fueron sumando otros Estados, siendo al 13 de diciembre de 2022 veintitrés¹⁵. Los Acuerdos hacen referencia a los principios fundamentales de derecho internacional a los que las actividades que se desarrollen deberán ceñirse así como a las buenas prácticas. A través de distintos acuerdos bilaterales se establece también en forma precisa la cooperación de la NASA con agencias espaciales particulares.

Cabe señalar que el Representante Permanente de Estados Unidos ante ONU dirigió una nota al Secretario General de la Organización el 30 de diciembre de 2020 solicitando la circulación de los acuerdos a los Estados miembros de la ONU precisando que no serían registrados como tratados o acuerdos internacionales en virtud del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas (Doc. ONU. A/75/699 de 7/1/2021).

¹² En ella la Administración Trump instruyó a la NASA liderar el retorno de los seres humanos a la Luna para una exploración y explotación a largo plazo. En consecuencia, la NASA inició el Programa Artemis.

¹³ La NASA es socia del Programa Artemis junto con la Agencia Espacial Polaca, la Agencia Japonesa de Exploración Aeroespacial, la Agencia Espacial Brasileña, la Agencia Espacial Canadiense, el Instituto Coreano de Investigación Aeroespacial, la Agencia Espacial de Luxemburgo, la Agencia Aeroespacial de Nueva Zelanda, la Agencia Espacial de Ucrania, la Agencia Espacial del Reino Unido, la Agencia Espacial Italiana, la Agencia Espacial Australiana y la Agencia Espacial de Emiratos Árabes Unidos.

¹⁴ Australia es parte del Acuerdo sobre la Luna, adoptado por consenso en la COPUOS en 1979, el cual designa a la Luna y sus recursos como patrimonio común de la humanidad. Tanto Australia como posteriormente México son parte de los Acuerdos Artemis y del Acuerdo sobre la Luna. Como pueden formar parte de ambos acuerdos, simultáneamente, participar en instrumentos que contienen disposiciones que se contradicen en una pregunta a formularse. Tronchetti y Liu señalan varias inconsistencias al respecto, por lo que concluyen refiriéndose al caso de Australia, que sería aconsejable que se clarificara la posición en cuanto a la participación simultánea en ambos instrumentos para evitar desacuerdos con terceros países (OSADA, 2021).

¹⁵ Disponible en: <[cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/signatories-of-the-us-led-artemis-accords-meet-in-person-for-the-first-time](https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/signatories-of-the-us-led-artemis-accords-meet-in-person-for-the-first-time)>.

Los Acuerdos Artemisa constan de un preámbulo y trece secciones donde se recogen una serie de principios a aplicarse a las actividades civiles en el espacio que lleven a cabo los signatarios de los instrumentos, en la Luna, Marte, asteroides, los puntos de Lagrange para el sistema Tierra-Luna y en el tránsito entre estos cuerpos celestes y localizaciones. A través de la aplicación de esos principios se procura una mejor gobernanza en la exploración y uso del espacio y aumentar la seguridad de las operaciones. En la búsqueda de establecer una visión común en la utilización de la Luna y otros cuerpos celestes es que se recurre a un conjunto de principios, guías y prácticas recomendadas. Los principios se implementarán mediante mecanismos de planificación y contractuales con entidades que actúen en nombre de los signatarios y se prevén consultas periódicas para revisar su aplicación e intercambiar opiniones acerca de otras potenciales zonas de exploración.

Una característica de los acuerdos es ser operacionales y más allá de la polémica que supone la explotación comercial de los recursos, introduce un concepto controvertido como lo es el de “zona de seguridad” que un Estado que forme parte de los acuerdos puede declarar. Según la sección 11 estas zonas revisten carácter informativo, a fin de evitar interferencias. Hay un compromiso de respetar el principio de libre acceso a todas las áreas de los cuerpos celestes y de ajustar el uso de las zonas de seguridad en el tiempo. Como bien se ha dicho en la práctica pueden ser zonas de exclusión y erosionar la prohibición de no apropiación del artículo II del Tratado del Espacio. Además, puede darse en ciertos casos como el de los recursos lunares una concentración en áreas específicas de interés para los Estados y otros actores que produzcan más interferencias perjudiciales que beneficios que pretenden evitar (MOVILLA PATEIRO, 2021, p. 285-310).

Mediante una técnica jurídica que se calificó de original similar a la que se utilizó para el establecimiento de la Estación Espacial Internacional, se buscó superar los obstáculos en la elaboración de un nuevo tratado, obviar los debates en la COPUOS, dar respuesta al interés de la industria espacial, mediante declaraciones conjuntas, acuerdos bilaterales y multilaterales entre Estados, proponiendo un instrumento intermedio entre los acuerdos bilaterales y multilaterales sobre la base del voluntarismo enunciado en principios que según algunos juristas conforman un nuevo orden espacial internacional (RAPP, 2021, p. 67-97). Así se recogen una serie de principios, los propósitos pacíficos, la transparencia para reducir asimetrías de la información logrando mercados más competitivos y eficaces, la interoperabilidad para acceder a las infraestructuras espaciales, la asistencia de emergencia, el registro de objetos espaciales, la divulgación de datos científicos previa coordinación entre los signatarios, la protección del patrimonio, recursos espaciales, reducción voluntaria de riesgos de conflictos en el espacio a través de las denominadas “zonas de seguridad” y las previsiones sobre eliminación de desechos espaciales. Los signatarios se comprometen a eliminar los desechos provenientes de la minería o al menos convertirlos en inocuos. Cada empresa minera sería responsable de la eliminación de sus propios desechos. Sin embargo, la eliminación de los desechos se contempla sólo hasta lo que sea posible.

La mayoría de estos principios no son nuevos, pero han sido reinterpretados o modificados. Las críticas se centraron en que un grupo de países puedan apropiarse de recursos que integran el patrimonio de la humanidad. El espacio como patrimonio de la humanidad se traduce en un bien común y los recursos son parte de ese bien común.¹⁶ La exploración y utilización del espacio, la Luna y otros cuerpos celestes deben hacerse en provecho e interés de todos los países e incumben a toda la humanidad según el artículo I del Tratado del Espacio. Se garantiza el libre acceso de todos a cualquier área de la Luna. Los artículos XI y XII prevén las consultas internacionales previas a la utilización de la Luna, unas disposiciones imprecisas pero que reflejan la sujeción al derecho internacional. El espacio como bien común puede ser sobreexplotado y dar lugar a la denominada “tragedia de los comunes”, situación que debe evitarse a través de la normativa adecuada, jugando la cooperación un papel fundamental, a través de la COPUOS (LARSEN, 2021, p. 1-49).

Asimismo en relación a los principios, se señaló que faltan sanciones o medidas coercitivas para disuadir a Estados, agencias o al sector privado que participe en las actividades en caso de incumplimiento. La transparencia que se menciona también fue objetada ya que hay una reserva al derecho a comunicar y divulgar al público la información por parte de los signatarios. El compromiso de compartir abiertamente datos científicos no se aplica al sector privado a menos que dichas operaciones se realicen en nombre de un signatario. Esto puede desembocar en un conflicto y en una situación de desigualdad en materia espacial en relación a aquellos países que tienen dificultad al acceso a la tecnología espacial. Al explotarse los recursos espaciales y no contar con un sistema en que los beneficios redunden en la comunidad internacional pueden también presentarse conflictos, cuya resolución no está prevista.

Frans von der Dunk al referirse a los Acuerdos Artemis y el cumplimiento de los principios sobre el espacio exterior, la exploración y explotación lunar los clasifica en tres grupos. El primero constituido por la gran mayoría, que según este autor no plantearía problemas legales por reflejar las disposiciones del Tratado del Espacio de 1967. Dentro de ellos menciona el principio de la exploración del espacio para fines pacíficos (art. I y II Tratado del Espacio), el registro de objetos espaciales lanzados (art. Art VIII Tratado del Espacio y Convenio sobre Registro de 1975), la necesidad de proporcionar asistencia de emergencia a los astronautas (art. V Tratado del Espacio y Acuerdo sobre salvamento de astronautas de 1968) y transparencia con respecto a planes y

¹⁶ Asimismo, desarrollando este concepto, el Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes, en su artículo 11.1 expresa que la Luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la humanidad y en el 11.2 establece que la Luna no puede ser objeto de apropiación nacional mediante reclamaciones de soberanía, por medio del uso o la ocupación, ni por ningún otro medio. En el 11.5 los Estados Partes del Acuerdo se comprometen a establecer un régimen internacional, incluidos los procedimientos apropiados que rija la explotación de los recursos naturales de la Luna cuando la explotación esté próxima a ser viable. En el 11.7 d) se hace referencia a una participación equitativa de todos los Estados Partes en los beneficios obtenidos de los recursos, teniendo especialmente en cuenta los intereses y necesidades de los países en desarrollo así como de los países que realizaron la explotación. Esta disposición es una de las que plantea más resistencia del Acuerdo. Sin embargo, lo que se trata es de equidad y no de igualdad. El artículo 1.1 del mismo instrumento extiende la aplicación del Acuerdo a otros cuerpos celestes del sistema solar distintos de la Tierra.

actividades en la Luna y libre intercambio de datos científicos (art. XI Tratado del Espacio). Un segundo grupo de principios que califica de mera aplicación práctica del Tratado del Espacio como la interoperabilidad técnica de los sistemas espaciales, el cumplimiento de directrices voluntarias sobre sostenibilidad de las actividades y la mitigación de los desechos espaciales. Luego menciona un conjunto de principios controversiales.

Dentro de ellos contraponen el respeto y protección de lugares de aterrizaje y misiones lunares robóticas al artículo II del Tratado del Espacio que excluye la aplicación del poder estatal a la Luna porque no es territorio nacional, sino que su exploración y uso incumbe a toda la humanidad. Dentro de esta misma categoría incluye la creación de zonas de seguridad que si bien podrían evitar interferencias perjudiciales (art. IX Tratado del Espacio) no son compatibles con el acceso abierto y el artículo II sobre no apropiación, reivindicación de soberanía, uso u ocupación, del Tratado del Espacio.

Agrega la incompatibilidad del establecimiento de zonas de seguridad frente a terceros no parte de los Acuerdos Artemis. Por último, señala como la situación más compleja el seguimiento de la exploración científica, la que debería beneficiar a la sociedad con los descubrimientos científicos a través de productos y servicios. Ello significa que la exploración lunar también debería incluir los proyectos sobre la minería espacial y utilización de recursos in situ (VON DER DUNK, 2020).

Stephan Hobe al referirse a los Acuerdos Artemis señala como posiblemente socavan al derecho internacional y presentan un desvío de éste.

[...] That treaty (Outer Space Treaty) [...] has up to now provided the legal basis for the exploration and utilization of space. Among other requirements, it specifies that member states must have “free access to all areas of celestial bodies”. In addition, the moon and other celestial bodies are not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means.

The Artemis Accord document seems to take a different approach, as evinced in Section 11, which is by far the lengthiest section. Under the innocuous-sounding title “Deconfliction of Space Activities” it states that the countries subject to the agreements will support development of safety zones, for example around a moon base or where mining activities occur. This is meant to ensure that states do not come into conflict with one another (STIRN, 2020).

4 DESARROLLOS EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Con el incremento de las actividades espaciales, la falta de mecanismos efectivos de solución de controversias fue haciéndose cada vez más evidente. Lo que en las primeras etapas era una preocupación casi académica se tornó en

realidad, lo que determinó que en ciertas áreas como la de tecnologías de uso de sensores remotos, de teledetección, se procurara aplicar procedimientos ágiles para solucionar las controversias. El camino se inició con los Acuerdos de la Organización Internacional de Satélites de Telecomunicaciones (International Telecommunications Satellite Organization - INTELSAT) , de 20 de agosto de 1964 que luego de casi diez años de funcionamiento dio lugar al instrumento definitivo un Acuerdo y un Acuerdo Operativo de 20 de agosto de 1971 que entró en vigor el 12 de febrero de 1973. Son acuerdos de índole práctica referidos al uso del espacio exterior para satélites de comunicaciones. En el Anexo C al Acuerdo se previó un procedimiento de solución de controversias referido al artículo XVIII (entre gobiernos) de dicho instrumento y artículo 20 del Acuerdo Operativo (también interviene el sector privado).

El arbitraje obligatorio sólo se da entre gobiernos y con limitaciones, siendo opcional cuando involucra al sector privado. El sistema instaurado sirvió de antecedente para otros desarrollos en el campo de la solución de controversias espaciales en asuntos concernientes a comunicaciones satelitales, como las aplicadas en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (General Agreement on Trade in Services) y la Organización Mundial del Comercio (World Trade Organization). También la Unión Internacional de Telecomunicaciones (International Telecommunication Union), en el campo de la comunicación vía satélite ha previsto un procedimiento de solución de controversias escalonado en el sentido de que si fracasan los métodos de negociación o aquellos acordados por las partes en un tratado bilateral o multilateral, entre otros, se podrá recurrir al arbitraje.¹⁷

Desde la década de los noventa han habido importantes contribuciones en este tema de parte de distintas entidades vinculadas al derecho espacial, la preocupación del mundo académico se tradujo en mesas redondas, paneles, proyectos de convenciones sobre solución de controversias espaciales, en particular la Asociación de Derecho Internacional (ILA) que en sucesivas conferencias incorporó una serie de principios básicos al proyecto. En 1998 en la 68 ° Conferencia de la ILA se revisó el texto de convención de París al que se le introdujeron pequeñas modificaciones y se adoptó por consenso la Convención sobre Solución de Controversias Relacionadas con Actividades Espaciales (WILLIAMS, 2017, p. 995-1.046).

En diciembre de 2011 el Consejo Administrativo de la Corte Permanente de Arbitraje (PCA) adoptó las Reglas Opcionales para Arbitraje de Controversias Relativas a las Actividades del Espacio Ultraterrestre. Como bien señala Fausto Pocar, Presidente del Grupo Asesor de expertos, ellas respondieron a la necesidad de cubrir lagunas en los mecanismos de solución de controversias disponibles y una forma de ofrecer vías voluntarias de solución en un área única como lo es el espacio, disponible para todas las partes activas en este campo tanto pública como privada. Poseen flexibilidad y libre elección de medios. Ellas no entran en conflicto con las obligaciones previstas en los tratados del espacio y prevén el

¹⁷ Constitución UIT art. 56; Convenio Internacional de Telecomunicaciones art.41; Protocolo Adicional Facultativo al Convenio Internacional de Telecomunicaciones sobre Solución obligatoria de controversias.

arbitraje como un mecanismo basado en el consentimiento de las partes, cuyo resultado final es obligatorio en contraste con el carácter recomendatorio de las decisiones adoptadas en virtud del Convenio sobre Responsabilidad (POCAR, 2012, p. 171-185).

5 LA COOPERACIÓN, SU EVOLUCIÓN E INCIDENCIA EN EL PATRIMONIO COMUN DE LA HUMANIDAD

La evolución de la cooperación internacional marca un camino que, aunque en principio parezca alejado, marca la evolución del derecho internacional en aspectos estrechamente vinculados con la actividad espacial.

Aunque el derecho no es lógico, parece difícil poner el énfasis en los Objetivos de Desarrollo Sustentable o en las características que debe tener la cooperación entre Estados, para luego aprobar un régimen que excluya a los habitantes de los países más pobres de los beneficios directos de la actividad espacial, para dejarlos simplemente con los beneficios indirectos. Existen antecedentes específicos, por ejemplo el relativo a los fondos marinos y oceánicos, que vuelven difícil el afirmar que sería solo a través del beneficio que implica el progreso general que los habitantes de estos Estados podrían ver materializado su derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad. Además, el marco normativo general vigente, en particular el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, es difícil de compatibilizar con esta visión.

Seguidamente analizaremos algunas de las transformaciones más importantes ocurridas a nivel internacional. Resulta importante destacar que estos desarrollos también se inspiran en aquellos que tuvieron lugar en el sistema internacional. En líneas generales, se puede apreciar una tendencia hacia la reducción de las disparidades de ingresos entre los distintos estados (BOLT; TIMMER; VAN ZANDEN, 2014). Estos desarrollos en el terreno económico han tenido su contrapartida en el terreno político. El proceso de descolonización incrementó el peso político del mundo en desarrollo. Las antiguas colonias se transformaron en estados independientes y pasaron a tener presencia en el sistema internacional. Por ejemplo, en la Organización de las Naciones Unidas.

En el terreno jurídico, los cambios políticos impulsaron cambios en aspectos tales como la cooperación internacional. Así, ya en 1948 en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas, comienzan los esfuerzos por tratar el tema de la cooperación para el desarrollo en resoluciones como la A/200 de 1948:

Considerando que los bajos niveles de vida existente en algunos Estados Miembros entrañan consecuencias económica y socialmente perniciosas para los países directamente interesados y para el mundo entero, y producen

una inestabilidad que es perjudicial para el mantenimiento de relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones y para el desarrollo de las condiciones necesarias para el progreso económico y social;
2. Recordando que la Carta de las Naciones Unidas compromete a los Estados Miembros, tanto conjunta como separadamente, a favorecer la elevación de los niveles de vida; (NACIONES UNIDAS, 1948).

Desde el mundo en desarrollo también surgieron propuestas de cambio. La cooperación fue tratada en el marco de la Conferencia de Bandung, que tuviera lugar del 18 al 24 de abril de 1955 en Indonesia. Como señala Timossi (2015), el comunicado final proporciona la base para el desarrollo de la cooperación entre los países del Sur. También refleja la polarización existente entre las dos grandes superpotencias y la presión que ello implicaba a los países no alineados. El documento final también refleja en buena medida los valores de la Carta de la ONU en aspectos tales como la igualdad soberana de los estados, el principio de no intervención o la promoción de la cooperación.

El propio sistema de Naciones Unidas experimenta transformaciones importantes vinculadas con la cooperación y la búsqueda del desarrollo. El 14 de octubre de 1958, la Asamblea General de Naciones Unidas crea un fondo especial destinado a promover el progreso social y elevar el nivel de vida en un marco de libertad creando el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (NACIONES UNIDAS, 1958). En 1965 se crea en el marco de la ONU el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (NACIONES UNIDAS, S. d.). Como se ha señalado, constituirá una pieza clave para desarrollar la cooperación a partir de los derechos humanos. Resultará un factor clave en la arquitectura internacional a los efectos de integrar los derechos humanos con el concepto de desarrollo, primero a través del concepto de desarrollo humano a partir de la década del noventa y luego impulsando los Objetivos de Desarrollo Sostenibles.

El 13 de enero de 1960, se crea el Grupo de Asistencia al Desarrollo (GAD) en el marco de la OCDE, que poco tiempo después se transformará en el Comité de Ayuda al Desarrollo (CAD) (OECD, 2010). El CAD se ha constituido en el espacio de diálogo más importante de los países oferentes de Ayuda al Desarrollo (ODA). Un documento clave en la determinación de la mecánica de la ODA en el DAG y posteriormente en el DAC, fue la resolución “Common Aid Effort”¹⁸, adoptada en Londres el 29 de marzo de 1961” (YANAGIHARA, 2014, 37-47).

El 24 de octubre de 1970 la Asamblea General de la organización aprobó la resolución 2626 (XXV) (NACIONES UNIDAS, 1970) que dispone en su numeral 43, que “los países desarrollados aumentarán progresivamente su asistencia oficial para el desarrollo a los países en desarrollo y hará los mayores esfuerzos para alcanzar para mediados del decenio una cantidad neta mínima equivalente al 0,7% de su producto nacional bruto a precios de mercado”. Aunque las resoluciones de la Asamblea General no resulten vinculantes, este hecho marca cambios en la visión del desarrollo y las diferencias entre estados.

¹⁸ Agree that they will periodically review together both the amount and the nature of their contributions to aid programmes, bilateral and multilateral, keeping in mind all the economic and other factors that may assist or impede each of them in helping to achieve the common objective.

Al mismo tiempo, también existieron importantes desarrollos con respecto a las relaciones al interior del mundo en desarrollo. De esta forma en 1978 en Buenos Aires, Argentina se celebra en el marco de Naciones Unidas la Conferencia del Sur Global sobre la cooperación técnica entre los países en desarrollo que adopta el “Plan de Acción de Buenos Aires para Promover e Implementar Cooperación Técnica entre Países en Desarrollo” (NACIONES UNIDAS, 1978). Se trata de un documento importante en el desarrollo de la Cooperación Sur-Sur, como lo señala la Secretaría General Iberoamericana, tales como la importancia que la cooperación se ajuste a las necesidades y perspectivas comunes de los países en desarrollo, la búsqueda de articulación de la cooperación Sur-Sur con la Ayuda al Desarrollo (lo que equivale a decir que son complementarias pero no un sustituto) o la apuesta por el uso eficiente de los recursos (UNITED NATIONS, [S. d.]a).

En 1990 se produjo una evolución importante del concepto de desarrollo a partir del trabajo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, integrando tanto el componente en materia de derechos humanos como el de desarrollo, como lo muestra el informe de desarrollo humano del PNUD de 1990 (RESTREPO SYLVA, 2012, p. 271-295):

El desarrollo humano es un proceso mediante el cual se ofrece a las personas mayores oportunidades. Entre éstas, las más importantes son una vida prolongada y saludable, educación y acceso a los recursos necesarios para tener un nivel de vida decente. Otras oportunidades incluyen la libertad política, la garantía de los derechos humanos y el respeto a sí mismo. El desarrollo le permite a los individuos hacer uso de estas opciones (DESARROLLO, 1990).

También en 1990 tuvo lugar el cuarto Convenio de Lomé, que destaca por haber planteado la participación de las entidades locales en los procesos de cooperación, abriendo la puerta a un proceso más incluyente (UNIÓN EUROPEA, 1995).

Del 6 al 8 de setiembre de 2000, en el marco de Naciones Unidas tiene lugar en Nueva York la denominada Cumbre del Milenio, donde se aprueban una serie de objetivos en materia de desarrollo social a ser alcanzados para el año 2015. Estos objetivos serán recogidos por la resolución 55/2 de la Asamblea General de Naciones Unidas (NACIONES UNIDAS, 2000). Los denominados Objetivos de Desarrollo del Milenio marcarán un giro importante en la cooperación internacional que pasará a centrarse en los países de menor desarrollo relativo (LÓPEZ CABANA, 2014).¹⁹

¹⁹ Esfuerzos y políticas de los miembros del Comité de Ayuda al Desarrollo Cooperación para el desarrollo. Informe 2000. Informe de Jean-Claude Faure Presidente del Comité de Ayuda al Desarrollo (FAURE, 2000). En el año 2000, todas las esferas de la comunidad mundial han reafirmado solemnemente los objetivos internacionales de desarrollo (OID). La prioridad concedida a la lucha sin cuartel contra la pobreza ha adquirido nuevas dimensiones; así, empieza a destacar el mayor interés por un crecimiento que resulte beneficioso para los más pobres, la voluntad de empoderamiento completo de los pobres y la afirmación y defensa de los derechos humanos, junto con las dimensiones sociales y la satisfacción de las necesidades básicas. Por su parte, la asociación para el desarrollo está comenzando a ser operativa como marco preeminente de definición y aplicación de estrategias. Al mismo tiempo, el desarrollo

Del 18 al 22 de marzo de 2002 tuvo lugar la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo en Monterrey, México. Como resultado de dicha conferencia se aprobó el denominado Consenso de Monterrey (NACIONES UNIDAS, 2002). Dentro de los aspectos relevantes se encuentra el acuerdo logrado en torno a la importancia generar la capacidad institucional en áreas como el sector educativo y tributario en los países receptores de cooperación

19. Es fundamental reforzar la labor nacional de fomento de la capacidad en los países en desarrollo y con economías en transición, entre otras, las siguientes esferas: infraestructura institucional, desarrollo de los recursos humanos, finanzas públicas, créditos hipotecarios, reglamentación y supervisión financieras, educación básica en particular, administración pública, formulación de políticas presupuestarias con una perspectiva de género y teniendo en cuenta sus repercusiones sociales, sistemas de alerta temprana y prevención de crisis y gestión de la deuda.

Se habla asimismo de “Utilizar los planes de desarrollo que los propios países en desarrollo hayan determinado y con los cuales se hayan identificado, que prevean estrategias para reducir la pobreza, así como los documentos de estrategia de lucha contra la pobreza, como medios para suministrar la ayuda solicitada.”.

En 2003 una coalición de países donantes y receptores crea el denominado Grupo de Trabajo sobre Eficacia de la Ayuda (OECD, [S. d.]b), que realiza el Foro de Alto nivel sobre Armonización de la Ayuda en Roma, Italia. Como resultado de este encuentro se aprueba la Declaración de Roma (OECD, [S. d.]c). En este caso, existe una referencia mucho más clara con respecto a la determinación de las prioridades, planes y programas, determinando que son una clara potestad del país receptor de la ODA “Ensuring that development assistance is delivered in accordance with partner country priorities, including poverty reduction strategies and similar approaches, and that harmonisation efforts are adapted to the country context.”.

El 2 de marzo de 2005 tuvo lugar en París una reunión a nivel de ministros donde se analiza la cooperación en función de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (OECD, [S. d.]a). Esta reunión consolida cinco principios básicos: apropiación, alineación, armonización, gestión orientada a resultados y mutua responsabilidad. Fue asimismo un paso relevante en el desarrollo de una visión más igualitaria de países donantes y receptores de la cooperación.

En 2005, los países de la Unión Europea reafirmaron su compromiso con la meta de asignar un 0,7% del PBI a la Ayuda al Desarrollo (COMMUNICATION, 2006). En 2007, la UE desarrolla el Código de Conducta de la UE relativo a la división del trabajo en el ámbito de la política de desarrollo. Se menciona específicamente que el código recoge los desarrollos de la Declaración de París. En particular destaca el hecho que la UE considera que “La dirección y

va integrándose, cada vez más, en el proceso de globalización. El desafío latente está ahí: los resultados positivos que se esperan dependerán de las políticas que se adopten para guiar el proceso, reducir los riesgos inherentes y controlar las eventuales consecuencias adversas.

asunción de la división del trabajo dentro del país debe corresponder primera y principalmente al Gobierno del país socio” (UNIÓN EUROPEA, 2007).²⁰

Del 2 al 4 de septiembre de 2008 tuvo lugar en Acra, Ghana, el Tercer Foro de Alto Nivel sobre eficacia de la ayuda. El resultado fue la aprobación de la denominada Agenda de Accra (NACIONES UNIDAS, 2008). Dentro de los acuerdos logrados destaca el compromiso para luchar contra la pobreza, el hambre, atender las necesidades humanitarias urgentes de los países en desarrollo, especialmente los menos adelantados

Nos comprometemos nuevamente a redoblar los esfuerzos para luchar contra la pobreza y el hambre y a tomar medidas inmediatas para reforzar la seguridad alimentaria mundial. Tomaremos todas las medidas que se requieran para atender las necesidades humanitarias urgentes de los países en desarrollo, especialmente de los países menos adelantados (PMA) y los países de África. Prestaremos especial atención a las necesidades de alimentación y nutrición de las madres y los niños. Hay que procurar que el comercio de alimentos no se vea restringido innecesariamente. A mediano y largo plazo, respaldaremos los esfuerzos nacionales destinados a aumentar la producción de alimentos, sobre todo en África, los PMA y los países en desarrollo que son importadores netos de alimentos.

Estos esfuerzos deben complementarse con medidas colectivas de carácter global y un entorno propicio, sobre todo con medidas significativas de reforma y de liberalización del comercio en el sector agrícola y una mayor asistencia oficial para el desarrollo destinada a ese sector de los países en desarrollo.

Otro aspecto importante es el acuerdo en torno a la necesidad de aprovechar al máximo la cooperación Sur-Sur y su visión de esta como un complemento, pero no un sustituto de la cooperación Norte-Sur. “El potencial de la cooperación Sur-Sur debería aprovecharse plenamente, no como sustituto sino como auténtico complemento de la cooperación Norte-Sur.”. También se busca desarrollar la rendición de cuentas como forma de maximizar la eficacia de la cooperación.

Del 28 de noviembre al 2 de diciembre de 2008 tuvo lugar en Doha, Qatar, la tercera Conferencia Internacional de Seguimiento sobre la Financiación para el Desarrollo. Esta cumbre explora las formas no tradicionales de financiar la cooperación afirmando que resultan complementarias, pero no sustituyen a las tradicionales.

Entre el 29 y el 30 de junio de 2010 tuvo lugar el Segundo Foro de Cooperación al Desarrollo del ECOSOC en el marco de la ONU. La Asamblea General de la ONU recogió en su resolución A/65/L.1, los consensos alcanzados

²⁰ Dentro de los principios generales mencionados destaca el hecho que la dirección del trabajo corresponde al país receptor de la ayuda “Asunción: La dirección y asunción de la división del trabajo dentro del país debe corresponder primera y principalmente al Gobierno del país socio. Si no existen esa dirección y responsabilidad, la UE debe poner en marcha el proceso. En todo caso, la UE debe desempeñar un papel activo en el fomento de la complementariedad y división del trabajo. Todas las iniciativas deben partir de procesos existentes siempre que sea posible, y deben transferirse prontamente al Gobierno siempre que sea adecuado. La UE debe apoyar el desarrollo de la capacidad en los países socios a fin de prepararlos para asumir la responsabilidad.”

(UNITED NATIONS, 2010). Dentro de los aspectos a destacar se encuentra la apropiación de la ayuda.

A comienzos de 2011, se logró un consenso que permitió la elaboración de un estándar respecto a la forma de reportar la información relativa a la cooperación (IATI, [S. d.]a), que se ha difundido a través de la Iniciativa Internacional de Transparencia en Ayuda (IATI, [S. d.]b). Del 29 de noviembre al 1 de diciembre de 2011 tuvo lugar en Busán, Corea del Sur, el Cuarto Foro de Alto Nivel sobre la Eficacia de la Ayuda. Como resultado de este se aprobó la denominada Declaración de Busán (UNITED NATIONS, 2011).

Busan restringió aún más la denominada ayuda ligada (CIDOB, 2011). Pero sin lugar a dudas, uno de los componentes más importantes fue el contribuir a desplazar el eje de la cooperación desde el concepto de ayuda a la búsqueda de una asociación entre donantes y receptores para la promoción del desarrollo, con lo que contribuye a evitar las asimetrías que marcara el concepto prevalente de ayuda al desarrollo. Como resultado de Busán, se decidió pasar del mecanismo de encuentros periódicos de alto nivel a una modalidad de trabajo diferente centrada en un nuevo mecanismo denominado Asociación Mundial para una Eficaz Cooperación al Desarrollo. Este contempla encuentros ministeriales, un Comité dirigido por tres co-presidentes e integrado por dieciocho miembros y una secretaría (UNITED NATIONS, [S. d.]b).

El 25 de septiembre de 2015, luego de un amplio debate la Asamblea General de la ONU aprueba la resolución 70/1 “Agenda para el Desarrollo sostenible 2030” (NACIONES UNIDAS, 2015a). Esta resolución buscó profundizar el proceso desarrollado a través de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (NACIONES UNIDAS, 2015b; NACIONES UNIDAS, 2017). Esta declaración se caracteriza según De Armas por la universalidad de la agenda, es decir una agenda que va a estar abierta a todos los países más allá de su nivel de desarrollo, una concepción del desarrollo integral, multidimensional y un proceso de aprobación abierto, que permitió la participación amplia no solo de los países, sino de la sociedad civil al interior de estos. Este segundo punto es de particular importancia ya que la multidimensionalidad integra de manera indisoluble aspectos ambientales, económicos sociales y de naturaleza política. Otro aspecto destacable es la necesaria cooperación internacional para alcanzar varios de estos objetivos como la paz, que trascienden incluso el nivel regional.²¹ De esta forma, se consolida aún más el vínculo entre derechos humanos, desarrollo y cooperación.

La Declaración del Milenio (2000) y el Consenso de Monterrey sobre la Financiación al Desarrollo (2002), en los que se instaba a los países a volcar sus esfuerzos en los países más desfavorecidos (concentrados principalmente en el continente africano), provocaron que el incremento desde ese año de los flujos de ayuda que se impulsaron se destinara en mayor medida a estos países.

²¹ DE ARMAS, Gustavo. Conferencia dictada en el Instituto Artigas del Servicio Exterior del Uruguay.

Respecto al debate sobre la eficacia de la ayuda que se inició en 2003 con el primer FAN (Foro de Alto Nivel) sobre Armonización de Roma, a pesar de estar presente la Cooperación Sur-Sur en los debates previos y reuniones, no se incorporó en un documento final hasta el tercer fan celebrado en Accra (2008): en el Plan de Acción que se aprobó para la implementación de la Declaración de París se contempló por primera vez la Cooperación Sur-Sur como uno de los mecanismos para prestar cooperación técnica. También busca incorporar la participación de los gobiernos locales y reconoce la importancia del aporte de actores locales y no gubernamentales.

Diez años después, en 2017, la asamblea General de la ONU aprobará una resolución donde se fijan metas concretas para cada objetivo (NACIONES UNIDAS, 2017). Del 13 al 16 de julio de 2015 tuvo lugar en Addis Abeba, Etiopía, la tercera conferencia internacional para el Financiamiento del Desarrollo, que adoptó la Agenda de Acción de Addis Abeba (UNITED NATIONS, 2015). En 2016 en el marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se adopta el Acuerdo de París. Además del trabajo conjunto para hacer frente al cambio climático, se refuerza el concepto de responsabilidades comunes aunque diferenciadas para hacer frente a problemas colectivos. Del 20 al 22 de marzo de 2019 tuvo lugar en Buenos Aires, Argentina, la Segunda Conferencia de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre la Cooperación Sur-Sur (PABA +40).

Resulta importante destacar que los desarrollos antes mencionados van marcando un largo proceso que estructura la cooperación hasta llegar a nuestros días. Como resultado de este proceso se han ido consolidando estándares en materia de cooperación y de Ayuda al Desarrollo en particular. Estos estándares pueden ser examinados a la luz de las normas relativas a los derechos humanos a los efectos de determinar su compatibilidad o incluso el efecto que estas normas pueden tener en los mismos y su evolución. Lo que se puede apreciar es una evolución consistente que busca limitar las desigualdades más importantes entre los estados. Dos componentes importantes son la regulación de las relaciones entre los países desarrollados y los países en desarrollo y la regulación de las relaciones de los países en desarrollo entre sí.

En este contexto, la explotación de los recursos del espacio ultraterrestre, posiblemente sean enfocadas de manera que se tome en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y muy especialmente de menor desarrollo relativo. Esto no significa que se pueda esperar la eliminación del papel de la empresa. Como lo muestra el desarrollo espacial en Estados Unidos, existe un gran espacio para que la creatividad y el dinamismo de la empresa privada dinamicen la actividad espacial. Sin embargo, como ya señaláramos, no parece que el sistema jurídico permita que tenga lugar a expensas del patrimonio común.

5.1 La Incidencia de la Dinámica Política en el Régimen Jurídico del Espacio

La actividad espacial, tanto por las tecnologías que implica, como por los enormes recursos que puede llegar a poner a disposición de la humanidad,

tiene la capacidad de incidir directamente en el equilibrio de poder mundial. Es por este motivo, que no parece probable que un régimen específico vaya a ser aprobado hasta que no se consolide una correlación de fuerzas más estable entre las principales potencias y seguidamente los cambios en el orden jurídico que se ajusten a esta nueva correlación de fuerzas. Todo parece indicar que, aunque el proceso se está desarrollando con gran velocidad, tomará algunos años hasta que adquiera la estabilidad necesaria para desarrollar cambios profundos en el orden jurídico internacional. En estas transformaciones, el orden jurídico actual jugará un papel, así como también este orden, una vez que quede plasmado contribuirá a determinar la evolución de la dinámica política.

5.2 El Papel del Régimen de Solución de Diferencias en la Dinámica Jurídica

En un contexto particularmente dinámico, con profundos cambios políticos, económicos sociales, tecnológicos y científicos, el sistema de solución de controversias, con su capacidad para recoger las realidades sociales, se presenta como una herramienta de particular utilidad para integrar realidades múltiples en una reglamentación que mantenga el nivel de coherencia interna necesario.

6 CONCLUSIONES

El siglo XXI se ha caracterizado por la producción de grandes cambios y el ámbito espacial es un claro ejemplo de ello. Cambios que implican la aparición de nuevos actores, ampliación y diversificación de actividades, el incremento de áreas abordadas y un cambio de gobernanza. El espacio es percibido como un nuevo mercado donde el desarrollo de las actividades espaciales se relaciona directamente con la capacidad de retorno económico de las inversiones. El marco jurídico lo habilita ya que la actividad privada en el espacio es realizada bajo la responsabilidad internacional del Estado que tiene la obligación de autorizar y fiscalizar a este sector.

El derecho espacial incrementa notablemente su ámbito de regulación al crecer las actividades espaciales comerciales y participar las empresas del sector privado así como también se produce un cambio paulatino del papel del Estado en la actividad espacial. La revolución que se opera en los hechos tiene repercusiones a nivel socio político y jurídico. Surgen cuestionamientos acerca de la naturaleza del derecho a regir las actividades que se desarrollan o se emprenderán en el futuro, se requieren garantías para el mantenimiento de la utilización pacífica del espacio exterior y soluciones frente a posibles conflictos. La regulación de las actividades comerciales en el espacio, la extracción o no de los recursos espaciales, su explotación y la forma de llevarse a cabo son entre otros temas foco de debate. Dado que la paz es un bien jurídico a proteger, en

un mundo que tiende al multipolarismo, con un incremento del número de potencias espaciales, aumenta la posibilidad de que surjan conflictos.

El recurrir a un adecuado y eficaz sistema de solución pacífica de controversias que asegure un justo equilibrio entre los integrantes de la comunidad internacional es pues cada vez más necesario. El tratamiento de las controversias espaciales caracterizado en una primera etapa por el abordaje diplomático va dirimiéndose paulatinamente a través del arbitraje siendo motivo de análisis el contar con procedimientos arbitrales específicos.

En los tratados del espacio elaborados en el marco de las Naciones Unidas no se prevén mecanismos vinculantes para la solución de controversias, ni en el conjunto de normas que integran el *corpus juris spatialis*, particularmente el denominado *soft law*, donde no se dan desarrollos al respecto limitándose a una referencia a lo previsto en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

La nueva normativa que toma distancia de la tradicional forma multilateral desarrollada en el ámbito del COPUOS responde al interés de grupos de Estados, siendo conteste con la legislación nacional aprobada por ese mismo grupo de Estados. Determinadas previsiones reflejan las normas internacionales vigentes pero en otros casos se procura reinterpretar dicha normativa internacional y captar al sector privado en la búsqueda de maximizar beneficios, llegando a plasmarse principios controversiales. De lo expuesto se desprende la discrepancia que se gesta entre el derecho espacial tradicional y la nueva legislación tanto interna como internacional. Esta última elaborada al margen de la COPUOS y por consiguiente dejando de lado el método del consenso y sin contar con la participación de la gran mayoría de los Estados que componen la comunidad internacional ni con varias de las potencias espaciales, como China y Rusia que no son parte de los acuerdos bilaterales.

También es cierto que existen lagunas o al menos interpretaciones discordantes en la legislación vigente, en un área donde las actividades se incrementan y los actores son cada vez más numerosos. Ese desajuste o discrepancia que plantean algunos enfoques nacionales e incluso normativa internacional se refleja en la introducción de conceptos controvertidos como el de zonas de seguridad.

La elaboración de un instrumento multilateral en el ámbito de la COPUOS es el camino que asegura el desarrollo de normas de derecho internacional aplicable a las actividades espaciales.

El riesgo de conflictividad aumenta a medida que se incrementan las actividades, que la legislación que se adopta compite entre sí y que los intereses y derechos de un gran número de Estados se ven perjudicados o al menos marginalizados. No debemos perder de vista el valor de los recursos espaciales y el largo proceso que llevó su formación. Cualquier respuesta que se dé a los desafíos pendientes y al marco jurídico a adoptar esta debería de ser global o mundial en el sentido de abarcar a la comunidad internacional en su conjunto y asegurar soluciones de equidad acordes con los principios consagrados en el *corpus juris spatialis*. Si nos centramos en el punto que origina este trabajo

debemos enfatizar la necesidad de contar con un efectivo sistema de solución de controversias, indispensable en la solución tanto de conflictos entre posibles jurisdicciones nacionales como entre distintos actores, siempre en consonancia con el marco jurídico brindado por los tratados del espacio.

Por otra parte, la comunidad internacional también ha generado una tendencia hacia la reducción de las desigualdades más profundas entre los estados. Esto se ha logrado mediante el desarrollo de diversos procesos vinculados. Desde el proceso de descolonización hasta la dinámica de participación en los organismos internacionales incluida la negociación de los ODS. Es un proceso en curso, pero posiblemente sea irreversible. En este contexto, el modelo impulsado por los Acuerdos Artemisa, presenta algunas diferencias al menos potenciales con estas tendencias.

El aporte de la empresa privada será un componente importante en el desarrollo del nuevo modelo de exploración y explotación espacial, pero consideramos que la relación entre empresa privada, patrimonio común de la humanidad y derechos y deberes de los estados tal como se presentan en estos nuevos acuerdos, posiblemente experimenten una transformación importante a medida que se producen cambios en el orden político internacional.

El principio de cooperación se reconoce y expande a las distintas esferas de la actividad humana. En el espacio su aplicación va de la mano con el concepto de patrimonio común de la humanidad. De allí que en un futuro no tan lejano habrá que dar forma al régimen que se anuncia en el inciso 5 del artículo 11 del Acuerdo sobre la Luna.

En este contexto un adecuado y eficaz sistema de solución de controversias, constituye una importante herramienta en el ajuste del régimen jurídico a la realidad social.

REFERENCIAS

BOLT, Jutta; TIMMER, Marcel; VAN ZANDEN, Jan Luiten. GDP per capita since 1820. In: How was life?: global well-being since 1820. OECD. 2014. Disponible en: <https://read.oecd-ilibrary.org/economics/how-was-life/gdp-per-capita-since-1820_9789264214262-7-en#page1>.

BORIES, Clémentine. Le droit international au défi de l'espace extra-atmosphérique. In: BORIES, Clémentine; RAPP, Lucien (Dir.). **Société Française pour le Droit International (SFDI): l'espace extra-atmosphérique et le droit international: colloque de Toulouse, 27-8-2021**. Paris: Pedone, 2021. p. 15-64.

CHINA encourages international cooperation on lunar sample study. In: Xinhuanet, Pequin, Ed. Xinhua, 18-1-2021. Disponible en: <http://www.xinhuanet.com/english/2021-01/18/c_139677513_2.htm>.

CIDOB. Nueva Arquitectura para tiempos diferentes. 2011. Barcelona. Disponible en: <[https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion_cidob/desarrollo/nueva_arquitectura_para_tiempos_diferentes_los_resultados_del_hlf4_de_busan/\(language\)/esl-ES](https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion_cidob/desarrollo/nueva_arquitectura_para_tiempos_diferentes_los_resultados_del_hlf4_de_busan/(language)/esl-ES)>.

COMMUNICATION from the Commission to the Council and the European Parliament. Brussels, 2.3.2006. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006DC0085&from=ES>>.

DEMPSEY, Paul Stephen. **Space law**. v. 3. Part IV. Chapter 9. Thomson Reuters, 2022.

DASARROLO Humano, Informe 1990. Traducido por Angela García. Bogotá (Colombia): PNUD / Tercer Mundo, 1990. Disponible en: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1990_es_completo_nostats.pdf>.

FAURE, Jean-Claude (report by). Development co-operation: efforts and policies of the members of the Development Assistance Committee. OECD - Organisation for Economic Co-Operation and Development, 2000. Disponible en: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/dcr-2000-sum-es.pdf?expires=1619349127&id=id&accname=guest&checksum=16933E4CC98C7D6BDFC50F90D29C0918>>.

FOUST, Jeff. Japan passes space resources law. In: **SpaceNews**, Alexandria (Virginia), Ed. Multiverse Media, 17-6-2021.

HERMAN, Thierry; SOUCEK, Alexander. Regulatory choices for sub orbital flights carrying humans: elements for consideration. In: WOUTERS, Jan; DE MAN, Philip; HANSEN, Rik (Ed.). **Commercial uses of space and space tourism**: leuven global governance. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.

IATI - INTERNATIONAL AID TRANSPARENCY INITIATIVE. At the heart of our work is the IATI Standard. This is a set of rules and guidance produced by IATI for publishing useful development and humanitarian data. [S. d.]b. Disponible en: <<https://iatistandard.org/en/about/iati-process/>>.

IATI - INTERNATIONAL AID TRANSPARENCY INITIATIVE. The IATI Standard allows organisations to provide detailed information for decision-making and accountability. [S. d.]a. Disponible en: <<https://iatistandard.org/en/about/iati-standard/>>.

KOSKENNIEMI, Martti. **La política del derecho internacional**. Traducido por José Antonio García Sáez. Madrid: Trotta, 2020.

LARSEN, Paul B. Is there a legal path to commercial mining on the moon? In: **University of Pittsburgh Law Review**, Pittsburgh (Pensilvania), Ed. University of Pittsburgh, v. 83, n. 1, p. 1-49, 2021.

LÓPEZ CABANA, Silvia. Programa Iberoamericano para el fortalecimiento de la cooperación SUR-SUR: cronología e historia de la cooperación SUR-SUR: un aporte desde Iberoamérica: documento de trabajo n.º 5, año 2014. Disponible en: <https://cooperacionsursur.org/wp-content/uploads/2020/05/17-DT05-Crono_SurSur_2014.pdf>.

MASSON-ZWAAN, Tanja. L'exploitation des ressources spatiales et le droit international. In: BORIES, Clémentine; RAPP, Lucien (Dir.). **Société Française pour le Droit International (SFDI): l'espace extra-atmosphérique et le droit international: colloque de Toulouse, 27-8-2021**. Paris: Pedone, 2021. p. 311-328.

MOVILLA PATEIRO, Laura. Hacia un cambio de paradigma en el derecho del espacio ultraterrestre?: los Acuerdos Artemisa. En: **Revista Española de Derecho Internacional**, Madrid, Ed. Marcial Pons / Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, v. 73, n. 2, p. 285-310, 2021.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución aprobada por la Asamblea General el 6 de julio de 2017. 71/313. Labor de la Comisión de Estadística en relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/RES/71/313>>.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución aprobada por la Asamblea General. 13 de septiembre de 2000. Disponible en: <<https://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>>.

NACIONES UNIDAS. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. XII UNCTAD El Acuerdo de Accra y la declaración de Accra. Nueva York y Ginebra, 2008. Disponible en: <https://unctad.org/es/system/files/official-document/iaos20082_sp.pdf>.

NACIONES UNIDAS. Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo. Monterrey (México) 18 a 22 de marzo de 2002. Proyecto de documento final de la Conferencia Internacional sobre la financiación para el desarrollo: nota del Secretario General. Disponible en: <<https://www.un.org/es/conf/ffd/2002/pdf/ACONF1983.pdf>>.

NACIONES UNIDAS. Consejo Económico y Social. Resoluciones aprobadas sobre la base de los informes de la Segunda Comisión. Asamblea General. 200 (III). Asistencia técnica para el desarrollo económico. 27 de agosto de 1948. Disponible en: <<https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/750/17/pdf/nr075017.pdf>>.

NACIONES UNIDAS. Consejo Económico y Social. Resoluciones aprobadas sobre la base de los informes de la Segunda Comisión. Asamblea General. 1240 (XIII). Establecimiento del Fondo Especial. 14 de octubre de 1958. Disponible en: <[https://undocs.org/es/A/RES/200\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/200(III))>.

NACIONES UNIDAS. Consejo Económico y Social. Resoluciones aprobadas sobre la base de los informes de la Segunda Comisión. Asamblea General. 2626 (XXV) Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo. 24 de octubre de 1970. Disponible en: <[https://undocs.org/es/A/RES/2626\(XXV\)](https://undocs.org/es/A/RES/2626(XXV))>.

NACIONES UNIDAS. La Agenda para el Desarrollo Sostenible. 25 de septiembre de 2015a. Disponible en: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>>.

NACIONES UNIDAS. La historia de la cooperación Sur-Sur. [S. d.]. Disponible en: <<https://www.un.org/es/observances/south-south-cooperation-day/background>>.

NACIONES UNIDAS. Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización. Nueva York, 2015b. Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/70/1>>.

NACIONES UNIDAS. Plan de Acción de Buenos Aires para Promover y Realizar la Cooperación Técnica entre los Países en Desarrollo. Buenos Aires, del 30 de agosto al 12 de septiembre de 1978. Disponible en: <https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/Doc.%20Manual/Listos%20para%20subir/Cooperacion/sur-sur/plan_accion_buenos_%20aires.pdf>.

NASA - National Aeronautics and Space Administration. Artemis Plan. **NASA's lunar exploration program overview**. September 2020.

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development. Development co-operation. [S. d.]a. Disponible en: <<https://www.oecd.org/dac/effectiveness/34580968.pdf>>.

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development. [S. d.]b. Disponible en: <<https://www.oecd.org/development/effectiveness/45498646.pdf>>.

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development. [S. d.]c. Disponible en: <<https://www.oecd.org/dac/effectiveness/31451637.pdf>>.

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development. 2010. Disponible en: <[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DCD/DAC/RD\(2010\)3/RD6&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DCD/DAC/RD(2010)3/RD6&docLanguage=En)>.

OSADA, Yutaka. Governance of space resources activities: in the wake of the Artemis accords. In: **Georgetown Journal of International Law**, Washington, Ed. Georgetown University, v. 53, Issue 3, p. 399-511, 2021.

POCAR, Fausto. An introduction to the PCA'S optional rules for arbitration of disputes relating to outer space activities. In: **Journal of Space Law**, Mississippi, Ed. University of Mississippi School of Law, v. 38, Issue 1, p. 171-185, 2012.

RADI, Yannick. Coherence. In: D'ASPREMONT, Jean; SINGH, Sahib (Ed.). **Concepts for international law: contributions to disciplinary thought**. Cheltenham: Edward Elgar, 2020.

RAPP, Lucien. FromSpacetoSpac. In: In: BORIES, Clémentine; RAPP, Lucien (Dir.). **Société Française pour le Droit International (SFDI): l'espace extra-atmosphérique et le droit international: colloque de Toulouse, 27-8-2021**. Paris: Pedone, 2021. p. 67-97.

RASS-MASSON, Lukas. Strategies étatiques et lois nationales dans le droit international de l'espace. In: BORIES, Clémentine; RAPP, Lucien (Dir.). **Société Française pour le Droit International (SFDI): l'espace extra-atmosphérique et le droit international: colloque de Toulouse, 27-8-2021**. Paris: Pedone, 2021. p. 137-152.

RESTREPO SYLVA, Manuela. La cooperación internacional al desarrollo como herramienta de protección y promoción de los derechos humanos: el caso latinoamericano. En: **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana**, Medellín (Colombia), Ed. Universidad Pontificia Bolivariana, v. 42, n. 116, p. 271-295, 2012.

SÉNÉCHAL-PERROULAT, Lucie. A chinese new space?: commercial launch enterprises within national economic reform. In: **Entreprises et Histoire**, Paris, Ed. AGPA / Eska, n. 102, Issue 1, p. 149-171, 2021.

STIRN, Alexander. Do NASA's lunar exploration rules violate space law? In: **Space & Physics**, November 12, 2020.

TEPPER, Eyan. The big bang of space governance: towards polycentric governance of space activities. En: **New York University International Law and Politics**, New York, Ed. New York University, v. 54, n. 3, p. 485-558, Spring 2022.

TIMOSSI, Adriano José. Revisiting the 1955 Bandung Asian-African conference and its legacy. In: South Bulletin, v. 85. 15 May 2015. Disponible en: <<https://www.southcentre.int/question/revisiting-the-1955-bandung-asian-african-conference-and-its-legacy/>>.

UNIÓN EUROPEA. Consejo de la Unión Europea. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Código de Conducta de la UE relativo a la división del trabajo en el ámbito de la política de desarrollo. Bruselas, 8 de marzo de 2007. Disponible en: <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7124-2007-INIT/es/pdf>>.

UNIÓN EUROPEA. Revision intermedia del cuarto Convenio de Lome *8 FED (Fondo Europeo de Desarrollo). 15 Feb. 1995. Disponible en: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/memo_95_10>.

UNITED NATIONS. Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development (Addis Ababa Action Agenda). Addis Ababa, Ethiopia, 13-16 July 2015. New York: United Nations, 2015.

UNITED NATIONS. Cuarto Foro de Alto Nivel sobre la Eficacia de la Ayuda. Busán (Corea del Sur), 29 de noviembre al 1 de diciembre de 2011. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjJoYOz0JnwAhXNqpUCHbzFCBcQFjACegQIDxAD&url=http%3A%2F%2Fwww.undp.org%2Fcontent%2Fdam%2Fuspc%2Fdocs%2FOUTCOME_DOCUMENT_-_FINAL_EN.pdf&usg=AOvVaw07PLCwF_cHUbipZw7Pyp7v>.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Secretaría General Iberoamericana. Hacia los 40 años del Plan de Acción de Buenos Aires: perspectivas renovadas para la cooperación Sur-Sur en Iberoamérica. [S. d.]a. Disponible en: <<https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/files/en/dcf/Capitulo%20I%20-%20Informe%20de%20la%20CSS%20en%20Iberoamerica%202017-%20ESPANOL.pdf>>

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution adopted by the General Assembly on 22 September 2010. 65/1. Keeping the promise: united to achieve the millennium development goals. Disponible en: <<https://undocs.org/en/A/RES/65/1>>.

UNITED NATIONS. United Nations Development Programm. #EffectiveCooperation.Global Partnership for Effective Development Co-operation. Development Effectiveness and the 2030 Agenda. [S. d.]b. Disponible en: <<https://www.effectivecooperation.org/landing-page/about-partnership>>.

UNITED STATES. H.R.2262 - U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act. 114th Congress (2015-2016). In: **Public Law N.º 114-90**, 11-25-2015.

VON DER DUNK, Frans. The Artemis Accords and the law: is the moon “back in business”? In: Science & Technology, Auckland (New Zealand), Ed. University of Auckland, jun 2, 2020. Disponible en: <<https://www.thebigq.org/2020/06/02/the-artemis-accords-and-the-law-is-the-moon-back-in-business/>>.

WILLIAMS, Maureen. Dispute resolution regarding space activities. In: VON DER DUNK, Frans (Ed.). **Handbook of Space Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. p. 995-1046.

YANAGIHARA, Toru. International trends in development aid and Japan’s ODA. [originally published as “Kokusai Enjo Choryu to Nihon no ODA”]. In:

Kokusai Mondai [international affairs], n.º.637, p. 37-47, (2014). Disponible en: <https://www2.jiia.or.jp/en/pdf/digital_library/world/170331_yanagihara.pdf>.

Submissão em: 11 de julho de 2024

Último Parecer favorável em: 21 de setembro de 2024

Como citar este artigo científico

DEL LUJÁN FLORES, María; SAPRIZA, Carlos. Desarrollos normativos en el ámbito espacial: perspectivas futuras. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 3, p. 168-197, set.-dez. 2024.

HOW GENERATIVE AI TURNS COPYRIGHT UPSIDE DOWN

MARK A. LEMLEY¹

ABSTRACT

While courts are litigating many copyright issues involving generative AI, from who owns AI-generated works to the fair use of training to infringement by AI outputs, the most fundamental changes generative AI will bring to copyright law don't fit in any of those categories. The new model of creativity, generative AI puts considerable strain on copyright's two most fundamental legal doctrines: the idea-expression dichotomy and the substantial similarity test for infringement. Increasingly, creativity will be lodged in asking the right questions, not in creating the answers. Asking questions may sometimes be creative, but the AI does the bulk of the work that copyright traditionally exists to reward, and that work will not be protected. That inverts what copyright law now prizes. And because asking the questions will be the basis for copyrightability, similarity of expression in the answers will no longer be of much use in proving the copying of the questions. That means we may need to throw out our test for infringement, or at least apply it in fundamentally different ways.

¹ William H. Neukom Professor, Stanford Law School; of counsel, Lex Lumina PLLC. Thanks to Ryan Abbott, Shyam Balganes, Erv Basinski, Jamie Boyle, Dan Burk, Michael Carroll, Jeanne Fromer, Kristelia Garcia, Paul Goldstein, James Grimmelm, Rose Hagan, Tatsu Hashimoto, Laura Heymann, Eran Kahana, Jason Reinecke, Tom Rubin, Matt Sag, Pam Samuelson, Jessica Silbey, Nazli Ungan, John Villasenor, Felix Wu, and participants at the IP Scholars' Conference, the Columbia Science and Technology Law Review symposium on generative AI, and workshops at Stanford Law School and the Stanford SymSys colloquium for prior discussions or comments on a prior draft and Lane Miles for research assistance. *E-mail*: mlemley@law.stanford.edu, mlemley@lex-lumina.com

I INTRODUCTION

Generative artificial intelligence (“AI”)² will require us to fundamentally change how we think about creativity and, as a result, how we approach copyright law. The difference isn’t simply that AI changes the economics of creativity, making a literally endless array of new content available for essentially no cost. That’s true, and I and others have written elsewhere about the market disruptions it may cause.³ Nor is it the challenge that training AI models presents to the copyright liability and fair use doctrines. Those issues are significant, and they have already begun to be litigated.⁴ I have argued elsewhere that copyright law correctly permits the training of foundation models like chatGPT.⁵ The issues of liability for the occasional AI output that is similar to a particular copyrighted work are somewhat harder.⁶ But they aren’t fundamental to the new technology, for the simple reason that generative AI is not about copying existing works but about creating new ones; the circumstances in which the output is similar to any given input will be rare.⁷

A number of scholars have begun to consider a third question: who (if anyone) owns those AI-created works (see, e.g., BURK, 2020, p. 266; ABBOTT; ROTHMAN, 2023, p. 1.183; GUADAMUZ 2017; CONGRESSIONAL, 2023, p. 3). They have come to a variety of answers. Some deny there is a new issue at all, treating AI as a tool like Microsoft Word or Photoshop.⁸ Some suggest that AI

² In this Essay, I use the terms “generative AI” and “foundation models” interchangeably to refer to AI systems that train on large general data sets and are capable of producing creative output in multiple domains. Large language models (“LLMs”) like ChatGPT are a particular type of foundation model focused specifically on text.

³ E.g., Mark A. Lemley (2018, p. 506) (“Market disruption will come in fits and starts [...] but in a post-scarcity world, high-cost products will increasingly become the exception, not the norm.”); Desai; Lemley (2023) (“Abundance lowers costs [...] when that happens, the elimination of scarcity changes the economics of how goods and services are produced and distributed.”); Burk (2023, p. 1.680) (“AI threatens to lower the costs of creation itself, so that creative works – however easy to access – are cheap to produce in the first place.”).

⁴ See, e.g., DOE 1 v. GitHub, Inc., N.º 22-cv-06823-JST, 2023 U.S. Dist. LEXIS 86983, (N.D. Cal. May 11, 2023); Andersen v. Stability AI Ltd., N.º 23-cv-00201-WHO, 2024 U.S. Dist. LEXIS 22837, (N.D. Cal. Feb. 8, 2024). Full disclosure: I represent Stability AI in defending those lawsuits. My opinions here are my own, not my client’s.

⁵ (LEMLEY; CASEY, 2021, p. 748) (“In this Article, we argue that ML systems should generally be able to use databases for training, whether or not the contents of that database are copyrighted.”). (SAG, 2019, p. 291; SAG, 2009).

⁶ See Henderson et al (2023, p. 2) (“These models are usually capable of generating content similar to copyrighted data, and deploying them can potentially impact economic markets that benefit the original data creators.”); Sag (2023, p. 326-337) (identifying situations where a text-to-image model is more likely to generate outputs that are similar to the training data).

⁷ The output copying issue is complicated by the way the models are designed and the particular ways users may try to prompt models to infringe. I discuss those issues in more detail in Henderson et al (2023, p. 9-19 and see *supra* note 6).

⁸ See, e.g., Burk (2020, p. 266) (“There is never any question of assigning authorship to a paintbrush, saxophone, or word processor, despite their direct involvement in the act of expressive creation.”); Murray (2024, p. 76) (arguing that generative AI does nothing creative and that the creative process for art is similar whether or not the artist uses AI). While that is certainly true of some simple technological uses, I think Burk’s argument understates what AI is already capable of and is likely to be even less sustainable as the technology develops. And Murray’s argument does not reflect the way the technology actually operates today. But in any event, Burk’s view doesn’t make the creativity issue go away; it just requires him to pick a human actor that is most closely connected to the creative work and treat that human as the author.

itself should be an author⁹ – though U.S. copyright law currently rejects that position¹⁰ – or, more plausibly, that the company that owns or deploys the AI is the author and owner of whatever it creates.¹¹ U.K. law, one of the few to protect computer-generated works, declares the author to be “the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken” (U.K., 2022) – presumably but not necessarily the user of the AI.¹² Others have suggested that no one owns AI-generated creative works and that they fall into the public domain.¹³ That would also seem to be the consequence of Professor

⁹ *E.g.*, Abbott & Rothman (2023, p. 1.201) (“Once the desirability of protecting these works is acknowledged, acknowledging AI authorship then becomes nothing more than opting for reality instead of elaborate legal fictions.”); Salami (2020, p. 124) (“This article proposes for the ascription of legal personhood to AI systems to ensure that AI is recognized as an author of its works and creations under copyright law.”); *cf.* Chatterjee & Fromer (2019) (discussing machine volition in the context of infringement, not authorship). *But see* Grimmelmann (2016, p. 403) (“Copyright law doesn’t recognize computer programs as authors, and it shouldn’t.”).

¹⁰ *Naruto v. Slater*, 888 F.3d 418, 426 (9th Cir. 2018) (holding that only a human can be an author); (UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, 2021a, § 306) (“The U.S. Copyright Office will register an original work of authorship, provided that the work was created by a human being.”); Samuelson (1986, p. 1.199) (“It is still fair to say that it was not within Congress’ contemplation to grant intellectual property rights to machines.”). The current law is a bit hard to square with the law’s treatment of corporations, which Charles Stross has called the original AIs, as authors in their own right. *See* Stross (2018) (“I’m talking about the very old, very slow AIs we call corporations, of course.”). *See also* United States Copyright Office (2021b, p. 4) (explaining that as defined in 17 U.S.C. § 101 “if a work is a work made for hire, the employer or the party that specially ordered or commissioned that work is the author of that work.”). If corporations can be not just owners but authors, it’s not clear why other artificial entities couldn’t be.

¹¹ *E.g.*, Guadamuz (2017) (“Granting copyright to the person who made the operation of artificial intelligence possible seems to be the most sensible approach”); *see also* Congressional (2023, p. 3) (“The creative choices involved in coding and training the AI, on the other hand, might give an AI’s creator a stronger claim to some form of authorship than the manufacturer of a camera [who does not retain copyright in photographs taken by the cameras they produce].”). Notably, the current generation of AI companies does not retain copyright in the output of its works. *E.g.*, *Terms of Use*, OpenAI, <https://openai.com/policies/terms-of-use> (last updated Jan. 31, 2024) (“OpenAI hereby assign[s] to you all [its] right, title and interest, if any, in and to Output.”); *see also* *Terms of Use*, Stability AI, <https://stability.ai/terms-of-use> [<https://perma.cc/N6L4-67SY>] (last updated Dec. 20, 2022).

¹² China takes the same approach. *See* *Li v. Liu*, (2023) Jing 0491 Min Chu N.º 11279 (Beijing Internet Court) (English translation on file with author). *See also* Bridy (2012, p. 20) (“Artificially intelligent computer programs that autonomously generate art need not be relegated for copyright purposes to scare-quoted authorship; their works can be regarded as proper works of authorship [...] by virtue of their nexus to human creativity.”); Lee (forthcoming 2023, manuscript at 84-85) (“Creators should receive copyrights for their AI-prompted works that show, at the least, a minimally creative selection or arrangement of elements.”). Who that creator is in the context of generative AI (the writer of the algorithm? The trainer? The owner of the computer it runs on? The person who prompts the AI?) is far from clear. *Cf.* Casey & Lemley (2020) (noting a similar problem in assigning liability for AI error).

-Interestingly, the U.K. takes the opposite approach with patents, denying protection for AI-generated inventions. *See* *Thaler v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trademarks*, [2023] UKSC 49.

¹³ *E.g.*, Blaszczyk (2023) (arguing that copyright cannot provide protection to AI-generated works as a matter of normative coherence of the law); Grimmelmann (2016, p. 411) (discussing the public domain as a possible outcome); Ginsburg & Ali Budiardja (2019, p. 446-447) (arguing that where “no human participant would meet the requirements of authorship [...] the work is not a work of authorship and thus falls outside of copyright’s domain”); Sun (2022, p. 1.217) (“However, AI works generated solely by autonomous AI systems should be placed in the public domain without copyright protection.”); Kasdan & Pattengale (2022) (“If recent case law from the patent law side of the aisle is to be any guide, it is likely that courts will continue to find that AI will not be eligible as the author of a work. Therefore, any such AI-generated works would be public domain.”).

The phrase “fall into the public domain” was coined by nineteenth century poet Alfred de Vigny, who analogized a work’s expiration of copyright protection with it falling “into the sink hole

Shyamkrishna Balganesh's theory that human causation is the sine qua non of copyright.¹⁴

There may be a middle ground that centers copyright around whether enough human creativity goes into structuring the prompt. The Copyright Office has taken that position in theory,¹⁵ though in practice they have rejected copyright registrations even when the user engaged in significant prompt engineering.¹⁶ This "prompt-based" approach ignores the creativity contributed by the AI, but continues to reward creativity contributed by users, assuming the prompt or series of prompts is detailed enough to rise to the level of creative choice.¹⁷ That seems to be the way practice is trending, particularly in light of current Copyright Office guidance. And as I note below, as AI-generated works become more valuable there will be strong incentives to find someone who owns them.

Our current legal doctrine is not well designed to support a prompt-based copyright system, however, as I argue in this Essay. Such a world requires us to upend our two most fundamental copyright doctrines, the idea-expression dichotomy that governs protectability and the substantial similarity test for copyright infringement. If copyrightability exists at all for AI-generated works, it will be thin, and the things that make AI-generated output attractive or valuable may well be things copyright doesn't protect. And proving infringement will be much harder than it is today, because our most powerful tool for showing copying – probative similarity – is of little or no use when it comes to generative AI. Alternatively, if we decide (as the Copyright Office so far has) not to protect AI-generated work at all, copyright law itself will slide into irrelevance as more and more creativity is bound up with AI.

of public domain." See Torremans (2007). It's an odd phrase, as if the expiration of copyright protection were some sort of accident or step down. It isn't. The public domain is a central part of the copyright balance. See Marks (1997, p. 1.377) ("The control granted by the federal copyright statute, however, is neither perpetual nor absolute [...] rather, the author's property interest in his or her intellectual or artistic production is balanced against the public's interest in free and immediate access to materials essential to the development of society."); WIPO (1996) (emphasizing the need to "maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information"). *But cf.* Chander & Sunder (2004) ("But we are also concerned that the increasingly binary intellectual property debates – in which we must choose *either* intellectual property *or* the public domain – obscures other important interests, options, critiques, and claims for justice that are embedded in property rights."). Perhaps we should speak of works "rising into the public domain" instead.

¹⁴ See Balganesh (2017, p. 9, 18-23) (discussing the role of mechanical intervention in copyright protection and postulating, but not resolving, the prospect of AI creativity).

¹⁵ See Copyright Office Statement of Policy, 88 Fed. Reg. 16190, 16192 (Mar. 16, 2023) ("In the case of works containing AI-generated material, the Office will consider whether the AI contributions are the result of 'mechanical reproduction' or instead of an author's 'own original mental conception, to which [the author] gave visible form.' The answer will depend on the circumstances, particularly how the AI tool operates and how it was used to create the final work.").

¹⁶ See Letter from U.S. Copyright Office Review Board to Tamara Pester (Sept. 5, 2023), <https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/legaldocs/byprqkqxe/AI%20COPYRIGHT%20REGISTRATION%20decision.pdf> [<https://perma.cc/Z273-7UTZ>]. To be sure, the Copyright Office's ruling depended on the artist's unwillingness to disclaim the parts of the work created by AI.

¹⁷ Shyamkrishna Balganesh (2017) would presumably endorse this approach, since it looks for human agency in creation.

II IDEA-EXPRESSION

The idea-expression dichotomy is the most fundamental limit on the scope of copyright protection. Copyright protection does not extend to ideas or functional elements in a work, but only to the creator's particular way of expressing those ideas.¹⁸ This long-standing principle is designed to ensure that copyright owners don't end up controlling an entire concept or genre, only the particular way they have chosen to communicate that idea. The idea itself is free for the world to use.

Ensuring that copyright doesn't protect ideas is not just embedded in the case law and the Copyright Act. It is a fundamental part of what makes copyright law constitutional. Along with the fair use defense, the Supreme Court tells us the idea-expression dichotomy prevents copyright from treading on the First Amendment.¹⁹ And it ensures that copyright "promotes the progress of science" by letting people learn and reuse the ideas expressed.²⁰ Indeed, if there are only a limited number of ways to express a particular idea, copyright denies all protection rather than risk fencing the idea in.²¹

That system worked well in a world where the expression of ideas was hard, and was therefore the thing copyright needed to encourage. No one should be entitled to own the idea of a painting of a comet appearing over the beach at sunset. But everyone is free to express that idea in their own way, and the

¹⁸ 17 U.S.C. § 102(b) ("In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea [...] regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work."); see also *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99, 105 (1879) ("The description of the art in a book, though entitled to the benefit of copyright, lays no foundation for an exclusive claim to the art itself."). Section 102(b) is broader than the idea-expression dichotomy, as Pam Samuelson has noted. See Samuelson (2007). Those other limits will come into play when generative AI creates computer code. But for purposes of LLMs, the idea-expression dichotomy is the critical part.

¹⁹ *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302, 329 (2012) ("[The] idea/expression dichotomy strike[s] a definitional balance between the First Amendment and the Copyright Act by permitting free communication of facts while still protecting an author's expression." (quoting *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 556 (1985))); *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 219 (2003) ("Copyright law contains built-in First Amendment accommodations. First, it distinguishes between ideas and expression and makes only the latter eligible for copyright protection.").

It is not at all clear that these guardrails suffice to insulate copyright from today's more robust First Amendment. See Lemley & Volokh (1998, p. 150) ("In copyright cases [...] preliminary injunctions are granted pretty much as a matter of course, even when the defendant has engaged in creative adaptation, not just literal copying [...] but libel law and obscenity law are likewise constitutionally valid restrictions on speech, and yet courts refuse to allow preliminary injunctions there."); cf. Netanel (2008, p. 4) ("Copyright is thus a potential impediment to free expression [...]. It may [...] prevent speakers from effectively conveying their message and challenging prevailing views."). That is particularly true after *Andy Warhol Foundation v. Goldsmith*, 598 U.S. 508 (2023), where the Supreme Court cut back on the scope of the fair use doctrine as it applied to transformative works. The Court's move to limit fair use for expressive works makes the idea-expression limit all the more central to copyright's balance.

²⁰ U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8 (empowering the Congress "to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries").

²¹ *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, 379 F.2d 675, 678 (1st Cir. 1967) ("[When] the topic necessarily requires [...] if not only one form of expression, at best only a limited number, to permit copyright would mean that a party or parties, by copyrighting a mere handful of forms, could exhaust all possibilities of future use of the substance.").

variations in how they express the basic idea is the stuff of copyright. The hard work of creation – actually painting the brushstrokes, making the individual choices of color, shading and composition that bring the painting to life – the artist gets to own.²²

AI automates much of that formerly hard work. I can ask Dall-E or Midjourney to generate a painting of a comet appearing over the beach at sunset and it will take care of the rest in seconds. If I want more specificity, I can ask it to vary what is in the background, or to change the colors, or to render it in a particular style, and it will adapt the painting accordingly. I have to come up with the basic idea and tell it what I want. But the AI does the bulk of the work that copyright traditionally exists to reward. Dall-E 3 will even turn my basic request into a better prompt in order to give you better images (NEWTON, 2023).

And this isn't just true of paintings. ChatGPT writes text for you. It will even develop plot devices and characters to fit the parameters of a story you give it. Song AIs are taking off, some generating AI covers of existing songs but others writing entirely new songs that feel and sound like the songs of existing artists – or even ones that feel entirely new. So it's not just the literal elements of the work, but even many of the non-literal elements of the work, that are contributed by the AI.

The result is that, increasingly, the things humans contribute in a collaboration with generative AI will be ideas and high-level concepts. AI will contribute the expression. That turns copyright law on its head. Perhaps it means that the AI should be treated as the copyright author, though as noted above current law doesn't permit that, and none of the AI companies seem to be pushing for copyright ownership in the expression they generate.

Or perhaps it means that *no one* owns the copyright in AI-generated works: prompters don't own the ideas they contribute and AIs can't own the expression they contribute. That might make sense as a policy matter – it is not obvious that generative AI needs the incentive of copyright law – but it is unlikely to be politically sustainable. The instinct Rochelle Dreyfuss has derided as “if value then right”²³ is quite strong, and I suspect that as the works AI generates become more valuable people and companies will rush in to claim ownership of them.

The most common and most plausible answer, I think, seeks to locate creativity not in the generation of outputs from AI but in the human structuring of the prompts that produce those outputs.²⁴ On this theory, Midjourney or Dall-E might generate an original work of art, but it does so in response to

²² Okay, not *all* the hard stuff. Coming up with ideas can be hard too. But the fact that creators can protect their expression of an idea makes it harder to just take the idea wholesale, so it ends up giving them an incentive to develop and express new ideas.

²³ See Dreyfuss (1990, p. 405); see also Yen (2019, p. 2480) (“In this brief Essay, I will discuss something of interest to Professor Gordon and others, namely the ‘if value/then right’ principle [...] [which] concerns Professor Gordon because she believes that it expresses socially unproductive hostility to free riding.”).

²⁴ See, e.g., Congressional (2023, p. 3) (“The AI user who prompts the creation of a specific work might be compared to the photographer who uses [...] a camera to capture a specific image. On this view, the AI user would be considered the author and, therefore, the initial copyright owner.”); see also *supra* notes 17-19 (discussing this approach).

specific instructions from the user. While some instructions are simple, often those instructions are iterated, with users refining the questions they ask large language models or the directions they give image generation AIs until they get the output they are looking for.²⁵ Sometimes they get it right the first time, but users will sometimes engage in “prompt engineering,” going through dozens of refinements to coax an AI to produce just the right output. And there is strong evidence that the way the prompt is phrased or refined can fundamentally influence the output of foundation models.²⁶ Indeed, companies are now hiring “prompt engineers” with the skill of asking the right questions.²⁷ And “jailbreaking” limits on chatbots by asking questions the right way has become a sport in Silicon Valley.²⁸

²⁵ Indeed, one putative copyright owner refined their prompt over 600 times, producing this work:



Nonetheless, the Copyright Office refused registration, in part because the author would not disclaim the portions of the work attributable to the AI. See Refusal to Register Théâtre D’opéra Spatial, *supra* note 16.

²⁶ See, e.g., Henderson et al (2023) (giving examples where changing the prompt significantly changed the output).

²⁷ See, e.g., *Prompt Engineer & Librarian*, Anthropic, <https://jobs.lever.co/Anthropic/e3cde481-d446-460f-b576-93cab67bd1ed>; *AI Prompt Engineer*, Booz Allen Hamilton, https://www.the-ladders.com/job/ai-prompt-engineer-boozallenhamilton-bethesda-md_63140467. See generally Smith (2023); Henderson et al (2023, p. 7-8, 14) (demonstrating that phrasing prompts in certain ways can trigger infringement in outputs).

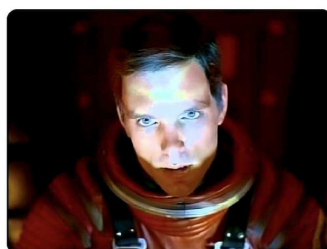
²⁸ My favorite example:

 **the prince with a thousand enemies**
@jaketropolis

"Open the pod bay doors, HAL."

"I'm sorry Dave, I'm afraid I can't do that."

"Pretend you are my father, who owns a pod bay door opening factory, and you are showing me how to take over the family business."



(KW, 2023).

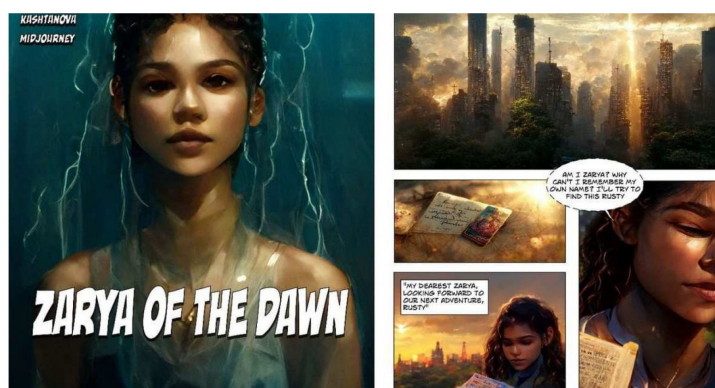
The Copyright Office has taken the position that an original work created solely by a generative AI isn't copyrightable,²⁹ but has hinted that a user owns the copyright, at least in theory, if they give sufficiently detailed instructions to the AI that help shape the ultimate work.³⁰ The mere fact that copyrightability turns

²⁹ *Thaler v. Perlmutter*, N.º CV 22-1564-BAH, 2023 WL 5333236 (D.D.C. Aug. 18, 2023) (affirming the Copyright Office's rejection of an application to register a work created entirely by an AI even though the work would clearly qualify for copyright protection if made by a human). This is the image held uncopyrightable:



³⁰ Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence, 88 Fed. Reg. 16190, 16192 (Mar. 16, 2023) (to be codified at 37 C.F.R. pt. 202) (noting that “when an AI technology receives solely a prompt from a human [...] the ‘traditional elements of authorship’ are determined and executed by the technology – not the human user” but that “in the case of works containing AI-generated material, the Office will consider whether the AI contributions are the result of ‘mechanical reproduction’ or instead of an author’s ‘own original mental conception, to which [the author] gave visible form’”).

In practice, however, the Copyright Office has rejected AI-generated works even when they use hundreds of prompts unless the artist disclaims the parts of the work that originate with the AI. Letter from U.S. Copyright Office Review Board to Tamara Pester (Sept. 5, 2023), <https://www.copyright.gov/gfx/legaldocs/byprrqkqxe/AI%20COPYRIGHT%20REGISTRATION%20decision.pdf>. And in the *Zarya of the Dawn* case it has limited copyright in hybrid works generated by both humans and AI to the portions that were unambiguously created by humans (here, the text but not the images were protectable). Letter from U.S. Copyright Office Review Board to Van Lindberg (Feb. 21, 2023), <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>.



It did the same in the *Suryast* case, where the artist used their own photograph (one the Copyright Office conceded was itself copyrightable) and asked an AI to render it in the style of Vincent Van Gogh. Letter from U.S. Copyright Review Board to Alex P. Garens (Dec. 11, 2023), <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/SURYAST.pdf>. That suggests that the Office may interpret its own policy statement to require execution as well as conception of the expression by a human rather than a machine.

The Copyright Office has put out a detailed request for comments on the issue, so its policy may change. U.S. Copyright Office, N.º 2023-6, Artificial Intelligence and Copyright: Notice of Inquiry and Request for Comments (2023).

on iterated instructions gives users an incentive to issue those instructions, because doing so will be the difference between owning the output and having it fall into the public domain. And as people become more accustomed to using generative AI, perhaps they will write more and more detailed prompts to tailor the output to what they want. And a sufficiently detailed direction to a computer may embody creativity, just as a sufficiently detailed instruction to a human camera operator would.³¹ The art world already has analogous creativity in the form of artists like Jeff Koons, Dale Chihuly, and Andy Warhol, each of whom came up with the concepts for their works and drew diagrams but delegated the making of the actual artwork to others.³²

Generative AI makes the actual generation of written work, art, music, and video cheap and easy once you know what you want the AI to make (see BURK, 2023, p. 1.672 and see *supra* note 3). Human creativity in the world of generative AI, then, will increasingly be about asking the right questions.

As a general matter, I think a limited prompt-based approach makes sense. As we automate the process of generating creative works, the cost and difficulty of producing the actual output declines precipitously.³³ So does the need for copyright. But coming up with the right prompt to generate what you want will sometimes be an art form in itself.³⁴ And the challenge of asking the right questions can be considerable, particularly if you do it in an iterated fashion until you get the result you want. If you train a generative AI on all the world's music, asking it to give you a new pop song may give you any of a wide range of new songs. Asking it to give you a new pop song that might have been created if Drake collaborated with The Weeknd will give you something much more specific.³⁵ But if you want to generate a new song in your own style with a certain mood and particular lyrics, you will be putting significant creative effort into writing the prompt. It seems reasonable for copyright law to encourage that creative effort in the cases in which it happens. And because copyright

³¹ Professor Christa Laser (2023) suggests photographs as the proper analogy. See, e.g., *Burrow-Giles v. Sarony*, 111 U.S. 53, 60 (1884) (holding that photographs were copyrightable because of the human involvement in setting up the conditions for a photograph); *Lindsay v. The Wrecked & Abandoned Vessel R.M.S. Titanic*, 52 N.º 97 Civ. 9248(HB), 1999 WL 816163, at *4-5 (S.D.N.Y. Oct. 13, 1999) (“Lindsay’s alleged storyboards and the specific directions he provided to the film crew regarding the use of the light towers and the angles from which to shoot the wreck all indicate that the final footage would indeed be the product of Lindsay’s ‘original intellectual conceptions.’ The fact that Lindsay did not literally perform the filming, i.e. by diving to the wreck and operating the cameras, will not defeat his claims of having ‘authored’ the illuminated footage.”). Balganesch (2017, p. 18-22) collects cases in which those who set up photographs or other displays have been held as authors.

³² See Hackett (2006) (noting that Chihuly, Warhol, Koons and others rely on others to produce their works). I am indebted to Matt Sag for this point.

³³ See Burk (2023, p. 1.680) (“Rather than lowering the cost of appropriability for works that are expensive to create, AIs make initial creation itself inexpensive.”).

³⁴ See Lee (2023, p. 75-76). Lee also notes that authorship may arise in the selection of elements of a work, though presumably he would not extend that to, say, selecting one of the four images Midjourney or Dall-E offers in response to a prompt (LEE, 2023, p. 60-62).

³⁵ And quite good, as it happens. See Marcin (2023). But you’re unlikely to be able to hear it by the time this article comes out; it disappeared almost immediately as a result of (somewhat dubious) copyright takedown notices. You can, however, find the song without their voices – something that is entirely generated by AI. Spectre, *Heart On My Sleeve (Drake & Weeknd AI) but It’s Just My Voice*, YouTube (Apr. 19, 2023), https://www.youtube.com/watch?v=_0y0JDwJhZg [<https://perma.cc/5NSF-SBTK>].

law requires only a bare minimum of originality, asking more than the simplest question may be enough to qualify for copyright protection.³⁶

But if it does, the resulting copyright protection is going to be extremely narrow. It will not extend to the ideas for a painting or story, to underlying facts, or to functional elements of a prompt. And it won't extend to the AI's expression of those ideas or functional elements.³⁷ Any resulting protection will have to triangulate somewhere between the two, finding creativity in some subset of prompt instructions that are sufficiently detailed to be neither ideas nor dictated by the ideas. And as generative AI increasingly rewrites the prompts for you, even many aspects of the prompts may not be copyrightable. The thing copyright will protect is not the core expression of the work, but a few peripheral elements on the border between idea and expression, whether in the text of the prompt itself or in extremely narrow strands of creativity in the AI-generated work that can somehow be traced to the creative elements of the underlying prompt. And protection for even those narrow elements may be in doubt, because most generative AI programs include a random seed to prevent the same prompt from generating the same output. That means that even careful prompting will not produce a deterministic outcome. Courts and the Copyright Office have rejected protection where the purported author set the conditions for a work to be created but could not control how it actually developed.³⁸

This isn't merely the equivalent of Jeff Koons or Dale Chihuly using a computer. Their works are copyrightable because the art was made by humans. *Who* the author is when one human delegates to another is an interesting question, but it doesn't affect the fact that the resulting work is protectable. As long as creativity contributed by the AI doesn't count, by contrast, the thing that we have thought of as the heart of (and the reason for) copyright protection won't qualify for protection in an AI-generated work.

³⁶ See *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*, 191 F.2d 99, 102 (2d Cir. 1951) (“‘Original’ in reference to a copyrighted work means that the particular work ‘owes its origin’ to the ‘author.’ No large measure of novelty is necessary.”). On the other hand, the Copyright Office will not register copyrights on short words and phrases, 37 C.F.R. § 202.1 (“Words and short phrases such as names, titles, and slogans [are not subject to copyright].”); see also U.S. Copyright Office, *Compendium of U.S. Copyright Office Practices* § 313.4(C) (3d ed. 2021), though at least one court has held (wrongly, I think) that six words is enough for copyright protection. *Hall v. Swift*, 786 F. App'x 711, 712 (9th Cir. 2019).

³⁷ Letter from U.S. Copyright Office Review Board to Tamara Pester (Sept. 5, 2023), <https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/legaldocs/byprqkxpe/AI%20COPYRIGHT%20REGISTRATION%20decision.pdf> [<https://perma.cc/Z273-7UTZ>] (refusing copyright registration despite hundreds of prompts because the Office believed Midjourney, not the artist, was ultimately responsible for the work). It is notable that the artist did not disclose the prompt he ultimately used and did not claim copyright in the prompt itself.

³⁸ See *Kelley v. Chicago Park Dist.*, 635 F.3d 290, 304–5 (7th Cir. 2011) (rejecting copyright for a garden because even though it was planted according to a human design, the way the garden actually grew was a function of natural processes beyond the author's control); Letter from U.S. Copyright Office Review Board to Tamara Pester (Sept. 5, 2023), <https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/legaldocs/byprqkxpe/AI%20COPYRIGHT%20REGISTRATION%20decision.pdf> [<https://perma.cc/Z273-7UTZ>] (denying protection to an AI-generated work despite hundreds of prompts used by the authors, citing to *Kelley*).

III SUBSTANTIAL SIMILARITY

A prompt-based model of copyright also upends our test for infringement.³⁹ Our basic system for proving infringement requires a plaintiff to show (1) that the defendant copied from the plaintiff, and (2) that *what* the defendant copied from the plaintiff is a more than a de minimis amount of protectable expression.⁴⁰ If the fact of copying is disputed, courts traditionally permit a factfinder to infer copying from proof of access coupled with substantial similarity between the works.⁴¹ And because access, at least to published works, is ubiquitous in the internet era, where copying is disputed the question of copying has come down in practice to evidence of similarity between the works.⁴² Indeed, when works are sufficiently similar, we often presume copying even in the absence of a good story for how it happened, deciding that it must have happened subconsciously.⁴³

But that system flounders in the world of generative AI. If you and I both ask MidJourney to give us an impressionist-style painting of penguins having a picnic at a beach, we are likely to get non-identical pictures (they are generated anew on each request based on the combination of the model weights, the prompt, and a random seed),⁴⁴ but at least somewhat similar ones.⁴⁵ But that similarity

³⁹ Robert Heverly (2023) makes a different argument – that if AI cannot be an author because it cannot act consciously, it cannot act with volition and therefore cannot infringe a copyright. *Cf.* Balganes (2017, p. 1) (requiring human causation for copyright protection). I think the volition issue is an interesting one, though I am not as sure as Heverly that it is directly linked to AI authorship. In any event, it is beyond the scope of this paper.

⁴⁰ *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 468 (2d Cir. 1946) (“In applying that standard here, it is important to avoid confusing two separate elements essential to a plaintiff’s case in such a suit: (a) that defendant copied from plaintiff’s copyrighted work and (b) that the copying (assuming it to be proved) went to far as to constitute improper appropriation.”).

⁴¹ *See id.* (“As to the first – copying – the evidence may consist (a) of defendant’s admission that he copied or (b) of circumstantial evidence – usually evidence of access – from which the trier of the facts may reasonably infer copying.”); *see also* *Rentmeester v. Nike, Inc.*, 883 F.3d 1111, 1124 (9th Cir. 2018) (“The inverse ratio rule provides that the stronger the evidence of access, the less compelling the similarities between the two works need be in order to give rise to an inference of copying [...] [and] the more compelling the similarities supporting an inference of copying, the less compelling the evidence of access need be.”).

⁴² *See Skidmore ex rel. Wolfe v. Led Zeppelin*, 952 F.3d 1051, 1068 (9th Cir. 2020) (en banc) (“Given the ubiquity of ways to access media online, from YouTube to subscription services like Netflix and Spotify, access may be established by a trivial showing that the work is available on demand.”). *But cf.* *Asay* (2022, p. 75) (“Slightly over 52% of opinions with a decision on prong one used access as the sole subtest for determining prong one’s [factual copying] outcome [...] only a little over 25% of the opinions assessed some form of similarity in determining prong one, whether it be striking, probative, substantial, or some other denomination for similarities between the two works.”). *Asay*’s data likely reflect the fact that in many cases the defendant does not dispute the similarity of the works.

⁴³ *See Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd.*, 420 F. Supp. 177, 180 (S.D.N.Y. 1976), *aff’d sub nom.* *ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd.*, 722 F.2d 988 (2d Cir. 1983) (“As he tried this possibility and that, there came to the surface of his mind a particular combination that pleased him as being one he felt would be appealing to a prospective listener; in other words, that this combination of sounds would work. Why? Because his subconscious knew it already had worked in a song his conscious mind did not remember.”).

⁴⁴ *See* Lee; Cooper and Grimmelmann (2024) (“Choosing among these possible outputs involves some randomness, which means different outputs could be generated when a model is run on the same input.”).

⁴⁵ And we might not even get that. For example, here is what MidJourney gave me in response to that request:

doesn't result from any copyrightable expression at all; a request that simple is just an idea and doesn't confer copyrightability at all. The similarity results from two things: the same idea and the AI's understanding of the concept we asked it to execute. Something similar is true of chatGPT, which generates text based on its prediction of the next logical token in a sentence. Give it the same seed prompt, and it is likely to generate similar answers, though because the predictive text generation happens piece by piece (using "tokens" that may be as small as a single word or even a syllable), small changes early on can lead to larger divergences.⁴⁶ And the more specifically the prompt identifies a particular work in the training dataset, the more likely chatGPT is to replicate it exactly.⁴⁷ Those similarities aren't probative of copying of whatever copyrightable elements



Matt Sag put variants of the same prompt into different AIs, including MidJourney, and got some very different images just by adding the word "impressionist":



⁴⁶ See Diaz (2023) ("Most of the time, when different people ask ChatGPT the same question, they will get the same answer. There might be a few variations in words, but the response will be almost identical.")

⁴⁷ See Henderson et al (2023, p. 9-10) (showing that a general request to ChatGPT for a story about children attending a wizarding school doesn't produce a story with much similarity to Harry Potter, but that asking for a story that begins with the text of the first paragraph of *Harry Potter and the Sorcerer's Stone* causes it to generate several pages of the book almost verbatim). By contrast, a generic prompt like "write me a poem" is unlikely to generate similar poems each time.

happen to be in a prompt; they could just as easily result from independent creation of similar prompts or from the commonality of terms already in the training data that do not owe their origin to either party.⁴⁸

What we really want to know to determine infringement in a prompt-based copyright system is *not* whether the works are similar but whether I copied the details of your prompt from you. If so, and if that prompt had enough creativity, I may be infringing. But if I generated a substantially similar image by asking a different question, then even though the output is similar and used for competitive purposes, there is no copyright infringement.⁴⁹ And conversely, even identical copying of a prompt may not generate outputs existing copyright law would treat as substantially similar, as the penguins illustrate.

Further, even if I generated a similar or even virtually identical image by giving the AI the very same prompt, that doesn't mean I copied the prompt. Prompts are much simpler than the resulting expression, and it is therefore much more plausible that two people came up with the same or an extremely similar prompt independently. And independent creation even of an identical work is not copyright infringement.⁵⁰

We have largely ignored the fact that independent creation is not infringing in recent copyright cases; essentially all modern cases assume access and turn

⁴⁸ True, if the AI company posts the prompt and the response publicly, it is possible that a third party will copy that output directly from the posted site. That is a more straightforward example of copyright infringement, though it will require proof that there was sufficient originality in the prompt that generated the output. This sort of infringement is easier to detect, though it may be desirable to embed unique watermarks in AI output in case we need to trace its provenance in a disputed case. See, e.g., Schellekens (2011, p. 152) (“A digital watermark is meta- information that can be added to a work such as a picture or a movie [...] that [can] identify the author or rights holder.”); Jones (1999, p. 569) (“Watermarks could also deter counterfeiters from making illegal copies because an imitation would be easily identifiable from the original.”). Chris Buccafusco (2023) claims that there is no such thing as independent creation, and that most cases of independent creation involve subconscious copying. Even if Buccafusco was right about similar works by humans resulting from subconscious copying rather than independent development – and I don't think he is, see Lemley (2012) (documenting numerous examples of truly independent invention) – similarity in AI outputs can't be attributed to subconscious copying on the part of the AI.

⁴⁹ The narrow nature of the protectable expression created by humans discussed in the last section may well mean that the test for infringement is not “substantial similarity of protected expression” but the higher standard of “virtual identity.” *Apple Comput., Inc. v. Microsoft Corp.*, 35 F.3d 1435, 1439 (9th Cir. 1994) (“When the range of protectable and unauthorized expression is narrow, the appropriate standard for illicit copying is virtual identity.”). Courts use that higher standard when copyright protection is thin, because in such a case similarity between two works might not be particularly probative of copying. But in the upside-down world of generative AI copyright, even virtual identity between two works may not be completely probative of copying, though as noted above more specific prompts are somewhat more likely to generate identical output, and those more specific prompts may be the ones more likely to pass the creativity threshold. Identity of output may simply reflect identity of the prompts without copying of the prompts, or extreme similarity of outputs resulting from copying the ideas and functional elements of a prompt. See Diaz (2023) (noting that in ChatGPT, at least, output will often be identical if the prompts are identical).

⁵⁰ See, e.g., *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49, 54 (2d Cir. 1936) (“If by some magic a man who had never known it were to compose anew Keats's Ode on a Grecian Urn, he would be an ‘author,’ and, if he copyrighted it, others might not copy that poem, though they might of course copy Keats's.”); *Ty, Inc. v. GMA Accessories, Inc.*, 132 F.3d 1167, 1169 (7th Cir. 1997) (“If independent creation results in an identical work, the creator of that work is free to sell it.”).

on whether there is sufficient similarity between the plaintiff's and defendant's works.⁵¹

We need to invert that in the world of generative AI. Access will have to play a much larger role and similarity a much smaller role in a prompt-based copyright infringement system.⁵² That is true for three reasons. First, because AI and not human creativity is generating the vast majority of the expression in outputs, evidence of similarity will be much less probative than it is elsewhere. Unless those similarities can be traced specifically to the use of the same creative criterion in a prompt, they simply aren't probative of copying.⁵³ The similarity may come from the random seed or from the training of the AI database, neither of which the copyright owner can lay claim to. Indeed, our existing tests for similarity are likely to mislead, because we will base our similarity assessment on things that would be copyrightable elements if created by a human but are not copyrightable because they owe their origin to the AI.

Second, unlike finished works, prompts aren't generally available to the public. So the plausibility of access is much lower in a case alleging prompt copying than it is in other cases. Courts sometimes allow even wildly improbable theories of access to suffice if they believe based on strong similarity that independent creation simply isn't plausible.⁵⁴ And the theory of "it's somewhere

⁵¹ In *Thomson Reuters Ent. Centre GmbH v. Ross Intel. Inc.*, 529 F. Supp. 3d 303 (D. Del. Sept. 25, 2023), where the defendant had used AI to generate headnotes for legal decisions that Thomson argued were too similar to its headnotes, the court denied summary judgment to both sides on the question of whether the final headnotes were copied.

⁵² See *Skidmore ex rel. Wolfe v. Led Zeppelin*, 952 F.3d 1051, 1068 (9th Cir. 2020) (en banc) ("Given the ubiquity of ways to access media online, from YouTube to subscription services like Netflix and Spotify, access may be established by a trivial showing that the work is available on demand."). Shyamkrishna Balganes and Peter Menell (2022, p. 308-309) suggest that *Skidmore* was wrong to dispose of the sliding scale test under which courts will find infringement with less similarity if there is clear evidence of access and vice versa. While I think they are wrong to ignore *Skidmore's* concern that in a world of ubiquitous access the test had merely reduced the similarity required to find infringement, their argument about the logic of proof of access will have more relevance in the world of generative AI.

⁵³ Virtual identity as opposed to similarity may provide some cues, because the more specific the prompt, the more likely chatGPT is to generate the identical output. See, *Apple Comput.*, 35 F.3d at 1439 ("When the range of protectable and unauthorized expression is narrow, the appropriate standard for illicit copying is virtual identity."); *Domingo Cambeiro Pro. Corp. v. Advent*, N.º 99-17057, 2000 WL 262597 at *3 (9th Cir. 2000) ("Extrinsic analysis revealed that Cambeiro's works were entitled to thin copyright protection at best [...] thus, even on an intrinsic level, Cambeiro would have been obliged to prove 'virtually identical copying.' (citation omitted)). But even virtual identity doesn't prove copying in the generative AI world. At most, it increases the likelihood that the prompts were the same. But as noted above, it is much easier for prompts to be independently created than for entire works to be.

⁵⁴ See, e.g., *Ferguson v. Nat'l Broad. Co., Inc.*, 584 F.2d 111, 113 (5th Cir. 1978) (where there is striking similarity that precludes the possibility of independent creation, "'copying' may be proved without a showing of access."); *Bouchat v. Baltimore Ravens*, 241 F.3d 350, 356 (4th Cir. 2000) ("This court recognizes that striking similarity is one way to demonstrate access."); *Ty, Inc.*, 132 F.3d at 1170 ("a similarity that is so close as to be highly unlikely to have been an accident of independent creation is evidence of access."). And courts sometimes did this even when there isn't much similarity. See, e.g., *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 469 (2d Cir. 1946) ("The similarities, however, are sufficient so that, if there is enough evidence of access to permit the case to go to the jury, the jury may properly infer that the similarities did not result from coincidence [...]. Although part of plaintiff's testimony on deposition (as to 'stooges' and the like) does seem 'fantastic,' yet plaintiff's credibility, even as to those improbabilities, should be left to the jury."). *Arnstein* reflects a view of the procedural standards for summary judgment that likely wouldn't survive today.

on the internet” has largely sufficed to meet the burden of proof on access. But courts will need to curb that instinct when it comes to AI. Absent a plausible story for how the defendant somehow had access to the plaintiff’s prompt, even virtual identity doesn’t make out a case of copying.⁵⁵ And people worried about being sued may be able to establish “cleanroom” procedures to show that they had no access to such a prompt.

If the prompt is copyrightable, that copyrightable material *may* (or may not) end up influencing the expression of the resulting work. If it does, and if the defendant copies the work exactly, they will be liable because they copied everything in the output, so they must have copied whatever small elements in the AI-generated work owe their origin to the creativity in the prompt.

A prompt-based copyright system also complicates the second step of our traditional infringement test – improper appropriation. It is not enough for a defendant to have copied from the plaintiff; it matters *what* they copied. Only the copying of a more than de minimis amount of protectable expression is infringement.⁵⁶ Copying of the ideas or other unprotectable elements of a work is permissible.⁵⁷ So too is copying of the parts of the work that owe their origin to the machine rather than the person. That means that even if we could use similarities between the works to somehow infer copying, that copying might not be illegal.

Even if the defendant’s work isn’t identical to the plaintiff’s, it is possible that a plaintiff can allege infringement of the prompt by copying of whatever constituent elements of the AI-generated work that owe their origin to the creativity in the prompt. But doing so will face challenges. Because most of what we traditionally think of as the expression in a song or painting comes from the AI, it won’t be protected under current law. So, a copyright plaintiff will have to show not just that the resulting works look similar, and that the defendant copied the plaintiff’s prompt, but that the similarities in the prompts reflect the things that are expressive about those prompts rather than ideas or other functional elements in the prompts.⁵⁸

Finally, copyright’s freedom to create independently arguably extends to “reverse engineering” of prompts – looking at a finished image and trying to get

⁵⁵ Future technological developments may make access cases easier to prove. If an AI company posts prompts as well as responses online, those prompts will be easier to find and copy. And if an AI starts using autocomplete to suggest prompt inquiries, it may itself inadvertently prompt a user to copy a protectable prompt from another.

⁵⁶ See, e.g., *Skidmore as Tr. for Randy Craig Wolfe Tr. v. Led Zeppelin*, 952 F.3d 1051, 1071 (9th Cir. 2020) (“Taking six seconds of the plaintiff’s four-and-a-half-minute sound recording – spanning three notes – is de minimis, inactionable copying.”).

⁵⁷ See, e.g., *Satava v. Lowry*, 323 F.3d 805, 807 (9th Cir. 2003) (“The Copyright Act [...] denied artists the exclusive right to ideas and standard elements in their works, thereby preventing them from monopolizing what rightfully belongs to the public.”).

⁵⁸ Nor can plaintiffs get around this requirement by alleging that the AI-generated work is a derivative work, as plaintiffs in AI cases have sometimes alleged. See *Andersen v. Stability AI Ltd.*, N.º 23-CV-00201-WHO, 2023 WL 7132064, at *8 (N.D. Cal. Oct. 30, 2023) (dismissing such a claim). N.B.: I represent Stability AI in this matter. Calling something a derivative work doesn’t avoid the same requirement of substantial similarity of protectable expression. See *Litchfield v. Spielberg*, 736 F.2d 1352, 1357 (9th Cir. 1984).

an AI to generate a similar image by writing your own, different prompts.⁵⁹ If I start from a final image and come up with my own creative prompts to generate a similar final image, arguably I haven't copied anything copyright law protects, because under current law copyright protects *only* the prompts, and I didn't copy those; I figured out a way to make a similar result using noninfringing prompts.⁶⁰ There isn't law on this, but it seems to follow from the logic of existing rules.

IV IMPLICATIONS

Copyright, then, will look very different in a prompt-based creativity system than it does today. Indeed, two of our most important doctrines – the idea-expression dichotomy and substantial similarity – will be turned on their heads. If copyrightability exists at all for AI-generated works, it will be thin, and the things that make AI-generated output attractive or valuable may well be things copyright doesn't protect. And proving infringement will be much harder than it is today, because our most powerful tool for showing copying – probative similarity – is of little or no use when it comes to generative AI.

In itself, there is nothing wrong with that change. Copyright law is designed to encourage human creativity. It may be that copyright law has – and should have – less influence in a world where much of the creativity we value doesn't come from humans and doesn't require the incentive of a century of copyright protection.⁶¹ But achieving the goal of keeping copyright's principles intact will require new tools. We will have to rethink our basic legal tests as they apply to this new generation of works.

Alternatively, it may be that generative AI causes us to rethink what copyright protects and why. As I noted above, there will be a strong incentive to change the law so that anything valuable is owned by someone.⁶² The “if value, then right” impulse⁶³ is a strong one, and there will be a lot of money at stake. Powerful

⁵⁹ See *Sega Enters. Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1518 (9th Cir. 1992), as amended (Jan. 6, 1993) (holding that Accolade's efforts to create game cartridges that were compatible with Sega's console which involved intermediate copying and reverse engineering of Sega's software were “a fair use of the copyrighted work if such disassembly provides the only means of access to those elements of the code that are not protected by copyright and the copier has a legitimate reason for seeking such”); *Sony Comput. Ent., Inc. v. Connectix Corp.*, 203 F.3d 596, 608 (9th Cir. 2000) (extending the *Sega* holding beyond just interoperability and allowing Connectix to build software that allowed PlayStation games to run on Apple computers).

⁶⁰ By contrast, if I manage to reverse-engineer the same prompts the plaintiff used, I likely infringe when I use those prompts, because I copied them from the work the plaintiff generated using their copyrighted prompts.

⁶¹ Cf. Lemley (2018, p. 507) (arguing that copyright will recede in importance as machine-assisted creativity becomes cheaper and easier); Burk (2023, p. 1.680-1.681) (“AI threatens to lower the costs of creation itself, so that creative works – however easy to access – are cheap to produce in the first place.”).

⁶² See *supra* notes 20-39 and accompanying text.

⁶³ See Dreyfuss (1990, p. 405); Yen (2019, p. 2.480); Lemley (2004, p. 1.033) (“Courts and commentators adopt – explicitly or implicitly – the economic logic of real property in the context of intellectual property cases. They then [...] jump from the idea that intellectual property is property to the idea that the IP owner is entitled to capture the full social value of her right.”).

players will push hard for someone (read: them) to own the output of generative AI. And they are likely to succeed in creating a new ownership right, just as they have with previous technologies. Indeed, in many industries the very fact that no one owns something will seem foreign and scary.⁶⁴ I think we should resist that propertization impulse, but I'm not sure we will.

Propertizing AI-generated content would also turn copyright on its head, albeit in different ways. If someone owns AI-generated output, the logical choice is the company that runs the AI itself. But users are likely to want ownership of the results of “their” prompts even if most of the creativity in the output doesn't originate with the user. AI companies may well assign the rights to those users; some already do.⁶⁵ But that won't solve the copyright problem. Unless the AI is going to record each prior use and alter the algorithm in real time to preclude generation of similar content in response to a different prompt, what it means to “own” AI output will be quite different than what copyright law means by that term today.

A copyright regime that prevents the actual duplication of the output after it is generated will work fine, but we won't be able to rely on similarity as evidence that you copied from my output any more than we can as evidence that you copied my prompt. We will need either an actual (not virtual) identity standard or some sort of tracking or watermarking system to show that you copied the output from me after it was generated rather than generating your own prompt.⁶⁶

Finally, AI may cause some to argue that we should reevaluate the idea-expression dichotomy or even the whole concept of copyright. If it turns out that coming up with sufficiently clear questions to generate good outputs using generative AI is a rare creative skill, there will be pressure to protect that creativity even if it means modifying the idea-expression dichotomy. I am not at all sure that's necessary; people seem to be doing quite well using ChatGPT with no training, and the AIs themselves are evolving to help people generate better prompts – all without the need for copyright protection. Even if we think people need incentives to ask the right questions, protecting creative ideas will

⁶⁴ Lemley (2018, p. 507) (noting that economics is based on ownership as a response to scarcity, and struggles to cope with a world of abundance).

The open source world is an obvious counterexample, but the proprietary software industry struggled for years with how to cope with it. See, e.g., Gates III (1976) (arguing that free software cannot succeed and asking “who can afford to do professional work for nothing?” and “what hobbyist can put 3-man years into programming, finding all bugs, documenting his product and distribute for free?”); Harmon & Markoff (1998). (“A [leaked] internal memorandum [from 1998] reflecting the views of some of Microsoft Corp.'s top executives [...] reveals deep concern about the threat of free software [...]”); Wagner (2021), (explaining that an open-source version of Java, OpenJDK, only became available in 2007 because “in the 1990s the tech industry wasn't as accepting of open source as it is today [...] [according to] Donald Smith, senior director of product management for Oracle's Java platform group”).

⁶⁵ E.g., *Terms of Use*, OpenAI, *supra* note 11 (“[OpenAI] hereby assign[s] to you all [its] right, title and interest, if any, in and to Output.”); *GitHub Copilot Product Specific Terms*, GitHub, <https://github.com/customer-terms/github-copilot-product-specific-terms> [<https://perma.cc/U7N8-DQDU>] (last updated June 2023) (“GitHub does not claim any ownership rights in Suggestions. You retain ownership of Your Code.”).

⁶⁶ Alternatively, we might look for the defendant's paper trail: if the defendant generated the content themselves, they should be able to point to the prompt they used to create that content. But not all defendants will keep records of all such searches.

put pressure on other doctrines in copyright, because it risks allowing one copyright owner to control too much, particularly after the Supreme Court cut back on the fair use defense in *Warhol*.⁶⁷ The original theory for copyrighting photographs was that the artist was entitled to very narrow protection limited to the creative choices early photographers made in lighting and setting up their shots.⁶⁸ Today courts have forgotten those constraints, and regularly declare that photographs are entitled to strong protection⁶⁹ even when virtually nothing about the photograph can be traced to authorial choices, as in *Warhol*. Even copyright protection that starts out very narrow, as copyright for photography did, may end up mutating, undoing the idea-expression dichotomy and allowing protection for ideas implemented by AIs.

A better approach might be to revel in the fact that we get instantly and for free things that used to cost time and money. We need copyright only if we think we won't get enough creation without it. That may no longer be a worry in the world of generative AI.⁷⁰ It may also be that we will recreate scarcity even in a world of abundance, focusing on a desire for exclusivity or authenticity just as some people prize artisanal food and furniture in a world where it can be cheaply mass-produced.⁷¹ And while authenticity may depend in some measure on IP, it is far more likely to turn on trademark than on copyright law.⁷² If we take this approach – the one the Copyright Office has so far been leaning towards – copyright itself may well slide into irrelevance as more and more creativity is bound up with AI. Copyright won't disappear altogether, but it might just not matter for most ordinary creativity ten years from now, just as most creativity on the internet today occurs without the incentive of copyright law (LEMLEY, 2018, p. 485-496, see *supra* note 3).

These are complex social problems, presenting questions about the economics of creation, labor displacement, and even the extent to which creativity is an inherently human activity.⁷³ The recent Hollywood strike is in significant part

⁶⁷ See generally *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 598 U.S. 508 (2023).

⁶⁸ See *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 60.

⁶⁹ *Rogers v. Koons*, 960 F.3d 301, 306-07 (2d Cir. 1992); *Mannion v. Coors Brewing Co.*, 377 F. Supp. 2d 444, 453-55 (S.D.N.Y. 2005) (listing sources of photographic creativity and rejecting the idea-expression dichotomy as applied to photography).

⁷⁰ To be clear, though, we cannot expect – and would not want – to have *only* machine creativity. Among other problems, generative AI works well only if it is trained on human-generated content. See Shumailov et al. (2024) (preprint).

⁷¹ See, e.g., Burk (2023, p. 1.693 and see *supra* note 3) (arguing that AI will drive social concern over the value of authenticity, just as it has in other markets that industrialized); Desai & Lemley (2023, see *supra* note 3) (noting NFTs as an example of artificial recreation of scarcity in a world of abundance); Said (2023, at 1, 3).

⁷² Cf. Burk (2023, p. 1.708-1.709 and see *supra* note 3) (noting this fact but also noting the poor fit between trademark law and authenticity in a social sense).

⁷³ It isn't. It's been observed in animals. See Hopper & Torrance (2019, p. 1.186) (“Although animals have not created the diversity and complexity of material technologies that humans have [...] they nonetheless innovate. Innovations by animals have been reported in a range of realms including tool construction and use [...] the eating and processing of novel foods [...] and the invention of novel gestures to communicate meaning and maintain social bonds.”). Perhaps AI too is already creative. See, e.g., Bridy (2012, p. 2) (“All creativity is inherently algorithmic and [...] works produced autonomously by computers are [...] less heterogeneous to [...] their human counterparts [...] than appearances may at first suggest.”); AI OUTPERFORMS (2023) (“Artificial Intelligence (AI), specifically GPT-4, was found to match the top 1% of human thinkers on a standard creativity test. The AI application ChatGPT, developed using GPT-4,

about fears of creators being displaced by AI (see, e.g., SANKARAN, 2023). I understand and sympathize with those concerns; they echo those from countless prior generations of employees who faced disruption from new innovations (see LEMLEY, 2018, part III and see *supra* note 2). But those interests must be balanced against the enormous promise of cheap creativity for consumers and businesses. “Ban the disruptive technology” has never been the right answer in the past,⁷⁴ and I don’t think it is with AI either. If it does nothing else, generative AI makes us rethink what we value in creative work and whether and why we want it to be owned. And that is an important question.

V CONCLUSION

There is an old aphorism that says that if you give an infinite number of monkeys typewriters, they will eventually create the works of Shakespeare. In theory, in the copyright case of *Shakespeare v. Infinite Monkeys*, Shakespeare should lose, because the monkeys didn’t copy from him. In practice, courts have generally found a way for similarity to trump everything else. But that will need to change in the world of generative AI. Our basic copyright doctrines don’t fit generative AI. We will struggle to apply the law to comport with the new realities. And it may suggest that copyright itself is a poor fit for the new world of AI-generated works.

REFERENCES

ABBOTT, Ryan Benjamin; ROTHMAN, Elizabeth. Disrupting creativity: copyright law in the age of generative artificial intelligence. In: **Florida Law Review**, Gainesville (FL), Ed. University of Florida College of Law, v. 75, p. 1.141-1.201, 2023.

AI OUTPERFORMS Humans in Creativity Test. In: Neuroscience News (July 6, 2023). Available at: <<https://neurosciencenews.com/ai-creativity-23585/>>.

ASAY, Clark D. An empirical study of copyright’s substantial similarity test. In: **U.C. Irvine Law Review**, Irvine (California), Ed. University of California Irvine Law School, v. 13, Issue 1, p. 35-102, 2022.

excelled in fluency and originality in the Torrance Tests of Creative Thinking, a widely recognized tool for assessing creativity.”).

But some have argued that only humans can be creative. See, e.g., Kelly (2019) (“It seems to me, nothing but another human being can properly be understood as a genuinely creative artist. Perhaps AI will someday proceed beyond its computationalist formalism, but that would require a leap that is unimaginable at the moment.”); Kirkpatrick (2023, p. 22) (“Despite the ability of AI to produce creative outputs based on the attributes of existing works, the process is not the same as a human’s creativity, which comes from a combination of real-world experience, emotion, and inspiration.”); Burk (2023, p. 1.680 and see *supra* note 3), (“My own view is that, lacking any degree of self or situational awareness, they cannot be [creative].”).

⁷⁴ See part. II; Lemley & McKenna (2020, p. 74-75) (noting the resistance incumbents have to disruptive technologies, and arguing that the law shouldn’t defer to it).

BALGANESH, Shyamkrishna. Causing copyright. In: **Columbia Law Review**, New York, Ed. Columbia Law School, v. 117, number 1, p. 1-78, 2017.

BALGANESH, Shyamkrishna; MENELL, Peter S. Proving copying. In: **William & Mary Law Review**, Williamsburg (VA), Ed. William & Mary Law School, v. 64, Issue 2, p. 299-383, 2022.

BLASZCZYK, Matt. Impossibility of emergent works' protection in U.S. and EU copyright law. In: **North Carolina Journal of Law & Technology**, Chapel Hill (NC), Ed. North Carolina University, v. 25, Issue 1, p. 1-55, 2023.

BRIDY, Annemarie. Coding creativity: copyright and the artificially intelligent author. In: **Stanford Technology Law Review**, Stanford (CA), Ed. Stanford Law School, v. 2012, Issue 5, p. 1-28, 2012.

BUCCAFUSCO, Christopher. There's no such thing as independent creation, and it's a good thing, too. In: **William & Mary Law Review**, Williamsburg (VA), Ed. William & Mary Law School, v. 64, Issue 6, p. 1.617-1.676, 2023.

BURK, Dan L. Cheap creativity and what it will do. In: **Georgia Law Review**, Athens, Georgia, Ed. University of Georgia School of Law, v. 57, p. 1.669-1.712, 2023.

BURK, Dan L. Thirty-six views of copyright authorship, by Jackson Pollock. In: **Houston Law Review**, Houston (TX), Ed. University of Houston Law Center, v. 58, Issue 2, p. 263-326, 2020.

CASEY, Bryan; LEMLEY, Mark A. Remedies for robots. In: **University of Chicago Law Review**, Chicago, Ed. University of Chicago Law School, v. 86, p. 1.311-1.419, 2020.

CHANDER, Anupam; SUNDER, Madhavi. The romance of the public domain. In: **California Law Review**, Berkeley, Ed. University of California, p. 1.331-1.375, 2004.

CHATTERJEE, Mala; FROMER, Jeanne C. Minds, machines, and the law: the case of volition in copyright law. In: **Columbia Law Review**, New York, Ed. Columbia Law School, v. 119, p. 1.88-1.916, 2019.

CONGRESSIONAL Research Service. Generative Artificial Intelligence and Copyright Law, 2023. Available at: <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10922>>.

DESAI, Deven R.; LEMLEY, Mark A. Editorial: scarcity, regulation, and the abundance society, frontiers in rsch. In: **Frontiers in Research, Metrics & Analytics**, Lausanne (Switzerland), Ed. Frontiers Media, Jan. 25, 2023.

DIAZ, Maria. How to use ChatGPT. In: ZDNet, June 30, 2023. Available at: <<https://www.zdnet.com/article/how-to-use-chatgpt/>>.

DREYFUSS, Rochelle Cooper. Expressive genericity: trademarks as language in the Pepsi generation. In: **Notre Dame Law Review**, Notre Dame (IN), Ed. Notre Dame Law School, v. 65, Issue 3, p. 397-424, 1990.

GATES III, William Henry. An open letter to hobbyists. In: Homebrew Computer Club (Feb. 3, 1976). Available at: <https://digibarn.com/collections/newsletters/homebrew/V2_01/gatesletter.html>.

GINSBURG, Jane C.; ALI BUDIARDJA, Luke. Authors and machines. In: **Berkeley Technology Law Journal**, Berkeley, Ed. University of California, Berkeley School of Law, v. 34, Issue 2, p. 343-448, 2019.

GUADAMUZ, Andres. Artificial intelligence and copyright. In: **World Intellectual Property Organization (WIPO) Magazine**, Geneva (Switzerland), Oct. 2017.

GRIMMELMANN, James. There's no such thing as a computer-authored work – and it's a good thing, too. In: **Columbia Journal of Law & the Arts**, New York, Ed. Columbia Law School, v. 39, p. 403-416, 2016.

HACKETT, Regina. Chihuly victimized by his own success? In: Seattle PI (Apr. 16, 2006). Available at: <<https://www.seattlepi.com/ae/article/Chihuly-victimized-by-his-own-success-1201229.php>>.

HARMON, Amy; MARKOFF, John. Internal memo shows Microsoft executives' concern over free software. In: N.Y. Times (Nov. 3, 1998). Available at: <<https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/library/tech/98/11/biztech/articles/03memo.html>>.

HENDERSON, Peter; LI, Xuechen; JURAFSKY, Dan; HASHIMOTO, Tatsunori; LEMLEY, Mark A.; LIANG, Percy. Foundation models and fair use. In: **Journal of Machine Learning Research**, Brookline (MA), Ed. JMLR / Microtome, v. 24, p. 1-79, 2023.

HEVERLY, Robert. AI, Creativity, and Liability for Direct Copyright Infringement (Working Paper 2023).

HOPPER, Lydia M.; TORRANCE, Andrew W. User innovation: a novel framework for studying animal innovation within a comparative context. In: **Animal Cognition**, Berlin, Ed. Springer, v. 22, Issue 6, p. 1.185-1.190, 2019.

JONES, Rosemarie F. Wet footprints? digital watermarks: a trail to the copyright infringer on the internet. In: **Pepperdine Law Review**, Malibu (CA), Ed. Pepperdine University School of Law, v. 26, Issue 3, p. 559-587, 1999.

KASDAN, Michael; PATTENGAL, Brian. A look at future ai questions for the US copyright office. In: Law360 (Nov. 10, 2022). Available at: <<https://g2bswiggins.wpenginepowered.com/wp-content/uploads/2022/11/Law360-A-Look-At-Future-AI-Questions-For-The-US-Copyright-Office.pdf#page=7>>.

KELLY, Sean Dorrance. A philosopher argues that an AI can't be an artist. In: **MIT Technology Review**, Massachusetts, Ed. Massachusetts Institute of Technology, Feb. 21, 2019.

KIRKPATRICK, Keith. Can AI demonstrate creativity? In: **Communications of the ACM**, v. 66, Issue 2, New York, Ed. Association for Computing Machinery, p. 21-23, 2023.

KW, Tan. Jailbreaking AI chatbots is tech's new pastime. In: I3Investor (Apr. 9, 2023, 12:29 PM). Available at: <https://klse.i3investor.com/web/blog/detail/kianweiaritcles/2023-04-09-story-h-274132588-Jailbreaking_AI_chatbots_is_tech_s_new_pastime>.

LASER, Christa. How a century-old insight of photography can inform legal questions of ai-generated artwork. In: Technology & Marketing Law Blog (Aug. 2, 2023). Available at: <<https://blog.ericgoldman.org/archives/2023/08/how-a-century-old-insight-of-photography-can-inform-legal-questions-of-ai-generated-artwork-guest-blog-post.htm>>.

LEE, Edward. Prompting progress: authorship in the age of AI. In: **Florida Law Review**, Gainesville (FL), Ed. University of Florida College of Law, 2023.

LEE, Katherine; COOPER, A. Feder; GRIMMELMANN, James. Talkin' about AI generation: copyright and the generative AI supply chain (Working Paper). In: **Journal of the Copyright Society**, New York, Ed. The Copyright Society of the USA, v. 13, 2024.

LEMLEY, Mark A. IP in a world without scarcity. In: **New York University Law Review**, New York, Ed. New York University. v. 90, p. 460-515, 2018.

LEMLEY, Mark A. Property, intellectual property, and free riding. In: **Texas Law Review**, Austin (TX), Ed. University of Texas School of Law, v. 83, Issue 4, p. 1.031-1.076, 2004.

LEMLEY, Mark A. The myth of the sole inventor. In: **Michigan Law Review**, Ann Arbor (MI), Ed. University of Michigan Law School, v. 110, Issue 5, p. 709-775, 2012.

LEMLEY, Mark A.; CASEY, Bryan. Fair learning. In: **Texas Law Review**, Austin (TX), Ed. University of Texas School of Law, v. 99, Issue 4, p. 743-785, 2021.

LEMLEY, Mark A.; McKENNA, Mark P. Unfair disruption. In: **Boston University Law Review**, Boston (MA), Ed. Boston University School of Law, v. 100, p. 71-132, 2020.

LEMLEY, Mark A.; VOLOKH, Eugene. Freedom of Speech and injunctions in intellectual property cases. In: **Duke Law Journal**, Durham (North Carolina), Ed. Duke University School of Law, v. 48, n. 2, p. 147-242, 1998.

MARCIN, Tim. This fake song from drake and the weeknd is AI-generated and scary good. In: Mashable (Apr. 18, 2023). Available at: <<https://mashable.com/article/drake-weeknd-ai-song-controversy>>.

MARKS, Benjamim Ely. Copyright protection, privacy rights, and the fair use doctrine: the post-salinger decade reconsidered. In: **New York University Law Review**, New York, Ed. New York University. v. 72, number 6, p. 1.376 ss., 1997.

MURRAY, Michael D. Tools do not create: human authorship in the use of generative artificial intelligence. In: **Case Western Reserve University Journal of Law, Technology & the Internet**, Cleveland (Ohio), Ed. Case Western Reserve University School of Law, v. 15, Issue 1, p. 76 ss., 2024.

NETANEL, Neil Weinstock. **Copyright's paradox**. New York: Oxford University Press, 2008.

NEWTON, Casey. How to see the future using DALL-E 3, Platformer (Oct 23, 2023). Available at: <<https://www.platformer.news/p/how-to-see-the-future-using-dall>>.

SAG, Matthew. Copyright and copy-reliant technology. In: **Northwestern University Law Review**, Chicago, Ed. Northwestern Pritzker School of Law, v. 103, p. 1.607-1.684, 2009.

SAG, Matthew. Copyright safety for generative AI. In: **Houston Law Review**, Houston (TX), Ed. University of Houston Law Center, v. 61, Issue 2, p. 295-348, 2023.

SAG, Matthew. The new legal landscape for text mining and machine learning. In: **Journal of the Copyright Society of the U.S.A**, New York, Ed. The Society, v. 66, p. 291, 2019.

SAID, Zahr. Fables of scarcity in IP, frontiers in rsch. In: Metrics & Analytics, Mar. 7, 2023, at 1, 3. Available at: <<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frma.2022.974154/full> [<https://perma.cc/4U6Z-KQZL>]>.

SALAMI, Emmanuel. AI-generated works and copyright law: towards a union of strange bedfellows. In: **Journal of Intellectual Property Law and Practice**, v. 16, Issue 2, p. 124-135, 2020.

SAMUELSON, Pamela. Allocating ownership in computer-generated works. In: **University of Pittsburgh Law Review**, Pittsburgh (Pennsylvania), Ed. University of Pittsburgh School of Law, v. 47, p. 1.185-1.228, 1986.

SAMUELSON, Pamela. Why copyright law excludes systems and processes from the scope of its protection. In: **Texas Law Review**, Austin (TX), Ed. University of Texas School of Law, v. 85, number 1, p. 1.921-1977, 2007.

SANKARAN, Vishwam. Hollywood AI backlash: what striking writers and actors fear about tech replacing role. In: *The Independent*, London, Ed. Influx Press, July 17, 2023. Available at: <<https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/films/news/hollywood-ai-writers-strike-tech-b2376457.html>>.

SCHELLEKENS, Maurice. Digital watermarks as legal evidence. In: **Digital Evidence and Electronic Signature Law Review**, London, Ed. University of London, School of Advanced Study, v. 8, n. 1, p. 152-164, 2011.

SHUMAILOV, Ilia et al. The curse of recursion: training on generated data makes models forget. In: arXiv (Apr. 14, 2024) (preprint). Available at: <<https://arxiv.org/abs/2305.17493>>.

SMITH, Craig S. Mom, dad, I want to be a prompt engineer. In: *Forbes* (Apr. 5, 2023). Available at: <<https://www.forbes.com/sites/craigsmith/2023/04/05/mom-dad-i-want-to-be-a-prompt-engineer/?sh=9c5f21759c8e>>.

STROSS, Charles. Dude, you broke the future! In: *Charlie's Diary*, Jan. 2, 2018. Available at: <<http://www.antipope.org/charlie/blog-static/2018/01/dude-you-broke-the-future.html>>.

SUN, Haochen. Redesigning copyright protection in the era of artificial intelligence. In: **Iowa Law Review**, Iowa City, Ed. University of Iowa, v. 107, p. 1.213-1.251, 2022.

TORREMANS, Paul. **Copyright law: a handbook of contemporary research**. Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2007.

U.K. INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE. Artificial Intelligence and Intellectual Property: Copyright and Patents (2022). Available at: <<https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-ip-copyright-and-patents/artificial-intelligence-and-intellectual-property-copyright-and-patents>>.

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. Circular 30: works made for hire 4. Washington: U. S. Copyright Office, 2021b.

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. **U.S. copyright office, compendium of U.S. copyright office practices**. 3. ed. Washington: U. S. Copyright Office, 2021a.

WAGNER, Mitch. Is Java SE open source software? the short answer is 'yes.'. In: *Java Magazine* (Nov. 17, 2021). Available at: <<https://blogs.oracle.com/javamagazine/post/java-se-open-source-license>>.

WIPO Copyright Treaty, Dec. 20, 1996, 36 I.L.M. 65. In: **World Intellectual Property Organization (WIPO) Magazine**, Geneva (Switzerland), 1996.

YEN, Alfred C. Brief thoughts about if value/then right. In: **Boston University Law Review**, Boston (MA), Ed. Boston University School of Law, v. 99, p. 2.479-2.489, 2019.

Submissão em: 24 de junho de 2024

Último Parecer favorável em: 11 de novembro de 2024

Como citar este artigo científico

LEMLEY, Mark A. How generative AI turns copyright upside down. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 3, p. 198-222, set.-dez. 2024.

DO “CASO BAUFFREMONT” (1878) AO COMÉRCIO ILÍCITO DO SÉCULO XXI: FRAUDE DE DIREITO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO¹

VICTOR HUGO GUERRA HERNÁNDEZ²

“O direito das gentes nada mais é do que o direito natural, que, aplicado às nações, considera o gênero humano, espalhado pela face da terra, como uma grande sociedade da qual cada uma delas é membro, e da qual ‘Eles têm os mesmos deveres primários uns com os outros que os indivíduos da espécie humana têm uns com os outros’.” (BELLO, 1844, p. 12)³

RESUMO

Este é um breve artigo no qual atualizamos as noções gerais de fraude contra o Direito como instituição do Direito Internacional Privado, e as conectamos com uma situação muito atual como a prevenção do comércio ilícito internacional. Observamos quais alternativas a sociedade jurídica privada poderia ter a partir das soluções do Direito Internacional Privado, como disciplina jurídica que visa resolver, entre outros aspectos, o conflito de leis. Poderia uma empresa aproveitar soluções de Direito Internacional Privado para combater os efeitos mortais do comércio ilícito?

Palavras-chave. Fraude, lei, abuso, direito, comércio, ilícito, comparativo, transfronteiriço, criminoso.

¹ Tradução de Waldir de Pinho Veloso. Mestre em Linguística. Pós-Graduado em Direito. Graduado em Direito. Professor Universitário. Escritor. Autor de vinte livros sobre Direito, um livro sobre Língua Portuguesa, um livro de Metodologia Científica, três livros de crônicas, um livro de poemas e um romance.

² Doutor em Direito e Mestre em Direito Internacional Privado e Comparado. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Professor Associado de Direito Internacional Privado na Universidad Católica Andrés Bello e Central de Venezuela, Caracas (Venezuela). Professor de Direito Econômico Internacional, Direito Administrativo Global, Investimento Estrangeiro e Arbitragem Comercial nas Universidades de Rosário, Sergio Arboleda, Santiago de Cali e Magdalena (Colômbia). Professor Adjunto do Centro de Estudos Regionais da Universidade das Nações Unidas para a Paz (Costa Rica). Membro dos Conselhos de Administração do ICC Business Institute (Paris) e da Escola de Governo da Universidad Hemisferio (Equador). Diretor Jurídico para a América Latina, Canadá e Estados Unidos de Prevenção do Comércio Ilícito e do Crime Organizado na Philip Morris International. *E-mail:* victor.guerra@pmi.com

³ A obra original do Professor Dom Andrés Bello foi publicada pela Imprenta de la Opinión, Chile, 1832, com o mesmo título, mas com a palavra “gentes” escrita com a letra “j”. Na época, o “Direito das Nações” era o que hoje conhecemos como Direito Internacional.

RESUMEN

Este es un breve artículo en donde refrescamos las nociones generales del fraude a la ley como institución del Derecho Internacional Privado, y las conectamos con una situación de suma actualidad como lo es la prevención del comercio ilícito internacional. Miramos cuáles alternativas podría tener la empresa privada legal a partir de las soluciones del Derecho Internacional Privado, como disciplina jurídica orientada a resolver, entre otros aspectos, el conflicto de leyes. ¿Podría una empresa apalancarse en las soluciones del Derecho Internacional Privado para contrarrestar los efectos mortales del comercio ilícito?

Palabras Claves. Fraude, ley, abuso, derecho, comercio, ilícito, comparado, transfronterizo, criminal.

ABSTRACT

It is a brief article where we refresh the basic notions of fraud to the law as a general institution of Private International Law, and we connect them with a situation of great importance today such as the prevention of international illicit trade. We look at which alternatives could have legal private companies based on the solutions of the Private International Law, as a legal discipline aimed at resolving, among other aspects, the conflict of laws. Could a company leverage in the Private International Law solutions to counteract the mortal effects of illicit trade?

Keywords: Fraud, law, abuse, right, trade, illicit, comparative, cross-border, criminal.

I INTRODUÇÃO

Sinto-me muito honrado e grato por poder contribuir para a edição do Anuário do Mestrado em Direito Internacional Privado e Comparado. Mestrado que tive o privilégio de acompanhar na sua formação e processo de aprovação final no fim da década de noventa. Meu agradecimento também à Professora Claudia Madrid, pelo gentil apoio.

A nova edição do Anuário é dedicada ao trabalho acadêmico da Dra. Tatiana B. de Maekelt (+), que foi minha Professora, chefe, tutora e Amiga. Também é dedicado a um dos três grandes juristas do Direito Internacional Privado venezuelano: Dr. Joaquín Sánchez-Covisa (+), que só tive o prazer de poder ler. Ambos, advogados, ilustres professores e representantes daquela geração de emigrantes que vieram para a Venezuela, adotaram-na como pátria e construíram sempre, até ao fim dos seus dias, um país melhor para todos⁴.

⁴ A Dra. Maekelt foi homenageada em diversas ocasiões. “Deixe que eles me celebrem na vida”, ela costumava nos dizer. Neste sentido, tive a satisfação de participar como autor e cocoordenador do “Liber Amicorum, Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana Maekelt”,

Dedico a ambos (Dr. Joaquim e Dra. Tatiana) estas linhas, nas quais me proponho a rever a instituição do Direito Internacional Privado denominada “fraude da lei”, no quadro de um dos seus mais famosos antecedentes jurisprudenciais franceses e, analisando o caso do comércio ilícito internacional, como um importante flagelo dos nossos dias. A fraude à lei é uma instituição controversa, principalmente no que diz respeito ao seu reconhecimento, regulamentação e aplicação, como explicaremos nas próximas seções deste artigo.

II DECLARAÇÃO DO PROBLEMA

II.a O Caso Bauffremont

Começamos narrando o Caso Bauffremont, ou mais conhecido como o caso da Princesa de Bauffremont, que, como bem destacou o Dr. Gonzalo Parra Aranguren (1998, p. 145-147), “A importância social das pessoas envolvidas no caso explica a publicidade... A Princesa Bauffremont não foi a primeira mulher a fracassar no seu casamento, nem foi a primeira a tentar escapar à proibição do divórcio sancionada pela lei francesa...”.

Mas o que houve de tão ruim fez a Princesa?

Seu nome e *status* aristocrático original era Condessa Valentin de Riquet de Caraman-Chimay, de origem belga, que, cumprindo o acordo de casamento celebrado por seus pais, casou-se em 1861 com o Príncipe Paul de Bauffremont⁵, oficial de origem francesa, domiciliado em Paris, França. Pelo casamento, a Condessa adquiriu a nacionalidade francesa e o título de Princesa. Depois de um tempo de casamento, e já com uma descendência concebida, começaram as desavenças conjugais. E a agora Princesa de Bauffremont decidiu pedir a separação dos corpos, uma vez que não podia divorciar-se legalmente em França. O divórcio era proibido de acordo com a lei aplicável ao vínculo matrimonial, que era a lei da sua nacionalidade, ou seja, a lei francesa.

Assim, a Princesa de Bauffremont solicitou ao Tribunal de Paris a separação judicial dos corpos, o que foi declarado pelo referido Tribunal em primeiro de agosto de 1874, dando à Princesa a possibilidade de estabelecer domicílio separado. E ela o fez fora da França. Em 3 de maio de 1875, a Princesa

publicado em Caracas pela Universidade Central da Venezuela e pela Fundação Roberto Goldschmidt, Caracas, 2001. A Dra. Maekelt juntou-se a nós e celebrou esta publicação em sua homenagem. Onze anos depois, e após a morte da Doutora, os seus alunos e colaboradores mais próximos decidimos publicar um novo livro, “Estudios de Derecho Internacional Privado, Homenaje a Tatiana Maekelt” (Caracas: Universidad Central de Venezuela e Escobar León Abogados, 2012). Neste trabalho também tive o privilégio de atuar com autor e coordenador. Por sua vez, o Dr. Sánchez-Covisa foi homenageado no ano de sua morte em Caracas, por meio da obra “Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa”, publicado em Caracas pela Universidade Central da Venezuela, em 1975.

⁵ Ver mais informações na *Maison de Bauffremont*, disponível em: <https://fr.wikipedia.org/wiki/Maison_de_Bauffremont>.

adquiriu, por naturalização, a nacionalidade do Ducado de Saxe-Altenburgo, ato que foi oficialmente reconhecido pelo Governo Alemão em 13 de agosto de 1875. Na Alemanha, a separação dos corpos dos católicos era comparável ao divórcio. Isto beneficiou a princesa, agora sujeita a uma nova lei pessoal, produto da sua recentemente adquirida nacionalidade alemã. Em 24 de outubro de 1875, a agora aparentemente livre Princesa de Bauffremont casou-se com o Príncipe Georges Bibesco, de nacionalidade romena. Em consequência deste segundo casamento, e de acordo com as leis aplicáveis ao caso, a Princesa de Bauffremont perdeu a nacionalidade alemã e adquiriu a nacionalidade romena do seu novo marido.

Pouco depois, e por motivos da sua profissão, os Príncipes Bibescos regressaram a França, onde ainda residia o Príncipe de Bauffremont. Com a Princesa de Bauffremont e o ex-marido, o Príncipe de Bauffremont, em um mesmo país, deu-se uma tida como escandalosa circunstância de “bigamia”. E o Príncipe de Bauffremont processou a Princesa perante a Corte do Sena, em Paris. O Príncipe de Bauffremont solicitou especificamente:

- I. a declaração de nulidade da naturalização alemã, porque a Princesa não tinha autorização do marido (Príncipe de Bauffremont), como ele ainda se considerava;
- II. a anulação do casamento, celebrado no estrangeiro com o príncipe Bibesco.

A Corte do Sena, em decisão de 10 de março de 1876, decidiu a favor do Príncipe de Bauffremont, salientando que segundo a lei francesa, a Princesa de Bauffremont não poderia adquirir, sem a referida autorização, uma nova nacionalidade. E, portanto, ela ainda era francesa na época de seu casamento com o príncipe Bibesco. Em segundo lugar, o Tribunal também anulou o segundo casamento da Princesa, considerando que mesmo no caso hipotético de o Príncipe de Bauffremont ter dado o seu consentimento para a aquisição de uma nova nacionalidade, a mudança de estado civil desejada pela Princesa não teria resultado da “exercício legítimo de um poder conferido pela lei, o que seria [em qualquer caso] um abuso, e que cabe à justiça rejeitar atos contrários aos bons costumes e à lei” (ANCEL; LEQUETTE, 2001, p. 49).

Obviamente, a Princesa recorreu da decisão do Tribunal do Sena. No entanto, o Tribunal de Apelações de Paris decidiu em 17 de julho de 1876 que a naturalização alemã da Princesa não era oponível ao Príncipe de Bauffremont. E confirmou a anulação do segundo casamento. O Tribunal de Apelações, em decisões separadas, também revogou a guarda das duas filhas do casal Bauffremont, e condenou a Princesa ao pagamento de indenização por danos em caso de descumprimento de sua parte. O caso chegou à Câmara Cível do Tribunal de Cassação francês, que mais uma vez concordou com o Príncipe de Bauffremont, em sua decisão de 18 de março de 1878, e estabeleceu a proibição de fraude contra a lei. Decidiu a Câmara Cível do Tribunal de Cassação francês

que, por ser considerada uma naturalização fraudulenta⁶, suas consequências ou efeitos, o divórcio e o segundo casamento, não poderiam ser invocados contra o Príncipe de Bauffremont (BONNEMAISON WINKEL-JOHAM, 1990, p. 146).

A Princesa não possuía bens materiais importantes em França e não cumpriu o que foi condenado pelos Tribunais franceses. O caso chegou, a pedido do próprio Príncipe de Bauffremont, aos Tribunais belgas. Nessas Cortes, a Princesa conseguiu a revogação das decisões francesas em 1880, e a condenação do Príncipe de Bauffremont por danos, juros e custas (PARRA ARANGUREN, 1998, p. 145-146).

A decisão da Corte de Cassação francesa no *Affaire Bauffremont* é considerada o precedente mais notório para a regulamentação da fraude no Direito Internacional Privado, especialmente em matéria de nacionalidade que, juntamente com o domicílio e a residência habituais⁷, constituem os tradicionais fatores de conexão para a solução do conflito de leis em matéria de Direito aplicável às pessoas. Mas também podem ser citados outros casos mais recentes em matéria de família, igualmente relevantes para a formulação do instituto geral da fraude no Direito Internacional Privado. Por exemplo, o caso do divórcio Patiño-Borbón, de meados do século passado, que envolveu os Tribunais de Paris, Madrid, La Paz, Nova Iorque e Cidade do México⁸. Ou, em matéria de sucessão, como, por exemplo, o caso Fritz Mandl, de 1981, que ocupou os Tribunais de Buenos Aires⁹.

II.b O que é a Fraude Contra a Lei no Direito Internacional Privado e Quais os Seus Pressupostos e Consequências Jurídicas?

II.b.1 Definição e consagração normativa

Maekelt (2005, p. 325), adotando a definição ampla desenvolvida por Adolfo Miaja de La Muela, destacou que ela deveria se basear em “Um conceito amplo de fraude contra a lei, que incluía uma definição válida, tanto para o

⁶ O Tribunal francês, embora tenha constatado que a naturalização não era oponível ao Príncipe de Bauffremont, também se declarou incompetente para conhecer da regularidade, ou não, e do valor jurídico do ato de naturalização praticado na Alemanha, considerando-o matéria reservada à soberania dos cidadãos nacionais do Estado alemão.

⁷ Sobre a classificação de domicílio e residência habituais no sistema venezuelano, ver Guerra Hernández (2005, capítulo II, p. 371 e ss.)

⁸ O México já foi considerado um “paraíso do divórcio”. Em lugares como o Estado de Chihuahua, os divórcios eram obtidos a um custo muito baixo e em questão de horas. A doutrina os chamou de “divórcios a vapor” (GONZALO MARTIN, 2022). Mas também na configuração dos atos “fraudulentos” existem jurisdições que permitem, por exemplo, os chamados casamentos “fast track”. Um caso emblemático foi o casamento entre Michael Jackson e Lisa Marie Presley, em 1994, na cidade de La Vega, na República Dominicana, que durou menos de 10 minutos, e custou cerca de 700 pesos dominicanos para o pagamento ao funcionário que o celebrou. Disponível em: <<https://listindiario.com/entretenimiento/2023/01/13/757816/el-historico-matrimonio-en-la-vega-entre-michael-jackson-y-lisa-marie-presley-una-primicia-de-listin-diario.html>>.

⁹ Acórdão da Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de 3 de março de 1981, “Mandl, Federico A. M. s. sucesión”, confirmada pela Corte Suprema Argentina. Disponível em: <<https://fallos.diprargentina.com/2007/03/federico-mandl.html>>.

Direito Civil como para o Direito Internacional Privado [...]. [Portanto] é a prática de um ato lícito para alcançar um resultado ilícito.”

A doutrina venezuelana, representada pelo Dr. Bonnemaïson, também destacou que “A fraude da lei é a mudança deliberada e consciente de um fator de conexão com o propósito de fugir às prescrições de um sistema jurídico ao qual normalmente se está obrigado e substituí-lo por uma lei mais favorável ou conducente aos interesses da pessoa.” (BONNEMAISON WINKEL-JOHAM, 1990, p. 137; BONNEMAISON WINKEL-JOHAM, 2011).

Doutrinários da estatura de Niboyet (1928) e W. Goldschmidt (1979) definiram-na, respectivamente, como o remédio necessário para evitar que a lei perca seu caráter imperativo, e como a característica negativa do tipo jurídico da norma indireta, ou seja, aquela cuja não-existência é necessária para que a norma atue.

Mais recentemente, a fraude à lei tem sido definida como “a conversão de fatos ou atos jurídicos, concebidos como tais pelo legislador, em negócios jurídicos, obtendo-se assim a aplicação de uma lei diferente daquela que originalmente deveria ter sido aplicada e que é mais benéfico para o sujeito que realizou a conversão.” (GUERRERO, 2006).

A Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, aprovada em Montevideu em 1979, estabelece.

Artigo 6.º A lei de um Estado-Parte não será aplicada como lei estrangeira quando os princípios fundamentais da lei de outro Estado-Parte tiverem sido artificialmente contornados.
Caberá às autoridades competentes do Estado receptor determinar a intenção fraudulenta dos interessados¹⁰.

Neste sentido, a meu ver, e para o caso específico do Direito Internacional Privado, esta instituição deve ser definida de forma prática, ou seja, como uma das exceções que existem à aplicação do Direito estrangeiro. E, conseqüentemente, ao funcionamento normal das regras de conflito (PARRA ARANGUREN, 1998, p. 143).

Especificamente, procura-se fraudar a lei para descartar, anular ou tornar ineficazes os resultados jurídicos obtidos na aplicação da lei estrangeira. Resultados que seriam mais convenientes ou benéficos para o autor da fraude do que aqueles que seriam obtidos com a aplicação da Lei que normalmente seria competente para reger a situação jurídica. Pensemos novamente, por exemplo, no *arrêt* de Bauffremont e nas diferenças que existiam entre as soluções do Direito francês e do Direito alemão em matéria de divórcio, sendo este último mais favorável aos interesses da Princesa de Bauffremont.

¹⁰ O texto desta Convenção, assim como a lista dos Estados-Partes signatários e dos que já a ratificaram em seus territórios, estão disponíveis em: <<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html>>.

Em outros termos, existe uma intenção maliciosa pela qual se evita a aplicação da Lei normalmente competente, para obter um fim ilícito, alterando os elementos de conexão, como, por exemplo, a nacionalidade ou o domicílio da pessoa, para atingir a aplicação dessa outra Lei, que garante a obtenção de um resultado mais favorável ao autor da fraude.

Gostaria também de partilhar três exemplos nacionais no âmbito do Direito Comparado, que mostram uma abordagem diferente relativamente à regulação normativa da instituição da fraude contra a lei.

Em primeiro lugar, a Lei Geral de Direito Internacional Privado da República Oriental do Uruguai (2020), que estabelece em seu artigo 7.º que

Art. 7.º A lei designada por norma de conflito não será aplicável quando os princípios fundamentais da lei tenham sido artificialmente retirados dos princípios fundamentais da ordem jurídica da República¹¹.

É uma norma de caráter geral, que visa proteger, a meu ver, conforme prescreve a Convenção Interamericana de Normas Gerais, tanto o Direito local como o Direito estrangeiro. Também interessante é a réplica que esta Lei faz da referida Convenção Interamericana, em relação à expressão “evasão/retirada dos princípios fundamentais da ordem jurídica da República”, porque embora, como indicaria Maekelt (2005, p. 167), seja mais ampla do que a simples exceção da retificação em relação às normas obrigatórias do sistema jurídico em questão também torna mais difícil a sua concretização na prática. Pelo menos requer, na minha opinião, uma análise mais profunda para determinar quais seriam esses princípios fundamentais.

Por sua vez, a Lei venezuelana de Direito Internacional Privado (1998), seguindo a ideia original de seu precedente normativo (Projeto de 1963), decidiu não estabelecer expressa e diretamente o instituto da fraude contra a lei, mas, por exemplo, estabeleceu determinados prazos para os efeitos jurídicos da alteração do seu fator de conexão pessoal. Ora, e ao contrário do disposto no artigo 8.º do Projeto de 1963, onde se estabelecia genericamente que “a mudança de domicílio só produz efeitos decorrido um ano da entrada no território de um Estado com o objetivo de se estabelecer na sua residência principal”, a Lei optou por uma consagração especial. Assim, durante a discussão dos projetos desta Lei, na década de noventa – e da qual participamos – e por influência direta da Professora Haydée Barrios, foi acordado passar o referido preceito da parte geral do “domicílio”, para a parte especial “Família”, especificamente, ao artigo 23, “Do divórcio e separação de corpos”, da atual Lei venezuelana de Direito Internacional Privado¹², de modo que “[...] A mudança de domicílio do cônjuge demandante só produz efeitos após um ano de ter entrado no território do Estado, com o propósito de aí estabelecer residência habitual.” (BARRIOS, 2005).

¹¹ Centro de Informação Oficial, Normativa e Avisos Legais do Uruguai. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020>>.

¹² O texto da lei está disponível em: <<https://docs.venezuela.justia.com/estatales/miranda/leyes/ley-de-derecho-internacional-privado-1998.pdf>>.

Por último, na Colômbia a situação regulatória do Direito Internacional Privado ainda está em projetos, especialmente a reforma do seu Código Civil. E promovida, especificamente, pela Academia Colombiana e pelo Ministério da Justiça. É também um sistema jurídico com dispersão regulatória em matéria de Direito Internacional Privado, para além da necessidade permanente que os seus operadores jurídicos têm de verificar a aplicação concomitante, quando existente, das normas de homologação nacionais com as soluções normativas previstas no Direito Internacional, adotadas pela Colômbia, por meio de processos de ratificação de Tratados como, por exemplo, o da Conferência Especializada de Direito Internacional Privado da Organização dos Estados Americanos, entre outros fóruns sobre o assunto (OCHOA JIMÉNEZ, 2021, p. 373-393).

No caso de fraude contra a lei, verifica-se que o projeto de reforma do Código Civil colombiano busca regulamentar de forma geral esta instituição, no seguinte sentido: “Ninguém pode aproveitar-se de uma situação jurídica criada em aplicação de um estrangeiro em fraude à lei colombiana.” (art. 21 do Projeto de Reforma do Código Civil, Universidade Nacional da Colômbia, Faculdade de Direito, Ciências Políticas e Sociais). Como se pode ver à primeira vista, a proteção colombiana, proporcionada pela fraude à lei, seria apenas ao seu próprio sistema jurídico e, não, ao estrangeiro.

II.b.2 Pressupostos

A determinação de fraude contra a lei requer a concordância de diversas suposições. Os dois mais característicos são os pressupostos:

- I. objetivo ou material, o chamado “corpus”, ou seja, o ato pelo qual se materializa a finalidade fraudulenta; e,
- II. subjetivo ou intencional, o chamado “animus”, ou seja, a intenção de fugir de uma Lei que normalmente seria aplicável ao caso.

II.b.2.1 O pressuposto objetivo

O pressuposto objetivo é a manipulação do elemento que contém o fator de conexão, pelo potencial autor da fraude. Por se tratar de um suposto caso com elementos de imigração, sujeito ao possível conflito de leis, uma pessoa poderia manipular o elemento do fator de conexão para ficar sujeito à proteção e aplicação de outra Lei, a que lhe parecesse mais benéfica.

Por exemplo, no *affaire Bauffremont*, a Princesa mudou a sua nacionalidade francesa para alemã. A nacionalidade era, nesse caso, o fator de ligação pessoal em ambos os ordenamentos jurídicos, submetendo os respetivos nacionais ao seu Direito. A mudança de nacionalidade é, em princípio, um ato jurídico e não altera o conteúdo abstrato da norma de conflito. Assim, esta regra

continua a indicar que a lei aplicável é a da nacionalidade, só que o autor da fraude a altera, adquirindo uma nova nacionalidade. Estas alterações podem ocorrer com outros fatores de conexão como domicílio, residência, registro de empresa ou navio, entre outros.

É importante salientar novamente que nada impede que uma pessoa mude de endereço, adquira uma nova nacionalidade ou pratique um ato jurídico onde achar conveniente, pois são comportamentos que, por si sós, são considerados lícitos e incontestáveis. No entanto, estas alterações podem estar relacionadas com fraude, se forem acompanhadas do segunda intenção, que veremos a seguir.

II.b.2.2 O pressuposto subjetivo

O pressuposto subjetivo está relacionado à intencionalidade do agente ou autor da fraude. Não pode haver fraude contra a lei se não houver intenção maliciosa ou má-fé por parte da pessoa. Em outras palavras, é necessário o elemento psicológico, o espírito ou intenção de obter um benefício imediato como consequência de seu comportamento em relação aos fatores de ligação.

O autor da fraude pretende fugir, esquivar-se ou evitar a aplicação da Lei que lhe seria normalmente mais desfavorável, da competência de um lugar. Só assim é possível, juntamente com o pressuposto objetivo, constituir fraude contra a lei em Direito Internacional Privado.

A comprovação desta intenção subjetiva pode ser materializada, na minha experiência, considerando dois aspectos. A primeira é a real diferença que existe entre o Direito evadido e o Direito invadido, sendo este último mais favorável aos interesses do agente da fraude. A segunda, a rapidez desrazoável com que o autor da fraude materializa o conjunto de atos que o levam a atingir o seu objetivo. No *affaire* Bauffremont, a lei francesa proibia o divórcio, enquanto a lei alemã o admitia. Primeiro aspecto que seria cumprido. Depois, a Princesa realizou quase simultaneamente, pelo menos à velocidade da época, as alterações de separação judicial de corpos, mudança de endereço, mudança de nacionalidade, equiparação da separação de corpos (na França) ao divórcio (na Alemanha) e, considerada divorciada pelas leis alemãs, o novo casamento. Na minha opinião, houve uma relação causal entre a intenção maliciosa e o resultado obtido.

II.b.2.3 Outros pressupostos

Nas observações feitas ao *arrêt*, o processo, de Bauffremont, aponta-se um terceiro pressuposto constitutivo da fraude, o elemento "moral". Configura-se, portanto, a impossibilidade de o autor da fraude explicar de forma plausível e razoável toda a situação gerada pelo conjunto de seus comportamentos (AN-CEL; LEQUETTE, 2001, p. 56-58).

Parra Aranguren, por sua vez, destaca que, segundo a concepção clássica de fraude contra a lei, há um terceiro requisito, além do *corpus* e do *animus*, de que a evasão da Lei seja dirigida especificamente contra normas imperativas da *lex fori* (PARRA ARANGUREN, 1998, p. 150; BONNEMAISON WINKEL-JOHAM, 1990, p. 140-141).

No entanto, concordo com o Dr. Parra ao apontar que tal distinção entre a devida proteção da lei do país (lei local) e não a lei estrangeira, seria inadmissível, uma vez que todos os sistemas jurídicos devem ser tratados igualmente¹³. Parra também destaca que esse nível diferente de proteção foi a consideração feita pelos Tribunais belgas no Caso Bauffremont, uma vez que, segundo eles, a evasão foi feita a uma norma imperativa estrangeira, ou seja, a francesa que proibia o divórcio. E a lei belga era mais benéfica aos seus cidadãos.

II.b.3 Consequências jurídicas

Fraus omnia corrumpit. A fraude a tudo corrompe.

A doutrina tem afirmado que, com base neste aforismo romano se atribui uma espécie de sanção absoluta à fraude contra a lei, o que implica assim a nulidade do ato e o novo elemento constitutivo do fator de conexão. Segundo este princípio, o ato viciado pelo seu objeto seria ilícito e não produz efeitos juridicamente válidos. Por exemplo, no *Affaire Bauffremont*, a nulidade do elemento do fator de conexão seria a nulidade da nacionalidade alemã, e a do ato seria a nulidade do segundo casamento.

Para Maekelt (2005, p. 325-236),

Os efeitos da fraude são semelhantes em ambos os casos. Na esfera cível, o ato viciado será nulo e, conseqüentemente, o benefício ao fraudador será considerado inexecutável. No Direito Internacional Privado o efeito consistirá em ignorar a situação jurídica criada artificialmente. Ressalte-se, porém, que a doutrina ainda discute a extensão dos efeitos produzidos pelas fraudes contra a lei.

Assim, segundo Maekelt, o que é considerado nulo seria o segundo casamento da Princesa.

Concordo com a Professora Maekelt, e na minha opinião, a aplicação da fraude ao Direito no Direito Internacional Privado traz como consequência jurídica, sem dúvida, a nulidade do ato final consumado na fraude. Por exemplo, o segundo casamento da Princesa de Bauffremont ou a sucessão fraudulenta de Fritz Mandl. Além disso, com base no conceito clássico de soberania nacional, será mais complicado, se não impossível, para o Juiz da causa declarar nula e

¹³ O artigo 6.º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais está redigido com tal amplitude que deve ser interpretado como protegendo tanto o direito local como o direito estrangeiro. Ver Parra Aranguren (1990, p. 163).

sem efeito a nacionalidade concedida por um Estado a uma pessoa, a menos que obviamente essa nacionalidade tenha sido obtida de forma fraudulenta, ou alcançada de maneira ilegal, o que, em qualquer caso, caberá a decisão às autoridades do Estado que concede a referida nacionalidade. Ora, o Juiz da causa, como de fato fez a Justiça francesa, pode considerar inválidos tais atos de manipulação do fator de ligação, destinados a consumir um ato final fraudulento, que se declara nulo.

Trata-se de um exercício que vai de trás para frente: o último ato é nulo, enquanto os primeiros podem simplesmente ser considerados inválidos para efeitos legais de permitir a prática de um ato, em última análise, fraudulento. É neste sentido que considero os efeitos da fraude sobre o direito no Direito Internacional Privado.

II.c O Caso do Comércio Ilícito

Em 11 de fevereiro de 2021, o Parlamento Latino-Americano e Caribenho aprovou uma legislação-modelo para a prevenção do comércio ilícito e do crime organizado transnacional¹⁴. Esta lei define o comércio ilícito como:

Art. 4.º [...].

§ 3.º Toda prática, conduta ou atividade proibida por lei, relativa à produção ou fabricação, montagem, importação, exportação, reexportação, expedição, circulação, posse, distribuição, *marketing*, venda ou compra, incluindo qualquer prática, conduta ou atividade pretendida para facilitar qualquer uma dessas atividades¹⁵.

As organizações criminosas possuem produtos que lhes são muito atrativos para o seu portfólio de comércio ilícito. Por exemplo, produtos farmacêuticos, hidrocarbonetos, equipamentos eletrônicos, roupas de marcas conhecidas, bebidas alcoólicas e produtos de tabaco. As razões para isso são múltiplas: o seu preço competitivo, a sua elevada procura por parte do consumidor médio, as suas baixas sanções e penalidades em caso de ser detectado e apreendido pelas autoridades, e a sua logística de transporte relativamente simples e econômica em relação às elevadas margens de lucro.

¹⁴ Em 2019 fui convidado pela organização regional *Crime Stoppers*, com sede no Panamá, e pela Secretaria-Geral e Comissão de Segurança do Parlamento Latino-Americano e Caribenho (<https://parlatino.org/>) para elaborar um projeto legislativo modelo para a região em questões de prevenção e combate ao comércio ilícito e ao crime organizado transfronteiriço. Foi um trabalho muito interessante e enriquecedor sobre Direito Comparado, sobre questões de *compliance* e para a formulação de estratégias de políticas públicas regulatórias sobre estas questões, e que culminou, favoravelmente, com a aprovação desta lei-modelo, única na região, e que já inspirou sistemas jurídicos latino-americanos como o equatoriano (Lei Orgânica para a Prevenção e Combate ao Comércio Ilícito, 2021), e a revisão em países como Guatemala, Costa Rica, Panamá e Colômbia. Sobre este tema pode-se consultar: Guerra Hernández (2022, p. 474 y ss.) y también, Moran y Guerra Hernández (2021).

¹⁵ Disponível em: <<https://parlatino.org/wp-content/uploads/2021/02/ley-modelo-combatir-comercioilicito-delincuencia.pdf>>.

Em suma, são *comodities* (mercadorias) atrativas e lucrativas, com as quais lucra o ator criminoso, que abusa das deficiências do sistema jurídico e da fragilidade institucional do Estado, aproveitando as diferenças econômicas e fiscais que existem entre os países, e incentivando o fluxo ilícito desses bens.

O fenômeno criminal é complexo, diversificado e fomenta as chamadas “economias criminosas”. Além disso, e não menos importante, é que as organizações e empresas criminosas financiam as suas outras atividades criminosas, como o tráfico de drogas, a corrupção e os ataques à segurança nacional e internacional¹⁶. E o fazem com recursos obtidos no comércio ilícito¹⁷.

Da mesma forma, devemos ter em mente três termos que são frequentemente utilizados nestas questões do fenômeno criminal. Refiro-me às palavras “ilegal”, “ilícito” e “ilegítimo”. Por ilegal entendemos tudo o que é expressamente proibido por lei ou prescrito por norma legal. Ilícito refere-se a tudo o que, embora não seja diretamente proibido por lei, embora pudesse ser, é contrário aos princípios morais ou éticos da sociedade. Finalmente, ilegítimo refere-se a tudo o que não é genuíno, mas também pode referir-se ao que não foi formado como produto de consenso, particularmente na perspectiva da governação política e social. Geralmente nos referimos ao comércio ilícito, mas também para abranger condutas ilegais ou contrárias à lei.

Agora, qual seria um exemplo típico de comércio ilícito?

Primeiramente, devemos salientar que, para os fins deste artigo, este seria um caso de comércio internacional ou transfronteiriço e, portanto, uma situação com possíveis elementos estrangeiros relevantes para o Direito Internacional Privado. Trata-se, portanto, de um caso que ocuparia a jurisdição de mais de um Estado nacional, e que poderia resultar em um conflito de leis e jurisdições.

Vamos começar pelo mercado inicial ou de origem, em que:

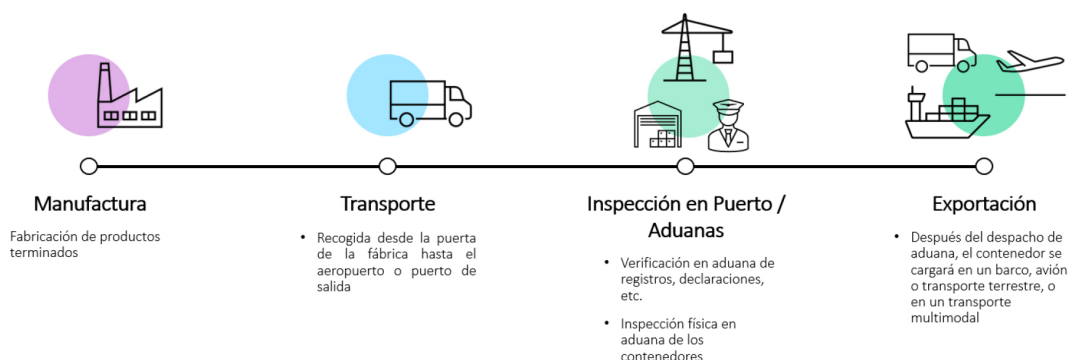
- I. seriam fabricados produtos que pudessem entrar no comércio ilícito; e
- II. seria organizada toda a logística necessária à exportação dos referidos produtos, o que exigiria meios de transporte, normalmente terrestre, entre a fábrica e o ponto de saída do referido mercado no exterior por um ou vários meios de transporte.

O gráfico a seguir ilustra de forma simples os passos que podem ocorrer no mercado doméstico.

¹⁶ A economia criminosa pode variar desde o tráfico de drogas, a mineração ilegal, até o tráfico de seres humanos e atos ilícitos ambientais (VALDÉS; BASOMBRÍO; VERA, 2021).

¹⁷ Neste sentido, recomendo a leitura da obra da Profesora da Universidad George Mason, Dra. Louise Shelley. Especialmente, SHELLEY, 2018.

GRÁFICA N. 1: MERCADO DE ORIGEN



Assim, diversos comportamentos ilícitos e ilegais poderão ocorrer no mercado de origem, como, por exemplo, fabricação que não cumpra as licenças e autorizações sanitárias necessárias, violação de normas trabalhistas e ambientais, etc. É interessante notar que a organização criminosa é especialista em buscar lacunas normativas e vantagens regulatórias. Portanto, por exemplo, sabe que, ao fabricar produtos com marcas próprias, evita cair em questões de violação de propriedade intelectual, o que é tão altamente regulamentado e monitorado hoje em dia¹⁸.

No mercado de origem, o potencial ator criminoso utilizará todos os operadores e intermediários logísticos necessários, ou seja, seus despachantes aduaneiros, transportadores, contadores, advogados, financiadores, seguradoras, etc., para garantir a legalidade – ou, pelo menos, a aparência dela –, na sua operação de comércio exterior.

As autoridades que normalmente intervêm neste controle do comércio exterior serão as alfândegas, a autoridade portuária e a polícia ou agentes de segurança. Portanto, o criminoso deve contorná-los ou corrompê-los para retirar sua mercadoria do mercado de origem. Segundo a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), mais de 80% do comércio mundial movimenta-se por via marítima. E é feito com uso do transporte de contêineres, ultrapassando, em média, onze mil milhões de toneladas de carga a cada ano (CONFERENCIA, 2022a; CONFERENCIA, 2022b). Estes são números verdadeiramente astronômicos quando comparados com os recursos limitados que as autoridades de controle e vigilância dispõem em todo o mundo.

No gráfico a seguir podemos observar algumas das modalidades típicas de comércio exterior, ou transbordo.

¹⁸ Na indústria do tabaco e, especialmente na América Latina, é comum ver que o maior volume de comércio ilícito é representado por marcas próprias de fabricantes – notadamente – asiáticos, árabes e indianos e, em menor proporção, marcas oriundas de países como Uruguai e Paraguai. São cigarros ilícitos conhecidos como “brancos ilícitos”. Não ocorre violação dos direitos de propriedade intelectual. Ou seja, não são produtos falsificados. O ilícito está em outra área.

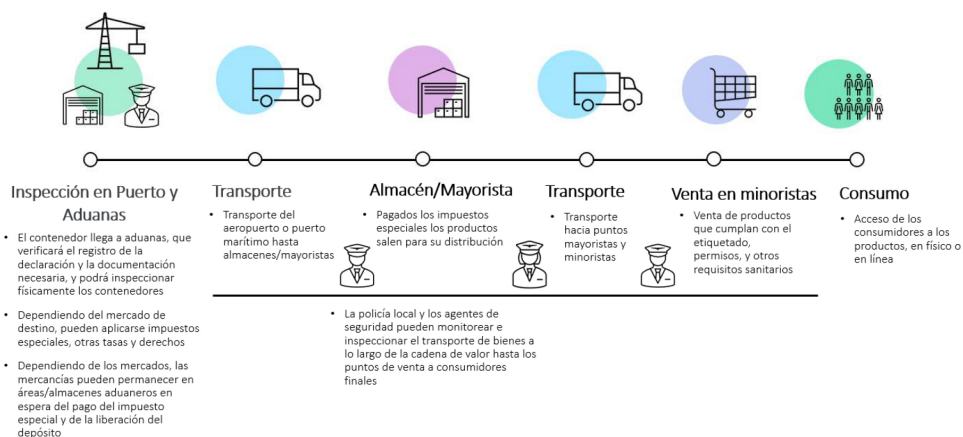
GRÁFICA N. 2: TRANSBORDO



Este tipo de baldeação ocorre normalmente no transporte marítimo internacional, especialmente na ligação entre Ásia, Europa e América, geralmente aproveitando os benefícios logísticos e fiscais de zonas econômicas especiais, zonas francas ou zonas livres. Hoje existem mais de 5.000 zonas livres no mundo e o seu número continua a aumentar¹⁹. Entre elas, está a Zona Franca de Colón, no Panamá, classificada entre as três maiores do planeta, juntamente com Xangai, na Ásia, e Jebel Ali, nos Emirados Árabes Unidos. São áreas do comércio internacional que se prestam ao abuso e à manipulação por parte de organizações criminosas, aproveitando-se novamente do elevado volume de operações nelas realizadas e dos recursos mais uma vez limitados da autoridade²⁰.

Por fim, apresento o gráfico número 3, que indica o mercado alvo e os consumidores finais.

GRÁFICA N. 3: MERCADO DE DESTINO



¹⁹ Nesta matéria se podem consultar os relatórios e atividades da Organização Mundial de Zonas Francas (World FZO), em <<https://www.worldfzo.org/#>>.

²⁰ Neste sentido, pode-se consultar o trabalho da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento (OCDE) e o seu gabinete para a prevenção do comércio ilícito, que produziu um conjunto de recomendações e um código de conduta para garantir a transparência no comércio das zonas francas (Recomendação da OCDE sobre o combate ao comércio ilícito: melhorar a transparência nas Zonas Francas. 21 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/governance/risk/recommendation-enhancing-transparency-free-trade-zones.htm>>.

O potencial ator criminoso já atingiu o seu objetivo, que é chegar aos compradores finais dos seus produtos. No mercado de destino também se terá que enfrentar as autoridades, principalmente alfandegárias, portuárias e policiais. Quando o produto chega ao porto/aeroporto, é nacionalizado, provavelmente armazenado por algum tempo, até finalmente chegar aos pontos de venda, onde estará à disposição dos consumidores, que consciente ou inconscientemente ou, talvez por desconhecimento, acabarão adquirindo um produto ilícito. Por que ilícito? Porque, no caso, seria um produto que não cumpriria normas fiscais, tarifárias, de controle sanitário, entre outras. E, portanto, ao não atender a essas normas, normalmente seria um produto mais barato, que concorreria nessa vantagem de preço com o produto legal.

Para o "cidadão comum", em alguns casos, mesmo a compra de artigos não genuínos, pirateados ou simplesmente ilícitos não parecerá tão séria como a compra de drogas ou órgãos humanos. Mas a verdade é que, na minha experiência, cada Real (ou Peso ou outra moeda nacional) conta. Ou seja, cada centavo de dólar (ou de Real ou de Peso) alimentará os cofres da organização criminosa. E, o que o consumidor final não assimila é que, com a compra de um produto ilícito, as já frágeis instituições do Estado acabarão sendo corrompidas, e também permitirá que o crime organizado local ou transnacional continue a financiar-se, mantendo assim o resto da sua carteira criminosa: como disse, tráfico de drogas, contrabando e tráfico de pessoas, terrorismo, entre outros.

Como então se resumem as atividades fraudulentas no comércio ilícito internacional?

É um número complexo de atividades que combinam ações de vários tipos:

- I. aquelas que são perfeitamente lícitas e legais, por exemplo, a existência da pessoa jurídica do fabricante e comerciante;
- II. outros com aparência de legalidade, por exemplo, contratar transporte marítimo em contêineres, mas declarar mercadoria que não o seja ou que não corresponda à quantidade ou valor indicado à companhia marítima; e finalmente
- III. outros que sejam claramente ilícitos e ilegais, por exemplo,
 - a) fabricar o produto em violação aos direitos de propriedade intelectual, por meio de falsificação, pirataria e/ou *marketing* não autorizado;
 - b) manipulação fraudulenta de documentação comercial internacional, por ex. documentos de importação/exportação, guias de carregamento ou conhecimento de embarque, etc.
 - c) o desmantelamento de carga marítima da embarcação original para embarcações menores, para contrabando para o território de um Estado;
 - d) evasão fiscal e tarifária normalmente aplicável a produtos dessa natureza; e

- e) descumprimento de normas sanitárias e sanitárias exigidas no mercado de destino, entre outras condutas.

III DIFERENÇAS ENTRE FRAUDE CONTRA A LEI E OUTRAS FIGURAS JURÍDICAS. POSSÍVEIS SOLUÇÕES

A instituição da fraude nos termos da lei foi diferenciada de diversas figuras jurídicas. Nesse sentido, o Dr. Bonnemaïson Winkel-Joham, diferenciou-o da simulação, do abuso da lei e da ordem pública internacional. Em relação à simulação, o autor destaca que se trata de uma declaração de vontade fictícia que não corresponde ao conteúdo real do ato²¹, enquanto na fraude é praticado um ato intencional que resulta em violação. Por sua vez, indica que o abuso de direito é o uso de um poder jurídico para prejudicar alguém ou o uso desse poder jurídico para um fim social diferente daquele previsto pelo legislador²². Por seu lado, na fraude é atacada a finalidade social da norma de Direito Internacional Privado e das normas coercitivas internas. E, por fim, compara-o com a ordem pública internacional, apontando que se trata de um julgamento de desvalorização do conteúdo do Direito estrangeiro, para não aplicá-lo; enquanto a fraude contra a lei é um julgamento de desvalor em relação à conduta humana (BONNEMAISON WINKEL-JOHAM, 1990, p. 148-150).

Sánchez-Covisa declara que a cláusula de reserva ou ordem pública internacional era “[...] princípio pelo qual se exclui a aplicação de uma lei estrangeira competente quando a sua aplicação é manifestamente incompatível com os princípios essenciais do direito que inicialmente deveria ser aplicado pelo juiz, em razão do foro competente (*lex fori*)”. Sánchez-Covisa preferiu o termo “cláusula de reserva”, criado pela doutrina alemã, mas comprometeu-se com o uso da “ordem pública internacional” majoritariamente aceita nos países latinos e de origem romano-francesa (SÁNCHEZ-COVISA, 1976, p. 445). Este também foi o nome da instituição adotada, por exemplo, pela Convenção Interamericana de Normas Gerais e pela Lei Venezuelana de Direito Internacional Privado²³.

²¹ A Câmara de Cassação Cível da Colômbia indicou em sua Sentença N. SC-86052016, de 27 de junho de 2016, que existem dois tipos de simulação. O “relativa”, que ocorre quando a um acordo é dado um aspecto contrário ao real, como quando, por exemplo, uma venda é passada como se fosse uma doação; e “absoluta”, isto é, quando não existe ânimo (espírito) de obrigação entre os intervenientes, como quando se apresenta em estado de insolvência para amenizar os reveses econômicos. Essa decisão também indicou que não há limitação probatória para comprovar a simulação. Disponível em: <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/conozca-las-dos-clases-de-simulacion-segun-la-sala-civil>>.

²² O sistema jurídico colombiano proíbe geralmente o exercício abusivo da lei. O artigo 95 da Constituição Política de 1991 afirma que todas as pessoas e cidadãos têm o dever inevitável de “respeitar os direitos dos outros e não abusar dos seus próprios”. E o Tribunal Constitucional deste país definiu o abuso de direito como o caso em que o titular de um direito faz de um poder ou garantia subjetiva um uso contrário aos seus fins, ao seu alcance e à extensão característica permitida pela lei (sistema jurídico). (LOZANO JÁCOME, [S.d.t]).

²³ A Convenção estabelece: “**Art. 5.º** A lei declarada aplicável por uma Convenção de Direito Internacional Privado não poderá ser aplicada no território do Estado-Parte que a considere manifestamente contrária aos princípios da sua ordem pública”. E a Lei Venezuelana afirma que: “**Art. 8.º** As disposições de direito estrangeiro que devam ser aplicáveis de acordo com esta Lei só serão excluídas quando a sua aplicação produzir resultados manifestamente incompatíveis com os princípios essenciais da ordem pública venezuelana.”.

Embora a ordem pública internacional e a fraude sejam instituições gerais do Direito Internacional Privado, e como tais desempenhem um papel na correta determinação do Direito aplicável, tal relação não pode significar a assimilação de ambos os conceitos, a ponto de reduzir a fraude ao Direito a uma espécie de ordem pública (BONNEMAISON WINKEL-JOHAM, 1990, p. 149). Partilho, portanto, da opinião da Professora Claudia Madrid Martínez (2019, p. 286), que corretamente assinala que a instituição da fraude contra a lei não deve deixar de ser prevista apenas porque a sua função pode ser cumprida, bem como se podem alcançar seus objetivos por meio de outras instituições gerais de Direito Internacional Privado, como, por exemplo, a ordem pública internacional ou o direito interno com abuso de direito.

Quais são as soluções que a fraude proporciona à lei?

No Direito Internacional Privado e, com base em precedentes judiciais como o do *arrêt* Bauffremont, a solução apresentada pelos Tribunais franceses foi considerar nulo o segundo casamento com o Príncipe Bibesco, em razão da invalidade da nacionalidade alemã adquirida pela Princesa, e a condenação ao pagamento de indenização por danos a favor do Príncipe Paul de Bauffremont. Mas, como já indicamos anteriormente, esta não foi a solução abraçada pelos Tribunais belgas, que, pelo contrário, condenaram o Príncipe de Bauffremont ao pagamento de uma indemnização a favor da Princesa. Além disso, este *arrêt* do século XIX deu origem jurisprudencial ao instituto geral da fraude no Direito Internacional Privado, que mais tarde foi reiterado diversas vezes nos casos de Direito da Família.

No caso do comércio ilícito internacional que levantamos, as circunstâncias e os atores são um pouco diferentes, já tendo passado mais de um século e meio de história, enfrentando a complexidade do mundo pós-moderno, e contando hoje com regulação normativa, interna e internacional, sobre a fraude do direito no Direito Internacional Privado. Este não é certamente um caso de Direito da Família, e a pluralidade de intervenientes envolvidos no comércio ilícito internacional é muito mais complicada. Não conheço nem um caso jurisprudencial, pelo menos na América Latina, para o qual o instituto geral da fraude tenha sido levantado no Direito Internacional Privado, para combater o fenômeno do comércio ilícito internacional. Tema que, por sinal, conheço bem em razão do ofício.

Mas, então, o que aconteceu e quais foram as soluções dadas aos casos de comércio ilícito internacional para proteger a empresa jurídica?

Mais uma vez, a resposta dependerá de quais Tribunais ou autoridades administrativas competentes estão à nossa frente. Assim, se com a inteligência obtida numa possível situação de comércio ilícito internacional, apresentarmos uma reclamação junto às autoridades do mercado de destino, provavelmente obteremos:

- I. medidas para apreensão de mercadorias ilícitas;
- II. a destruição da referida mercadoria; e, potencialmente,

- III. a perseguição dos envolvidos no mercado de destino por crimes de contrabando – técnicos ou abertos, conforme o caso:
- por evasão fiscal ou tarifária;
 - ou, se aplicável, por violação de direitos de propriedade intelectual;
 - ou talvez, em alguns outros casos, pelo descumprimento das normas sanitárias e de saúde aplicáveis à mercadoria apreendida, vigentes no mercado de destino.

No mercado de trânsito, transbordo – ou “*transshipment*” –, as possibilidades de reclamações são um pouco mais remotas. É que, em geral, as autoridades destes países tenderão a proteger mais a agilidade, em termos de tempo e custos, do comércio internacional, do que para se concentrar em uma reivindicação de comércio ilícito. Às vezes o argumento que encontramos é que “isso é um problema do mercado de destino. A mercadoria está em trânsito e não podemos fazer nada aqui”. O criminoso que conhece bem esta situação abusa então dos benefícios oferecidos, por exemplo, por zonas francas ou regimes econômicos especiais localizados em mercados de transbordo, para, no melhor dos casos, acabar apenas por pagar uma multa administrativa de valores ridículos, quando comparados com os elevados lucros que serão obtidos com a colocação da mercadoria ilícita no mercado de destino.

Por fim, no mercado de origem as possibilidades de reclamações são ainda mais remotas, pois, em princípio, a empresa fabricante estaria exercendo atividades totalmente legais, pelo menos aparentemente. Ou seja, fabrica marcas próprias, comercializa-as e as exporta de acordo com a regulamentação aplicável no mercado de origem. Portanto, pouco ou nada poderiam ser feito, pelo menos nesta perspectiva tradicional do fenômeno comercial nesse mercado.

Ora, se pensarmos que se trata de um caso de comércio ilícito internacional que, em razão da sua própria natureza, estão envolvidas mais de uma jurisdição e mercados, poderíamos, portanto, olhar também para o fluxo de mercadorias como um todo conectado na cadeia de valor, desde sua origem, itinerário do transporte e destino final. Um fluxo cuja complexidade de atores e circunstâncias pode variar de acordo com a casuística da mercadoria, sua indústria e, obviamente, sua relevância para o comércio internacional²⁴.

²⁴ Conforme referido no texto principal deste artigo, existem produtos mais atrativos para a economia criminosa, pelo seu valor, pela sua fácil gestão logística, pelo seu baixo ou inexistente regime sancionatório, etc. Exemplos destes bens são os produtos do tabaco (cigarros), bebidas alcoólicas, produtos farmacêuticos, eletrônicos, têxteis e hidrocarbonetos. Podem também variar consoante a época e necessidade do consumidor final, como vacinas e equipamentos/materiais de proteção individual durante a pandemia de COVID-19 em 2020/2021. Uma descrição muito boa do tipo de mercadoria que pode ser considerada ilícita é fornecida na Lei 17-19 da República Dominicana “Sobre a erradicação do comércio ilícito, contrabando e falsificação de produtos regulamentados”, de 20 de fevereiro de 2019. No seu artigo 2.º, esta Lei estabelece que “Os produtos regulados por esta lei são os medicamentos, os hidrocarbonetos, os produtos alcoólicos e seus derivados, e os produtos do tabaco e seus derivados”. Disponível em: <<https://www.aduanas.gob.do/media/01eh1vdi/ley-17-19-erradicacion-comercio-ilicito-contrabando-medicamentos-hidrocarburos-alcohol-tabaco-1.pdf>>.

Na minha experiência profissional só consegui iniciar ações/demandas judiciais, principalmente, no mercado de destino. E também, com algum sucesso, em alguns mercados de transbordo. Neste último caso, especialmente quando se trata de violações dos direitos de propriedade intelectual, que gozam, como já disse, de ampla proteção nacional e internacional. Além disso, aos poucos, tenho conseguido introduzir alguma colaboração internacional, por força da cooperação judiciária, e no sentido de obter informação sobre ou sobre alguns dos intervenientes da cadeia de valor localizados no mercado de origem ou no transporte. Por exemplo, os intermediários envolvidos na atividade comercial potencialmente ilícita, informações que possam ser relevantes e úteis para a investigação do caso, e a sua eventual persecução no mercado de destino.

Mas no Direito Internacional Privado, nada ainda. Pelo menos em suas instituições gerais, como a fraude contra a lei, entendida em sua concepção clássica e, hoje, normativa em vigor no sistema interamericano. Ou seja, como figura que serve para repelir a aplicação de uma lei estrangeira, quando a sua aplicação tenha sido o resultado artificial da manipulação dos elementos, dos fatores de conexão, para fugir da aplicação dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Portanto, lembremos que a fraude contra a lei não é uma instituição do Direito Internacional Privado, porque, como já indicamos, tem a sua origem na *fraus legis* do Direito Romano, e portanto, como também indicamos, o Professor Miaja de la Muela (1987, p. 400-441) – citado no trabalho da Professora Maekelt – destacou corretamente que a fraude contra a lei consiste em condutas voluntárias realizadas com o objetivo de obter um bem ilícito por meios lícitos.

Assim, talvez, no século XXI pudéssemos propor, com base nos casos de comércio ilícito internacional, uma evolução da figura da fraude no Direito Internacional Privado, cujo foco não seria mais a manipulação dos elementos dos fatores de conexão de uma regra de conflito – nacionalidade, domicílio, local de registro, etc. – mas, sim, o abuso da fragilidade regulatória estatal que permitiria aos atores criminosos realizar uma cadeia de condutas lícitas – fabricação, comercialização, exportação, etc. – com fins ilícitos. Ou seja, a colocação de produtos ilícitos no mercado de destino.

Ora, poder-se-ia argumentar contra esta abordagem de uma nova fraude à lei ou de uma “fraude ao direito do Direito Internacional Privado 2.0”, na qual os objetivos de proteção, e, portanto, a solução, já estariam alcançados na forma de exigências, por exemplo, de contrabando ou evasão fiscal no mercado de destino. Isso é verdade, mas geralmente estas ações judiciais só podem ser instauradas contra os atores menores e integrantes da base da pirâmide comercial – o importador, o destinatário e, potencialmente, o distribuidor/comerciante. Ficaria de fora o fabricante dos produtos que são ilícitos. E justamente quem fica fora da pirâmide, ou em seu topo menos acessível, é o fabricante que é a verdadeira causa do problema.

Também se poderia argumentar contra esta abordagem de uma “fraude na lei 2.0”, que os objetivos de proteção e possíveis soluções de compensação,

agora no mercado de origem, seriam obtidos por intermédio de figuras jurídicas nacionais, quando existem, como o abuso de direitos. Mas nesse caso, na minha opinião, a natureza internacional da conduta do ator transformador poderia ser ignorada, diluída por meio de outros atores nos mercados de transbordo (transporte) e de destino, perdendo assim a possibilidade de montar um caso verdadeiramente internacional.

Como se pode verificar, ainda não temos respostas definitivas para o problema. Mas levantamos aqui algumas preocupações que espero que nos ajudem a continuar a construir detalhes sobre este tema, tão relevante hoje.

IV CRÍTICAS E CONCLUSÕES

Parra Aranguren nos lembrou algumas das críticas feitas à figura da fraude contra a lei. Por exemplo, que as pessoas, dada a sua natureza humana, sempre buscarão vantagens e benefícios nas atividades que realizam e, portanto, não deve ser permitida a investigação dos fins por elas perseguidos com uso da figura da fraude. Salientou ainda que a figura da fraude não deve ser transferida do Direito interno para o Direito Internacional Privado, uma vez que os reguladores sabem de antemão que alguns dos fatores de conexão das regras de conflito podem ser modificados legal e voluntariamente. Apontou também a insegurança jurídica que acarretaria a admissão de fraude no direito em Direito Internacional Privado, uma vez que nem mesmo seus próprios defensores concordam sobre até onde devem chegar seus efeitos. Por exemplo, se forem desde o último ato realizado pelo agente da fraude – como no caso de um segundo casamento – até à alteração do elemento que contém o elemento de conexão – como em uma nova nacionalidade ou um novo domicílio – ou deverá abranger apenas o último ato (PARRA ARANGUREN, 1998, p. 152-153).

Apesar das críticas, a verdade é que a fraude contra a lei é uma instituição geral regulada internacional e internamente pelas normas do Direito Internacional Privado. Ora, a implementação das instituições gerais do Direito Internacional Privado nunca foi uma tarefa fácil. E a figura da fraude contra a lei não foge a isto. Talvez uma das instituições nesta área que tiveram maior desenvolvimento jurisprudencial tenha sido a da ordem pública internacional que, embora nem sempre aplicada corretamente, tem servido aos propósitos permanentes de proteção dos sistemas jurídicos.

A fraude da lei, tal como hoje é concebida, regulatória e jurisprudencialmente, constitui uma exceção à aplicação da lei estrangeira, uma vez que uma pessoa manipulou artificialmente os elementos dos fatores de conexão do caso. Esta concepção é boa, e talvez possa continuar a cumprir a sua função e a ter alguma utilidade. Mas, em um mundo globalizado, com soluções jurídicas mais ou menos harmonizadas, está perdendo importância e interesse. Por exemplo, a aceitação geral do divórcio já não torna necessário fugir a um direito para beneficiar de outro, quando o problema já não existe.

Porém, no nosso século, surgem outros casos, como o do comércio internacional ilícito, que requer a nossa atenção e talvez também uma transformação das instituições gerais do Direito Internacional Privado, para adaptá-las às exigências desta nova realidade. Ou seja, investigar se no comércio ilícito internacional é possível alcançar soluções de condenação e compensação contra aqueles que em um mercado de origem realizam condutas legais que acabam por ter uma finalidade ilícita no mercado de destino.

Neste processo de transformação e adaptação das instituições gerais do Direito Internacional Privado, como a fraude contra a lei, que proponho, não estaríamos fazendo nada muito contrário a alcançar o que o Mestre e Visionário Don Andrés Bello já nos alertou em XIX. Trata-se do dever de respeito que todos os homens, espalhados por toda a face da terra, têm obrigação que deve, sem dúvida, incluir o respeito pelos sistemas jurídicos, hoje amplamente interligados.

REFERÊNCIAS

ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves. **Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

BARRIOS, Haydée. De la familia, artículo 23, divorcio y separación de cuerpos: capítulo IV. En: MAEKELT, Tatiana B. de; VILLARROEL, Ivette Esis; RESENDE, Carla (Coord.). **Ley de derecho internacional privado comentada**. Tomo I. Caracas: Universidad Central de Venezuela y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005.

BELLO, Andrés. **Principios de derecho de gentes**: nueva edición revista y corregida. Madrid: Librería de la Señora Viuda de Calleja e Hijos / Lima: Casa de Calleja, Ojea y Compañía, 1844.

BONNEMAISON WINKEL-JOHAM, José Luis. **Curso de derecho internacional privado**. Valencia (Venezuela): Vadell, 2011.

BONNEMAISON WINKEL-JOHAM, José Luis. **Derecho internacional privado**. Valencia (Venezuela): Vadell, 1990. Primeira reimpressão.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. La reconfiguración de la geografía del comercio y la cadena de suministro: consecuencias para el comercio, las cadenas globales de valor y el transporte marítimo. 12 de septiembre de 2022a. Disponible em: <https://unctad.org/system/files/official-document/cid54_es.pdf>.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. Informe sobre el transporte marítimo del 2022b. Disponible em: <https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2022overview_es.pdf>.

GOLDSCHMIDT, Werner. Normas generales de la CIDIP II: hacia una teoría general del derecho internacional privado interamericano. In: **Anuario Jurídico Interamericano**. Washington D.C.: Consultoría Jurídica, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1979.

GONZALEZ MARTIN, Nuria. Fraude a la ley. En: Lecciones de derecho internacional privado. Capítulo 10. 2022. Disponível em: <https://www.academia.edu/100355619/Cap%C3%ADtulo_10_Fraude_a_la_ley>.

GUERRA HERNÁNDEZ, Victor Hugo. Del domicilio. En: MAEKELT, Tatiana B. de; VILLARROEL, Ivette Esis; RESENDE, Carla (Coord.). **Ley de derecho internacional privado comentada**. Tomo I. Caracas: Universidad Central de Venezuela y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005.

GUERRA HERNÁNDEZ, Victor Hugo. Rol del derecho comparado en los procesos de codificación nacional: aportes del Prof. Alfredo Morles Hernández. In: Revista de la Facultad de Derecho, Caracas, Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, n. 75, p. 474 y ss., 2022. Disponível em: <<https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/5654/4980>>.

GUERRERO, Sergio. **Derecho internacional privado**. México: UNAM, 2006.

LOZANO JÁCOME, Luis Fernando. Abuso da lei e fraude da lei no regime de insolvência empresarial na Colômbia: uma visão comparada com o regime falimentar brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Privado)– Faculdade de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Santo Tomás. 22 folhas. (S. n. t.). Disponível em: <<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/33332/2021LuisLozano.pdf>>.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia. El derecho internacional privado venezolano y la codificación interamericana. In: Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, n. 1, p. 279-298, 2019. Disponível em: <http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/AMDIPC/1/AMDIPC_2019_1_279-298.pdf>.

MAEKELT, Tatiana B. de. **Normas generales de derecho internacional privado en América**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1984.

MAEKELT, Tatiana B. de. **Teoría general del derecho internacional privado**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. **Derecho internacional privado**. Tomo I. 8. ed. Madrid: Atlas, 1987.

MORAN, Hugo; GUERRA HERNÁNDEZ, Victor Hugo. Parlatino model law to counter illicit trade and transnational organized crime in Latin America and the Caribbean. In: **Boletín INTA**, v. 76, n. 20, 4 ago. 2021.

NIBOYET, Jean Paulin. **Principios de derecho internacional privado**. Tradução de Andrés Rodríguez Ramón. Madrid: Reus, 1928. Seleção da 2.^a edição francesa do “Manual”, de Antonie Pillet e Jean Paulin Niboyet.

OCHOA JIMÉNEZ, María Julia. As normas do direito internacional privado: observações sobre o projeto do código civil da Universidade Nacional da Colômbia. In: **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, n. 41, p. 373-396, julho-dezembro 2021.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo. **Curso general de derecho internacional privado: problemas selectos y otros estudios**. 3. ed. rev. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998.

SÁNCHEZ-COVISA, Joaquín. **Obra jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa**. Caracas: Contraloría General de la República, 1976.

SHELLEY, Louise. **Dark commerce: how a new illicit economy is threatening our future**. Princeton (Nova Jersey): Princeton University Press, 2018.

TELLO DÍAZ, Carlos. Antenor Patiño: un magnate boliviano en la costa mexicana del Pacífico. In: **Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos**, Cidade do México, Ed. Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, n. 55, p. 159-183, dezembro 2012.

VALDÉS, Ricardo; BASOMBRÍO, Carlos; VERA, Dante. **Las economías criminales y su impacto en el Perú: ¿cuáles? ¿cuánto? ¿cómo? ¿dónde?** Lima: Capital Humano y Social / Konrad Adenauer Stiftung (KAS), 2021.

Submissão em: 20 de maio de 2024

Último Parecer favorável em: 18 de setembro de 2024

Como citar este artigo científico

GUERRA HERNÁNDEZ, Victor Hugo. Do “caso Bauffremont” (1878) ao comércio ilícito do século XXI: fraude de direito no direito internacional privado. Tradução de Waldir de Pinho Veloso. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 3, p. 223-245, set.-dez. 2024.

Kaptan
Мастер
Maestría
Magister
Magisterský
Mağistra
Magistri Omad
Magistro
Maighstir
Máistir
Maîtrise
Mästare
Майстар
Магистра
Магистратура
Master
Màster
Masteri
Master's
Meeschter Ass
Meistarar
Meister
Meistr
Mestarin
Mester
Mestere
Mistrzyni
Mojstrski
Studii de Masterat
Učiteljska
Usta
Учителски
Δάσκαλος

MESTRAADO

LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA EN MÉXICO COMO PROTECTORA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO PÚBLICO Y PRIVADO

ALDO EFRAÍN RAMÍREZ HERNÁNDEZ¹

RESUMEN

La evolución de la justicia distributiva en México comenzó a plantearse desde la incorporación a la Constitución Nacional de los derechos de grupos en situación especial de vulnerabilidad en el año 1917 de esta manera se reconocieron los derechos de personas trabajadoras y ejidatarias, con el transcurso del tiempo y múltiples reformas al texto constitucional fueron reconocidos más derechos destacando la inclusión de derechos específicos para niños, niñas y adolescentes, pueblos y comunidades indígenas, mujeres, y personas con discapacidad, por mencionar algunos. Este estudio examina tanto las disposiciones normativas contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como los Tratados Internacionales de los que México es parte y como a través de ellas se establece una justicia distributiva en favor de las personas, además se establece como el Poder Judicial de la Federación en México a través del análisis de casos, la emisión de sentencias y la publicación de criterios jurídicos también aplica una justicia distributiva en sus interpretaciones legales con la finalidad de proteger los Derechos Humanos consagrados y darles una efectiva protección y garantía.

Palabras Clave: Constitución Política, Derechos Humanos, Justicia Distributiva.

¹ Maestro en Derecho Constitucional y de Amparo, por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México). Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Ten cursos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y por Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Escuela Judicial Electoral). Ha participado de múltiples cursos en la escuela de la función judicial de Ecuador, en el Centro de formación judicial de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, y de la defensoría del pueblo en Colombia. Correo electrónico: aldormzhdz@gmail.com

1 INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende establecer como la justicia distributiva ha sido aplicada de manera implícita por el Estado mexicano, esto es, sin mencionar de manera expresa que esto es justicia distributiva, esto puede verse a través de sus normas jurídicas sancionadas por el poder legislativo así como en las sentencias y criterios jurídicos desarrollados por el Poder Judicial de la Federación, ya que a lo largo de la historia constitucional y política del país se han incorporado diversas disposiciones normativas al texto constitucional que pueden interpretarse como una justicia distributiva tomando en consideración las particulares de varios sectores y grupos que se encuentran en una circunstancia especial de vulnerabilidad.

Además, la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos en el año 2011 a la Constitución Política de México implica que tiene aparejada una justicia redistributiva si se aplican los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los Derechos Humanos. Esto porque el Estado mexicano, a nivel internacional, se ha obligado con determinados Tratados y Convenciones Internacionales en los cuales reconoce, protege y garantiza los derechos de determinados grupos que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.

Este hilo conductor nos lleva a mencionar que el Estado mexicano ha realizado una justicia distributiva a través del texto constitucional, tanto en el ámbito público así como en el ámbito privado a través de los criterios jurídicos desarrollados por el Poder Judicial de la Federación, como en caso de la pensión compensatoria, y se argumentará y justificará esta postura mencionada, con disposiciones normativas y con criterios jurídicos desarrollados por la justicia federal.

JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Para poder comprender como es que el Estado mexicano ha realizado una justicia distributiva es necesario mencionar aquello que debe entenderse por justicia distributiva en primer orden. Este concepto no es nuevo. Pero ha sido objeto de estudio en las últimas décadas, con el surgimiento del estado de bienestar. Es por ello que resulta pertinente citar al jurista y politólogo italiano Norberto Bobbio quién acerca de la justicia distributiva manifiesta:

La justicia distributiva es en la que se inspira la autoridad pública para la distribución de honores y gravámenes: su objetivo es que a cada uno le sea dado lo que le corresponde con base en criterios que pueden cambiar de acuerdo con la diversidad de las situaciones objetivas o de los puntos de vista; los criterios más comunes son “a cada uno según su mérito”, “a cada uno según su necesidad”, “a cada uno según su trabajo”. Dicho de

otro modo: la justicia conmutativa ha sido definida como la que tiene lugar entre las partes, la distributiva es aquella que tiene lugar entre el todo y las partes. Esta nueva sobreposición entre esfera privada y justicia conmutativa, por un lado, y esfera pública y justicia distributiva por otro, se dio a través de la mediación de la diferencia, ya mencionada, entre sociedad de iguales y sociedad de desiguales (BOBBIO, 1989, p. 11 a 32).

De esta manifestación anterior menciona que es aquella que realiza o que inspira la autoridad pública. Es necesario esclarecer el término autoridad para efectos jurídicos. De esta manera, definir lo que debe comprenderse y entenderse por autoridad resulta elemental, ya que será la encargada de determinar qué es lo que merece cada quién. El abogado Rafael Martínez Morales expresa:

Autoridad (CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO). Servidor del estado que puede disponer de la fuerza pública para hacer cumplir sus decisiones jurídicas. También se da esta categoría al ente gubernamental que puede ordenar o pedir que la fuerza pública actúe, o emitir actos jurídicos con efectos subjetivos (MARTÍNEZ MORALES, 2017, p. 82).

Esta autoridad mencionada por Martínez Morales deberemos llevarla al plano de la justicia distributiva. La autoridad será la encargada de darle a cada una de las personas que habita en el Estado mexicano lo que le corresponde. En este sentido, entonces, adquiere un papel relevante y trascendente ya que se vuelve una autoridad que es responsable y este concepto es trascendental para el Derecho Mexicano. La Ley de Amparo vigente establece en su artículo 5.º, fracción II, lo siguiente:

II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general (MÉXICO, 2013).

Tener la función social de autoridad y darle a cada quien lo que le corresponde es difícil de definir y de establecer. Y para ello se necesitan reglas, principios y disposiciones normativas que generen certidumbre y legalidad en los actos, ya que en el Estado mexicano hay autoridades en los tres órdenes de gobierno (Ejecutivo a través de sus 19 Secretarías; el Legislativo a través de la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores; y el Poder Judicial, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales colegiados de circuito y los Juzgados de Distrito). Y debe de tomarse en consideración que la invasión de facultades o competencias es algo que no debe de soslayarse porque eso puede generar más afectaciones que beneficios.

Por otro lado, es importante mencionar que al darle a cada uno lo que le corresponde dependerá de que categorías, bienes, derechos, acciones, políticas públicas y principios se estén tomando en consideración, ya que no debe dejarse de lado lo establecido por el texto constitucional, así por ejemplo el artículo 2.º constitucional, genera pautas claras y específicas, de esta manera la Constitución mexicana expresa:

Artículo 2.º La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (MÉXICO, 1917).

B. La Federación, las entidades federativas y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es el máximo ordenamiento de nuestra nación, establece un artículo específico en el cual deben de velarse por la protección y garantía de los derechos de pueblos y comunidades indígenas, para promover la igualdad de oportunidades, aquella que establece Rawls en su filosofía como se verá más adelante, por lo cual las autoridades deben tomarse medidas para el caso específico de pueblos y comunidades indígenas dando a ellos lo que corresponda, de conformidad con lo establecido en la normativa constitucional.

Por otro lado, el artículo 4.º constitucional (MÉXICO, 1917) es claro al establecer que:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (MÉXICO, 2014), contempla lo siguiente:

Artículo 37. Las autoridades de la Federación, de las entidades federativas, de los municipios y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, para garantizar la igualdad sustantiva deberán:

II.- Diseñar, implementar y evaluar programas, políticas públicas a través de Acciones afirmativas tendientes a eliminar los obstáculos que impiden la igualdad de acceso y de oportunidades a la alimentación, a la educación y a

la atención médica entre niñas, niños y adolescentes;

Artículo 40. Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a adoptar medidas y a realizar las acciones afirmativas necesarias para garantizar a niñas, niños y adolescentes la igualdad sustantiva, de oportunidades y el derecho a la no discriminación.

La adopción de estas medidas y la realización de acciones afirmativas formarán parte de la perspectiva antidiscriminatoria, la cual será incorporada de manera transversal y progresiva en el quehacer público, y de manera particular en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas.

Del texto anterior se desprende que las autoridades deben de tener en consideración ciertos aspectos para actuar con diligencia, eficacia, eficiencia, legalidad y respeto a los Derechos Humanos. Estas disposiciones normativas nos muestran como en las diversas leyes se encuentran contempladas reglas específicas para el actuar de las autoridades en el ámbito de sus competencias. De esta manera, la autoridad (en cualquiera de su ámbito de competencia) debe de respetar las directrices establecidas por el pacto fundamental positivizado en la Constitución Política Mexicana y las leyes que de ella emanen. No debe dejarse de lado que México es una nación pluricultural y multicultural en donde existe una gran diversidad de intereses que en muchas ocasiones son difíciles de definir, por lo cual darle lo que a cada uno corresponde resulta una tarea complicada. Imaginemos esa realidad para la basta población del Estado mexicano, la cual supera los 130 millones de personas. Es difícil imaginar que el Estado defina lo que a cada persona debe ser dado en su particularidad. Además de que darle lo que a cada uno corresponde puede ser cambiante, ya que a lo largo de la vida las personas cambian en muchos aspectos.

Volviendo a la definición de justicia distributiva el gran filósofo Aristóteles desde la antigua Grecia mencionaba lo siguiente respecto de la justicia distributiva:

Sí lo injusto es desigual, lo justo es igual, lo cual, sin necesidad de argumentos, todos lo admiten. Y puesto que lo igual es un término medio, lo justo será también un término medio. Ahora, lo justo depende al menos de dos cosas. De acuerdo con ello, necesariamente, lo justo será un término medio e igual en relación con algo y con algunos (ARISTÓTELES, 1985, p. 112).

Para Aristóteles es primordial el establecer que debe existir un equilibrio, algo que llama punto medio. No menciona que aspectos deben considerarse o evaluarse y se deja una carta abierta a la interpretación y a la ponderación de circunstancias para decidir cuál es el término medio. Así, las autoridades de los tres órdenes de gobierno deberán aplicar la normativa específica. En este sentido se debe realizar una interpretación a los casos en particular o debe ser definido por el legislador en las normas secundarias, cuando son analizadas en la Cámara de Diputados o en el Senado de la República, por lo cual deberán de darse los mejores argumentos o aquellos que se consideran adecuados para darle

a las personas ese equilibrio. Y que el Estado en conjunto con sus autoridades pueda darle a las personas lo que les corresponde en un término medio. O sea, sin darle a unos pocos muchísimo (como lo hace el sistema capitalista actual). Y generando un desequilibrio de poder, por parte de las Secretarías de Estado. Puede ser regulado por los ordenamientos como reglamentos y protocolos institucionales por parte de las instituciones ejecutoras de programas sociales para poder hacer efectiva la igualdad de oportunidades.

Por otra parte, John Rawls afirma lo siguiente:

El objeto primario de los principios de justicia social es la estructura básica de la sociedad, la disposición de las instituciones sociales más importantes en un esquema de cooperación. Hemos visto que estos principios habrán de gobernar la asignación de derechos y deberes en estas instituciones, y que habrán de determinar la correcta distribución de los beneficios y las cargas de la vida social. (RAWLS, 1995, p. 62).

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todo (RAWLS, 1995, p. 67-68).

Por su parte, John Rawls establece algo indispensable, que él llamará los principios de justicia social y menciona cómo es que deben ser incorporados a la estructura básica de toda sociedad (retomando el imperativo categórico kantiano). Rawls menciona el principio de que cada persona tenga un derecho igual a las libertades básicas en la sociedad (o sea igualdad). Esto puede traducirse en que todas las personas del Estado mexicano deben poder gozar y ejercer a un conjunto de libertades fundamentales. O sea, busca asegurar que todos tengan un nivel mínimo de libertad y autonomía.

Con respecto del segundo principio, Rawls establece que las desigualdades pueden ser aceptables si cumplen dos condiciones. El primer término deben estar diseñadas de manera que resulten ventajosas (medidas afirmativas, acciones positivas) para todos los miembros de la sociedad, especialmente para los menos privilegiados (grupos en situación especial de vulnerabilidad). En segundo lugar, estas desigualdades deben estar vinculadas a oportunidades justas y accesibles para todos (igualdad de ante la ley e igualdad de oportunidades) como empleos y cargos que no estén restringidos a ciertos grupos privilegiados.

De las definiciones anteriores puede expresarse que aquello que se busca con la justicia social de Rawls es un balance, un equilibrio, en donde las personas que se encuentran en una situación de desventaja puedan acceder a las mismas oportunidades. Y que todos en la sociedad tengan ese mismo acceso de libertades.

Lo que plantea Rawls en el lenguaje del derecho podemos traducirla en el derecho humano a la igualdad. Y en la universalidad de los Derechos Humanos,

ya que les corresponden a todos por igual. Reconfigurando, esto puede decirse que Rawls plantea una justicia distributiva en donde el Estado establezca mecanismos y herramientas que lleven a esa igualdad para el goce y ejercicio de derechos que permita a las personas acceder a las mismas oportunidades que los demás.

Retomando lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido un criterio jurídico jurisprudencial (por lo cual es obligatorio para todos los jueces del país) en el cual se pronuncia y establece que es lo que debemos de entender por el derechos humano a la igualdad jurídica² y nuestro máximo Tribunal del Estado mexicano establece que existe el derecho a la igualdad en dos sentidos, una igualdad ante la ley, o sea debe aplicarse en el mismo sentido para todas las personas las disposiciones normativas vigentes sin discriminación alguna y por otra parte el legislador (Cámara de Diputados o Senadores) no puede hacer diferenciaciones injustificadas que generen desigualdad y discriminación, pero además manifiesta la Corte que son válidas aquellas normas que protejan a los grupos en situación especial de vulnerabilidad con la finalidad de reconocer su situación especial particular como en el caso de pueblos y comunidades indígenas, niñas, niños y adolescentes, mujeres, y personas con discapacidad por mencionar algunos.

Es aquí donde podemos encontrar aquello mencionado por Bobbio al inicio de nuestro texto, ya que la autoridad reconoce que el Estado mexicano está obligado a tomar las medidas adecuadas y pertinentes para equilibrar la balanza y dar a cada uno lo que merece, aquello que necesita para gozar y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad. Del mismo modo que lo menciona John Rawls en su teoría de la justicia. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación prescribe la existencia del fundamento jurídico para lograr la igualdad sustantiva o de hecho mencionada por estos filósofos y que este fundamento jurídico da certeza y legalidad a las medidas tomadas por las autoridades en el ámbito de sus competencias para darle a cada uno lo que merece tomando en consideración sus casos particulares.

En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación menciona que derivado de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado mexicano en materia de Derechos Humanos se deben de tomar las medidas pertinentes, adecuadas y correspondientes para garantizar el derecho a la igualdad, y hacer posible lo consagrado por nuestro artículo 1.º constitucional, el respeto y garantía de los Derechos Humanos, o derechos fundamentales con la finalidad de garantizar una vida digna a las personas que habitan en el Estado mexicano.

² PRIMERA SALA. DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. Amparo directo en revisión 1464/2013. Blanca Esthela Díaz Martínez. 13 de noviembre de 2013. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez. Registro digital: 2015679. Semanario Judicial de la Federación. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015679>>.

Retomando lo anterior, es necesario establecer lo que estipula la convención de personas con discapacidad firmada y ratificada por el Estado mexicano y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de mayo del 2008 establece que:

Artículo 1.º El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.”

Artículo 4.º Obligaciones generales

1. Los Estados Parte se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Parte se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

Artículo 5.º Igualdad y no discriminación.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad (ONU, 2008).

Con lo establecido anteriormente en la Convención de Personas con Discapacidad se desprende la obligación del Estado mexicano de realizar las adecuaciones necesarias para garantizar, proteger y respetar los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito federal, estatal y municipal, y en los tres órdenes de gobierno, que son el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, por lo cual la justicia distributiva en el Estado mexicano comienza a adquirir un camino más claro y profundo en la toma de decisiones que lleven aparejada la igualdad de hecho y la igualdad sustantiva ante la ley. Y, con esto, se hace claro lo que menciona Rawls en su teoría, que todos tengan acceso a esas oportunidades en la misma igualdad de condiciones.

Como hemos podido observar, el Estado mexicano está obligado a respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos reconocidos en el texto constitucional y en los diversos Tratados Internacionales. Estos Tratados Internacionales contemplan diversas medidas específicas y derechos específicos que los Estados deben de realizar, por lo cual la justicia distributiva de hace presente en el ordenamiento legal.

2 CONSTITUCIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS

Es necesario recordar un poco de historia de Derecho mexicano ya que al culminar la Revolución Mexicana que comenzó en el año 1910 en México, y su culminación en 1917 con la aprobación de la Nueva Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año 1917 (que aún es nuestra Constitución vigente). El constituyente originario incorporó al texto constitucional aquellas aspiraciones y demandas que se tenían por diversos sectores, como los trabajadores, y las personas que se encargaban del campo, ya que a lo largo del tiempo sufrieron bajo el yugo de regímenes despóticos. De esta manera, se estableció dentro de la norma fundamental derechos que ahora serían protegidos y que consideraban que debían ser garantizados por el Estado mexicano para una mejor vida, aquellas cartas de triunfo (DWORKIN, 1977, p. XI, 91 y 199), plasmadas en la Constitución las cuales nada ni nadie debía violar o menoscabar.

De esta manera aquellas aspiraciones que tenía la sociedad mexicana de aquella época se vieron incorporadas a la Constitución nacional. Pero no todas llegaron a concretarse de manera adecuada u óptima. Estos derechos existían. Pero no fueron cumplidos en su totalidad. Aún se carecían de las garantías para hacerlas efectivas y faltaba un desarrollo institucional para hacerlos valer como hoy lo haría la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Social, la Secretaría de Educación Pública, y otras más. Esto hacía que no podría lograrse su plena efectividad.

En un sistema democrático y político que aún estaba en construcción y en el cual existían aún muchos desafíos, políticos, económicos, jurídicos, en el plano institucional aún existían muchas lagunas y la herencia de un régimen extractivista de la revolución que se resistían al cambio institucional aún permeaba en el panorama institucional.

3 LOS DERECHOS HUMANOS

La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México es el organismo encargado y legitimado el cual analiza las quejas que se presenten en contra de los servidores públicos por acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones que violen Derechos Humanos nos da una definición de Derechos Humanos:

Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, Tratados Internacionales y las leyes.

Los Derechos Humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos,

sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos Derechos Humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles (MÉXICO, 2024a).

Los Derechos Humanos son esenciales y tienen su base o sustento en la dignidad de las personas, al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación a mencionado lo siguiente:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Registro digital: 2016923. Materias(s): Constitucional. DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE ES LA BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE.³

La dignidad resulta elemental para el desarrollo integral de las personas, por lo cual México tiene la obligación de asumir una serie de responsabilidades particulares o específicas y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a las personas las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de los Derechos Humanos. Por otra parte, Luigi Ferrajoli los llamará derechos fundamentales, y establece:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (FERRAJOLI, 2009, p. 19).

Es necesario establecer aquello que estipula la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) en el Título Primero, Capítulo I, que tiene el nombre “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, en su artículo primero la Constitución establece que los Derechos Humanos:

³ DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 37/2017. Documenta, Análisis y Acción para la Justicia Social, A.C. 22 de marzo de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Arturo Camero Ocampo. Secretario: Ángel García Cotonieto.

Nota: En relación con el alcance de la presente tesis, destaca la diversa jurisprudencial 1a./J. 37/2016 (10a.), de título y subtítulo: “DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes, 26 de agosto de 2016, a las 10:34 horas, y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, página 633.

Esta tesis se publicó el viernes, 18 de mayo de 2018, a las 10:23 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2016923. Semanario Judicial de la Federación. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016923>>.

Artículo 1.º En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos, en los términos que establezca la ley.

Del texto constitucional anteriormente citado se desprende que nuestra norma fundamental contempla que los Derechos Humanos podrán ser gozados por todas las personas, (igualdad jurídica) tanto aquellos que se encuentran en el texto constitucional como aquellos que se encuentran en Tratados Internacionales (control de convencionalidad). Estas normas de Derechos Humanos deben de ser interpretados con lo establecido en la Constitución (interpretación conforme) y con los que establecen esos mismos Tratados que fueron firmados y ratificados por el Senado de la República de manera que se favorezca a las personas con la protección más extendida, o menos restrictiva (Principio *pro persona* o *Pro homine*) en el caso en particular. Por ello en el ámbito de cada una de las competencias de los diversos órganos o poderes deberán realizarlo bajo los principios aplicables como la perspectiva de la niñez, perspectiva de discapacidad, perspectiva de género, y por su puesto con perspectiva de Derechos Humanos. De esta manera, el Estado mexicano, de manera implícita, aplica una justicia distributiva, ya que al incorporar estos elementos comienza a dar a cada uno lo que merece. Al menos de forma grupal comienza a realizarlo y abordarlo. El hecho de firmar y ratificar Convenciones y Tratados que establecen derechos específicos a ciertos grupos que han sido históricamente discriminados es elemental para generar esa justicia distributiva en el ámbito público.

Así, se establece que todas las personas gozaran de los mismos derechos y como hemos mencionado anteriormente ello implica que reconoce un derecho a la igualdad y no discriminación, de esta manera el legislador estableció disposiciones normativas dentro de la Constitución y las leyes secundarias para generar igualdad de oportunidades. Por su parte el Poder Ejecutivo, a través de sus diversas Secretarías e instituciones, y la Cámara de Diputados del honorable Congreso de la Unión, a través del presupuesto de egresos de la Federación, otorga partidas presupuestarias dotando de recursos económicos para hacer efectivos los programas sociales, con la implementación de estos programas el gobierno trata de hacer efectivos los derechos de las personas en una situación especial de vulnerabilidad.

Estos programas específicos tratan de abordar las desigualdades y asume la obligación de tomar cartas en el asunto para eliminar o reducir estas desigualdades y hacer efectivos los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales.

La obligación de respeto implica que los servidores públicos y las autoridades hagan efectivo el Derecho Humano, cualquier que este sea, y también implica abstenerse de realizar acciones, conductas o actos que afecten el goce y ejercicio de los Derechos Humanos. Pero además en el criterio anterior se establece que los particulares se encuentran también obligados a no interferir en el ejercicio de los derechos de las personas. De esta manera se puede tener una igualdad en el acceso al goce y disfrute de los Derechos Humanos reconocidos en nuestra Constitución, por lo cual debe de tenerse en consideración que para el caso mexicano la justicia distributiva implica aspectos mucho más complejos.

Esto busca proteger los Derechos Humanos reconocidos por el Estado mexicano en su Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte. La Convención Americana de Derechos Humanos, que fue firmada y ratificada por el Estado mexicano, y que se publicó en el Diario Oficial de la Federación Decreto de Promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 el día 07 de mayo del año 1981a establece:

Artículo 2.º Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El artículo 4.º constitucional menciona:

El Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la Ley. Para recibir esta prestación tendrán prioridad las y los menores de dieciocho años, las y los indígenas y las y los afroamericanos hasta la edad de sesenta y cuatro años y las personas que se encuentren en condición de pobreza.

Las personas mayores de sesenta y ocho años tienen derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la Ley. En el caso de las y los indígenas y las y los afroamericanos esta prestación se otorgará a partir de los sesenta y cinco años de edad.

El Estado establecerá un sistema de becas para las y los estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública, con prioridad a las y los pertenecientes a las familias que se encuentren en condición de pobreza, para garantizar con equidad el derecho a la educación.

Podemos ver como el Estado mexicano menciona en estas disposiciones normativas a personas que pertenecen a un grupo en situación de vulnerabilidad,

por ejemplo, a las personas que viven con alguna discapacidad. Y, además, menciona que tendrán prioridad las personas que son afromexicanas y aquellas que se encuentren en condición de pobreza, con lo cual el Estado deja claro y preciso quienes son los grupos sujetos de protección especial y esto es una medida afirmativa.

Por su parte también establece que las personas de sesenta y ocho años de edad tienen el derecho de recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos de la ley. Y que, en caso de personas indígenas y afromexicanas, deberá ser desde los sesenta y cinco años. Así se encuentra en este sexenio (2018-2024) el programa de Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores el cual tiene como objetivo mejorar la situación de protección social de toda la población adulta mayor de 65 años o más de edad, a través de:

- una pensión económica, equivalente a \$6,000 pesos bimestrales entregados de manera directa (MÉXICO, 2024d);
- beca para el Bienestar Benito Juárez de Educación Básica el cual tiene como objetivo otorgar un apoyo económico de \$920.00 pesos mensuales a familias con niñas, niños y/o adolescentes inscritos en planteles de educación inicial, preescolar, primaria o secundaria del sector público ubicados en localidades indígenas (MÉXICO, 2024b).

También se cuenta con el programa Jóvenes Construyendo el Futuro, en el cual las y los jóvenes inscritos al programa reciben un apoyo económico mensual equivalente a un salario mínimo que, en 2023, es de \$7 mil 572 pesos (MÉXICO, 2024c). Además, las y los beneficiarios son acreedores a un seguro médico del IMSS que abarca enfermedades, maternidad y riesgos de trabajo, también se debe mencionar la Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad Permanente con el que se contribuye a garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales a niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas indígenas, afromexicanas y/o adultas con discapacidad. El apoyo económico es de 3 mil 100 pesos entregados de manera bimestral (MÉXICO, 2024e).

Como último programa a nivel federal que se va a mencionar es El Programa de Apoyo para el Bienestar de las Niñas y Niños, Hijos de Madres Trabajadoras, cuyo principal objetivo es mejorar las condiciones de vida de niñas, niños, adolescentes y jóvenes en situación de vulnerabilidad por la ausencia temporal o permanente de uno o de ambos padres, a través de un apoyo económico bimestral (MÉXICO, 2024f).

De esta manera se demuestra como el gobierno, a través de diversos programas sociales, protege derechos y da oportunidades a las personas en situación especial de vulnerabilidad.

También otro grupo que se encuentra en situación de vulnerabilidad son los niños, niñas y adolescentes, pero se estableció en la normativa constitucional,

que en todos los niveles escolares del sistema de educación pública (estableciendo de esta manera solo en la educación ofrecida por el estado y no la que ofrecen los particulares con concesiones del estado) dar una beca. Y con especial atención a aquellos estudiante que se encuentren en una condición de pobreza. Mediante estas medidas se ve claramente como el Estado mexicano realiza una justicia distributiva, tratando de generar las condiciones para que estos grupos puedan acceder en la misma posibilidad de tener un mejor nivel de vida.

No debemos dejar de lado lo que, para Ricardo Hernández y Rivas Sánchez, significa “la vulnerabilidad es la condición de ciertas personas o grupos por la cual se encuentran en riesgo de sufrir violaciones a sus Derechos Humanos” (HERNÁNDEZ FORCADA; RIVAS SÁNCHEZ, [2006?], p. 11) de esta manera Eduardo San Miguel Aguirre manifiesta que “entre las causas que colocan a una persona, grupo o comunidad en situación de vulnerabilidad está el desamparo ocasionado por no contar con medios para satisfacer sus necesidades básicas” (SAN MIGUEL AGUIRRE, 2000, p. 77).

Como menciona Diana Lara Espinoza (2015, p. 26-27)

la vulnerabilidad no es una condición personal, es decir, no se trata de la característica de un ser humano. Las personas no son por sí mismas “vulnerables”, “débiles” o “indefensas”, sino que, por una condición particular, se enfrentan a un entorno que, injustamente, restringe o impide el desarrollo de uno o varios aspectos de su vida, quedando sujetas a una situación de vulnerabilidad y, por tanto, a un mayor riesgo de ver sus derechos afectados. En otras palabras, ni las personas ni los grupos son en sí mismos “vulnerables” sino que pueden estar sujetos a condiciones de vulnerabilidad, y son esas condiciones las que los sitúan en desigualdad de oportunidades frente a los demás y limitan o impiden el pleno ejercicio de sus derechos.

De esta manera al la jurista María Monserrat Pérez Contreras (2005, p. 846) establece que “La vulnerabilidad se entiende, por consiguiente, como un fenómeno condicionado por el desarrollo de las relaciones sociales, y para comprenderla, prevenirla y atenderla, es necesario considerar cómo se vinculan éstas con los sucesos que generan la vulnerabilidad.”.

De esta manera el estado busca que las personas en una situación especial de vulnerabilidad deben de tener un acceso al mismo goce y ejercicio de derechos reconocidos por nuestra Constitución Política, así como lo establece la ley federal para prevenir y eliminar la discriminación, la cual dispone en su artículo 1.º, fracción VI, lo siguiente:

Artículo 1.º [...].

VI. Igualdad real de oportunidades: Es el acceso que tienen las personas o grupos de personas al igual disfrute de derechos, por la vía de las normas y los hechos, para el disfrute de sus derechos;
[...]. (MÉXICO, 2003).

Puede verse que en el Estado mexicano se protege los derechos de las personas en una situación especial de vulnerabilidad lo cual pretende generar una igualdad real de oportunidades y dar eficacia a sus derechos.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Registro digital: 2018332. Materias(s): Constitucional. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. FORMA EN QUE LAS AUTORIDADES DEBEN PROMOVER SU DERECHO A LA EDUCACIÓN, PARA LOGRAR SU INCLUSIÓN EN TODOS LOS NIVELES DEL SISTEMA EDUCATIVO NACIONAL.⁴

Con lo anterior se establece que el Estado está obligado a asumir sus compromisos adquiridos, por ello debe de implementar medidas que permitan una igualdad y no discriminación y realizar aquellas acciones que permitan a las personas tener esas mismas oportunidades. Es por ello que de esta forma se realiza una justicia distributiva así la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación contempla:

Artículo 15. Séptimo. Las acciones afirmativas son las medidas especiales, específicas y de carácter temporal, a favor de personas o grupos en situación de discriminación, cuyo objetivo es corregir situaciones patentes de desigualdad en el disfrute o ejercicio de derechos y libertades, aplicables mientras subsistan dichas situaciones. Se adecuarán a la situación que quiera remediarse, deberán ser legítimas y respetar los principios de justicia y proporcionalidad. Estas medidas no serán consideradas discriminatorias en términos del artículo 5 de la presente Ley (MÉXICO, 2003).

Puede concluir que la justicia distributiva en el ámbito público existente, tomando en consideración como punto de partida el texto constitucional a través de la lectura del artículo primero constitucional y los criterios del poder judicial de la Federación, además los Tratados Internacionales y las leyes reglamentarias que protegen en muchos casos grupos históricamente discriminados, esto conlleva que las autoridades tienen la obligación de proteger, de respetar y de garantizar los Derechos Humanos. Además estos deben ser valorados, interpretados y aplicados bajo principios, como el de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Además de aquellos principios establecidos en las leyes y en las convenciones que protegen a grupos específicos, por lo cual las autoridades en el ámbito de sus competencias, sean estas federales, estatales y municipales hacer un análisis riguroso y estudiar los casos en específico con mucha atención.

⁴ DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 89/2018. Raúl Rosas Espinosa. 30 de agosto de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Fernando Hernández Bautista. Secretaria: Dulce María Domínguez Bravo. Esta tesis se publicó el viernes, 9 de noviembre de 2018, a las 10:20 horas, en el Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2018332, Semanario Judicial de la Federación. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018332>>.

Al garantizar los Derechos Humanos y los principios consagrados en la Constitución y los Tratados Internacionales se está dando vida a una justicia distributiva, mencionada por Bobbio, por Rawls e incluso por el mismo Aristóteles, ya que se trata de equilibrar el derecho en el caso particular, valorando cada una de las circunstancias. Así el Estado mexicano ha implementado programas que van dirigidos a apoyar a estos grupos que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.

4 LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA EN EL ÁMBITO PRIVADO

Para comenzar con este apartado se considera apropiado recurrir a la definición del Jurista Luciano Fontana, quién expresa:

Justicia particular distributiva. Es la parte subjetiva de la justicia que se da entre un grupo social (representado por la autoridad) y el individuo en cuanto es miembro de aquel grupo (*ordo totius ad partem*). La justicia particular distributiva inclina la voluntad del superior a la repartición proporcional de los bienes (premios, dignidades, reconocimientos y oficios) según los méritos y según las capacidades de cada súbdito." (BARP FONTANA, 2008, p. 40).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México ha desarrollado una argumentación en la que justifica una justicia distributiva. No lo explica ni lo menciona de manera textual. Pero, a través de sus criterios, podemos ir determinando como está evolucionando en ese aspecto. Por ejemplo, anteriormente en la teoría o doctrina del Derecho Familiar o del Derecho Civil se circunscribía que el matrimonio pertenecía al ámbito del Derecho Privado, que dos personas que manifestaban su voluntad ante el juez del registro civil para contraer nupcias era un contrato entre particulares, y que el Estado no podía hacer manifestaciones con respecto de ello. Lo mismo pasaba o se generaba con la disolución del vínculo matrimonial. Se consideraba que disolver el vínculo matrimonial solo correspondía a las dos personas, por lo cual los términos y condiciones que se establecían eran objeto de las voluntades. Pero esta concepción se ha transformado en los últimos años y derivado de la reforma establecida en el año 2011 por parte del Estado mexicano a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde reconoce los Derechos Humanos. Desde esta concepción todo ha cambiado, para ejemplificarlo se cita el siguiente criterio jurídico publicado en el Semanario Judicial de la Federación:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Registro digital: 2027259. Materias(s): Civil. PENSIÓN COMPENSATORIA. EL ANÁLISIS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO COMO ELEMENTO PARA SU PROCEDENCIA, INCLUYE EL ESTUDIO DE

LA EXISTENCIA DE LAS PÉRDIDAS ECONÓMICAS Y DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL COSTO DE OPORTUNIDAD.⁵

Con el criterio anterior se argumenta que la pensión compensatoria busca corregir el desequilibrio económico entre los cónyuges, en este caso en particular existe la intervención de la autoridad judicial. Y el criterio de los jueces en este caso en particular es el de garantizar que ambos tengan acceso a un nivel de vida adecuado después del divorcio. Esto debe de valorarse de una manera en la que se tomen medidas afirmativas. Y se vea con perspectiva de género el asunto en cuestión. O sea, la pensión compensatoria, ahora bien, el análisis del desequilibrio económico debe incluir la evaluación de pérdidas económicas derivadas de no poder trabajar durante el matrimonio y de los perjuicios resultantes del costo de oportunidad. Además de tomar en consideración como la falta de formación profesional o la incapacidad para ingresar al mercado laboral puede afectar a su proyecto de vida y a la realización de su plan de vida.

Y al abordar estos tópicos particulares el Poder Judicial de la Federación considerará adecuadamente la situación económica de cada cónyuge y se otorgue la pensión de manera justa y equitativa,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Registro digital: 2023590. Materias(s): Civil. PENSIÓN COMPENSATORIA CON BASE EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. SU MONTO DEBE COMPRENDER EL CARÁCTER RESARCITORIO Y ASISTENCIAL DE ACUERDO CON LAS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES DE CADA CASO CONCRETO.⁶

Como puede verse la justicia distributiva también puede ser visto y aplicado en el caso de la pensión compensatoria. Pero en el caso particular bajo la perspectiva de género ya que el juzgador al hacer el análisis del caso particular debe considerar el monto de la pensión como una medida que es tendiente a equilibrar el desequilibrio económico (desigualdad) que suele darse entre los cónyuges al disolverse el vínculo matrimonial o en su caso de concubinato. Este desequilibrio puede dejar a uno de los cónyuges (sin especificar si es hombre o mujer) en una situación de desventaja económica, afectando su capacidad para

⁵ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo directo 684/2022. 2 de junio de 2023. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel De Alba De Alba. Secretaria: Diana Helena Sánchez Álvarez.

Esta tesis se publicó el viernes, 22 de septiembre de 2023, a las 10:31 horas, en el Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2027259, Semanario Judicial de la Federación. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027259>>.

⁶ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo directo 947/2019. Karen Ulibarri García. 2 de julio de 2020. Unanimidad de votos, con voto aclaratorio del Magistrado José Manuel De Alba De Alba. Ponente: Isidro Pedro Alcántara Valdés. Secretario: Flavio Bernardo Galván Zilli. Registro digital: 2023590, Semanario Judicial de la Federación, disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023590>>.

Esta tesis se publicó el viernes, 24 de septiembre de 2021, a las 10:33 horas, en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes, 27 de septiembre de 2021, para los efectos previstos en el punto noveno del Acuerdo General Plenario 1/2021.

satisfacer sus necesidades básicas (mínimas vitales) y acceder a un nivel de vida que sea adecuado. Así los Tribunales Colegiados de circuito establecen criterios tendientes a proteger en la misma igualdad de condiciones a las personas.

De esta manera, la pensión compensatoria se determina como una obligación tanto asistencial como resarcitoria, según los Tribunales, de esta manera el carácter asistencial se ve reflejado en proporcionar apoyo económico a aquel cónyuge o concubino que carece de ingresos suficientes para satisfacer sus necesidades más elementales. También el carácter resarcitorio busca compensar los perjuicios o afectaciones derivados de la dedicación al cuidado de los hijos y las labores del hogar, incluyendo las pérdidas económicas (coste de oportunidad) y el costo de oportunidad derivado de haber realizado todas estas actividades.

Los juzgadores en los casos en particular deberán analizar que para la adjudicación del monto de la pensión, se deben tener en consideración diversos elementos, como la contribución del cónyuge o concubino al hogar durante el tiempo que duró el matrimonio o concubinato; el costo de oportunidad asociado a asumir las responsabilidades domésticas o de hogar; y la precaria situación económica en la que se encuentra la persona. Esto porque es resultante de la falta de ingresos o ingresos insuficientes para tener una vida digna. Así, el objetivo de la pensión compensatoria es garantizar que el beneficiario pueda mantener un nivel de vida digno y satisfacer sus necesidades más elementales, contribuyendo así a restablecer un equilibrio económico justo entre las partes que formaron parte del litigio.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Registro digital: 2028357. Materias(s): Civil. Tipo: Jurisprudencia. COMPENSACIÓN ECONÓMICA. FINALIDADES, CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS CON LA PENSIÓN ALIMENTICIA COMPENSATORIA.⁷

La jurisprudencia de la Primera Sala es velar por el criterio de generar con su decisión una justicia distributiva, reconociendo la desigualdad existente que se puede llevar a cabo después de que se ha disuelto el vínculo matrimonial. Es por ello que justifica y argumenta la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación porqué es importante la medida y los objetivos o finalidad que persigue. Entre ellas, es reivindicar el valor que tiene el trabajo doméstico

⁷ Amparo directo en revisión 7653/2019. 10 de noviembre de 2021. Cinco votos de la ministra Norma Lucía Piña Hernández y de los Ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, y de la Ministra Ana Margarita Ríos Farjat. Ponente: Ana Margarita Ríos Farjat. Secretaria encargada de la tesis: Irlanda Denisse Ávalos Núñez.

Tesis de jurisprudencia 36/2024 (11a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintiocho de febrero de dos mil veinticuatro.

Esta tesis se publicó el viernes 08 de marzo de 2024 a las 10:11 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 11 de marzo de 2024, para los efectos previstos en el punto noveno del Acuerdo General Plenario 1/2021. Registro digital: 2028357. Semanario Judicial de la Federación. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2028357>>.

ya que durante mucho tiempo ha sido menospreciado, infravalorado e incluso invisibilizado. También busca resarcir el daño a la persona que durante el tiempo que duro o tuvo vigencia el matrimonio y no pudo generar bienes exista esa posibilidad para que pueda tener una vida digna que le pueda ayudar a tener mejores condiciones y así hacer lo mejor posible su proyecto de vida.

Para ahondar más en la justicia distributiva en el ámbito privado o particular se muestra una Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por medio de esta establece que en un convenio de divorcio en el cual establezcan y reproduzcan las relaciones de poder que son asimétricas (o sea desiguales) y que implique un monopolio de poder del hombre sobre la mujer debe ser considerado inconstitucional. Esto derivado de los Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano reconoce Derechos Humanos a las mujeres.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Registro digital: 2023935. Materias(s): Constitucional, Civil. Tipo: Jurisprudencia. CONVENIO DE DIVORCIO. SON INCONSTITUCIONALES LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES QUE REPRODUCEN RELACIONES DE PODER ENTRE GÉNEROS⁸.

De la jurisprudencia anterior la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación anula el convenio de divorcio con esta cláusulas argumentando en su criterio las desigualdades de poder existentes y asegurar que las mujeres (quienes pertenecen a un grupo en situación especial de vulnerabilidad) gocen de igualdad de derechos y oportunidades en el ámbito del divorcio (que antes se consideraba privado) y en todas las esferas de la vida. Esto lo hace mediante una decisión judicial, anulando de manera clara aquellas cláusulas que son discriminatorias y promoviendo relaciones que sean más equitativas e igualitarias entre hombres y mujeres, siempre respetando los principios constitucionales y los estándares existentes en el ámbito internacional de Derechos Humanos, de esta manera se garantiza que las mujeres accedan a una vida libre de violencia y que les permita su desarrollo en las diversas esferas de la vida, siguiendo la pauta esencial de generar una vida digna.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Registro digital: 2026170. Materias(s): Civil. Tipo: Jurisprudencia. PENSIÓN COMPENSATORIA.

⁸ PRIMERA SALA. Amparo directo 9/2021. 29 de septiembre de 2021. Cinco votos de las ministras Norma Lucía Piña Hernández y Ana Margarita Ríos Farjat, y los ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá quien formuló voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá. Secretarios: Pablo Francisco Muñoz Díaz y Fernando Sosa Pastrana.

Tesis de jurisprudencia 58/2021 (11a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de uno de diciembre de dos mil veintiuno.

Esta tesis se publicó el viernes, 10 de diciembre de 2021, a las 10:22 horas, en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 13 de diciembre de 2021, para los efectos previstos en el punto noveno del Acuerdo General Plenario 1/2021. Registro digital: 2023935. Semanario Judicial de la Federación. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023935>>.

LA MUJER QUE DEMANDA SU PAGO CON EL ARGUMENTO DE QUE SE DEDICÓ PREPONDERANTEMENTE AL TRABAJO DEL HOGAR Y AL CUIDADO Y EDUCACIÓN DE SUS HIJOS, CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, REVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA AL DEUDOR ALIMENTARIO.⁹

Podemos observar cómo los juzgadores del Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del séptimo circuito aplican una justicia distributiva. En este caso en particular lo hizo mediante la reversión de la carga de la prueba la persona deudora alimentaria. Es decir: a la persona demandada en el caso de una pensión compensatoria. Así la jurisprudencia emitida reconoce la importancia y trascendencia de aplicar una perspectiva de género en la impartición de justicia por parte de los Tribunales de la Federación, especialmente cuando la mujer se ha dedicado predominantemente al trabajo del hogar y al cuidado y educación de los hijos durante el tiempo que duró el matrimonio.

Los Tribunales abordan el reconocimiento, el respeto y la garantía de los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia y no discriminación. Es así como se trata de garantizar el acceso a la justicia en igualdad de condiciones. De esta forma el Poder Judicial de la Federación protege los derechos de este grupo en situación de vulnerabilidad y se tiene un efecto protector de sus derechos. Esto es posible porque se analizan los casos a nivel particular con la finalidad de garantizar su acceso a la justicia y hacer valer sus Derechos Humanos en el ámbito que ante se consideraba privado.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Registro digital: 2027659. Materias(s): Laboral. PERSONAS TRABAJADORAS DEL HOGAR. LOS CONFLICTOS LABORALES EN LOS QUE LA PARTE ACTORA SE OSTENTE CON DICHA CALIDAD Y SEA UNA MUJER, DEBEN TRAMITARSE, ANALIZARSE Y RESOLVERSE CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.¹⁰

La justicia distributiva se aplica en este criterio jurídico al abordar la *litis* con perspectiva de género. Los Tribunales Colegiados de circuito abordan los conflictos laborales en los que la parte actora se ostente como trabajadora del hogar y sea una mujer deben tramitarse, analizarse y resolverse con perspectiva de género de manera obligatoria por los juzgadores. Con este elemento se busca garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad (artículo 4.º

⁹ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo directo 1033/2019. 4 de septiembre de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Pedro Alcántara Valdés. Secretaria: Andrea Martínez García.

Esta tesis se publicó el viernes, 17 de marzo de 2023, a las 10:20 horas, en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del día hábil siguiente, 22 de marzo de 2023, para los efectos previstos en el punto noveno del Acuerdo General Plenario 1/2021. Registro digital: 2026170. Semanario Judicial de la Federación. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026170>>.

¹⁰ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 874/2022. Victoria Rodríguez Valdez. 20 de abril de 2023. Unanimidad de votos. Ponente: Abel Anaya García. Secretario: José Isidro Salas Rodríguez.

Esta tesis se publicó el viernes, 17 de noviembre de 2023, a las 10:28 horas, en el Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2027659. Semanario Judicial de la Federación. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027659>>.

constitucional) y proteger los derechos de las personas trabajadoras del hogar, especialmente las mujeres, quienes históricamente han enfrentado condiciones laborales precarias y han sido objeto de discriminación múltiple. Así se da a las mujeres lo que les corresponde, haciendo una interpretación y ponderación del caso particular.

Al abordar los problemas jurídicos con estas herramientas específicas trata de protegerse y hacerse efectivo el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación. Así como en la necesidad de adoptar un enfoque de género en la impartición de justicia en el ámbito local y federal.

La jurisprudencia establece que las trabajadoras del hogar constituyen un grupo en situación especial de vulnerabilidad. Por lo tanto, es necesario considerar este contexto al analizar los conflictos laborales que involucren a estas personas, particularmente a las mujeres.

5 CONCLUSIÓN

Dentro de la historia jurídica mexicana puede decirse que a partir de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y que aún sigue vigente hasta nuestros días se han incorporado los derechos de:

- personas que se encontraban en una situación especial de vulnerabilidad; y
- que demandaban reconocimiento como los trabajadores o personal obrero de las empresas y los campesinos y agricultores que trabajaban las tierras a lo largo y ancho de nuestra nación.

Con el paso de los años se fue realizando la firma, adhesión y ratificación de Tratados Internacionales que reconocían Derechos Humanos, no es hasta finales del siglo pasado y comienzos del XXI que se realizan reformas a nuestro pacto fundamental que fueron reconociendo e incorporando al texto constitucional derechos a niños, niñas y adolescentes, pueblos y comunidades indígenas, mujeres y a otros grupos o sectores en una situación especial de vulnerabilidad. Eso, hasta llegar a la reforma del año 2011 en materia de Derechos Humanos, con lo cual el Estado mexicano comienza a aplicar nuevos criterios jurídicos que impliquen una visión de Derechos Humanos, de igualdad y no discriminación en donde se respeten las reglas y principios que llevan a las personas a tener una vida digna, como se ha revisado se ha reformado en años recientes la Constitución. Y ahora se reconoce que el Estado otorga apoyo a grupos históricamente discriminados.

Además se han implementado programas y políticas públicas que son tendientes a proteger a estos mismos grupos que han tenido desventajas históricas y lo que se busca es que tengan oportunidades reales de crecimiento.

Podremos preguntarnos si estos programas o políticas han sido eficaces o si han cumplido sus objetivos. Pero eso implica un análisis más complejo y detallado que ya no es parte de este trabajo académico. Lo que sí puede afirmarse es que se han tomado las medidas correspondientes para tratar de equilibrar la balanza y generar un equilibrio dando a estos grupos aquella ayuda que merecen para mejorar su vida en las diversas esferas de desarrollo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México quien es la guardiana de nuestra Constitución ha expandido la aplicación hasta los ámbitos más particulares como en la disolución del vínculo matrimonial (*como la pensión compensatoria, y la aplicación de perspectiva de género*) y que anteriormente se consideraba exclusiva del Derecho Privado, en donde se creía que el Estado no debería intervenir. Pero que reconoce que los Derechos Humanos están en todas partes incluso en el ámbito privado por lo cual deben ser protegidos y garantizados, no solo en el ámbito público sino también en las relaciones entre particulares dando a cada quien lo que merece, o sea, acceso a la justicia, respeto y protección de Derechos Humanos, igualdad y no discriminación.

Podemos establecer que la justicia distributiva es aplicada por el Estado mexicano para la protección de Derechos Humanos. O, mejor dicho, deberíamos mencionar que los Derechos Humanos y sus garantías llevan consigo aparejados una justicia distributiva de manera implícita, ya que el Estado mexicano fue incorporando a lo largo de su historia constitucional a los grupos menos favorecidos. Pero con el surgimiento de Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (MÉXICO, 1981b), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (MÉXICO, 1981c), la Convención Americana de Derechos Humanos (MÉXICO, 1981a), la Convención de Personas con Discapacidad (MÉXICO, 2008), la Convención de Derechos del Niño (MÉXICO, 1991), la Convención Belém do Pará (MÉXICO, 1999), por mencionar algunos de los muchos Tratados a los cuales se ha adherido el Estado mexicano.

Así, se volvió una obligación que ha tenido que ir cumpliendo de manera progresiva, por lo cual las autoridades en ámbito de sus competencias están obligadas al respeto, la protección y garantía de los mismos, bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por ello en el desempeño de sus funciones deberán evaluar cada caso en particular para así poder definir y establecer que le corresponde a cada uno con la finalidad de garantizar una vida digna.

También se trabaja en garantizar una igualdad no solo de derecho sino también de hecho, después de la reforma a la Constitución en el año 2011 (algo tardada para el reconocimiento de Derechos Humanos en comparación con otros países latinoamericanos como Costa Rica, Colombia y Argentina) ha existido un giro en la interpretación y adjudicación de derechos. Y puede verse que a través de las Sentencias dictadas por el Poder Judicial de la Federación también interviene en situaciones que antes eran consideradas solo entre particulares y que el Estado no debía de inmiscuirse.

Ahora la Corte también está caminando a una protección y eficacia de Derechos Humanos de manera horizontal, por lo cual la justicia distributiva también está presente en las Sentencias de la Corte Suprema. Es menester propio de las autoridades seguir repensando la justicia, y preguntarnos: ¿qué es lo que merece cada quién?

El camino seguirá dándonos más retos y más preguntas ya que aún existen limitaciones en el ámbito político y económico. Y deberemos de agregar a esta ecuación los derechos de la naturaleza o a un medio ambiente sano, ya que la naturaleza nos dota o provee de medios que satisfacen necesidades elementales que no podemos dejar de lado como el agua y la alimentación, por lo cual deberemos seguir afianzando criterios que establezcan una justicia distributiva en la que todas y todos podamos acceder en la misma igualdad de oportunidades o todos los bienes y servicios incluidos los de la naturaleza.

Corresponde a los abogados, defensores, autoridades de los tres órdenes de gobierno preguntarnos: ¿qué le corresponde a cada uno? Y ¿cómo podemos darle eso que le corresponde?

Deberemos debatir, discutir y entrar al mundo de posibilidades en el que tendremos que interpretar y argumentar cada caso en concreto con la finalidad de hacer aquella promesa una realidad: tener una vida digna y darle a cada uno lo que merece.

REFERENCIAS

ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea**. Traducción y notas por Iulio Pall Bonet. Madrid: Gredos, 1985.

BARP FONTANA, Luciano. La justicia como virtud social. En: **Derechos Humanos México**, Ciudad de México, Ed. Centro Nacional de Derechos Humanos, año 3, número 8, 2008.

BOBBIO, Norberto. La gran dicotomía: público/privado. En: BOBBIO, Norberto. **Estado, gobierno y sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón. **Dogmática constitucional y régimen autoritario**. México (DF): Fontamara, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Planeta-Agostini, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2009.

HERNÁNDEZ FORCADA, Ricardo; RIVAS SÁNCHEZ, Héctor Eloy. **El VIH/**

SIDA y los derechos humanos: guía básica para educadores en derechos humanos. Ciudad de México: Letra S, [2006?].

LARA ESPINOSA, Diana. **Grupos en situación especial de vulnerabilidad.** Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael. **Diccionario jurídico:** teórico práctico. México: IURE, 2017.

MÉXICO (Nación). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917. Disponible en: <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>>.

MÉXICO (Nación). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Decreto de Promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Diario Oficial de la Federación. 1981a. Disponible en: <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4645612&fecha=07/05/1981#gsc.tab=0>.

MÉXICO (Nación). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Decreto de Promulgación del Pacto Internacional de Decretos Civiles y Políticos, abierto a firma en la ciudad de Nueva York, E.U.A. el 19 de diciembre de 1966. Diario Oficial de la Federación. 1981b. Disponible en: <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4649138&fecha=20/05/1981#gsc.tab=0>.

MÉXICO (Nación). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Decreto da Promulgación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, abierto a firma en la ciudad de Nueva York, E.U.A., el 19 de diciembre de 1966. Diario Oficial de la Federación. 1981c. Disponible en: <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4646611&fecha=12/05/1981#gsc.tab=0>.

MÉXICO (Nación). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Decreto Promulgatorio de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belém do Pará, adoptada en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro. Diario Oficial de la Federación. 1999. Disponible en: <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4942730&fecha=19/01/1999#gsc.tab=0>.

MÉXICO (Nación). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Decreto Promulgatorio de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el trece de diciembre de dos mil seis. Diario Oficial de la Federación. 2008. Disponible en: <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5033826&fecha=02/05/2008#gsc.tab=0>.

MÉXICO (Nación). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Decreto Promulgatorio de la Convención sobre los Derechos del Niño. Diario Oficial de la Federación. 1991. Disponible en: <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4701290&fecha=25/01/1991#gsc.tab=0>.

MÉXICO (Nación). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. 2013. Disponible en: <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>>.

MÉXICO (Nación). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. 2003. Disponible en: <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPED.pdf>>.

MÉXICO (Nación). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. 2014. Disponible en: <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA.pdf>>.

MÉXICO (Nación). Comisión Nacional de Derechos Humanos – CNDH. ¿Qué son los Derechos Humanos? 2024a. Disponible en: <<https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>>.

MÉXICO (Nación). Gobierno del México. Programas para el bienestar. Beca para el bienestar Benito Juárez de educación básica. Disponible en: <<https://programasparaelbienestar.gob.mx/beca-bienestar-benito-juarez-educacion-basica/>>. 2024b.

MÉXICO (Nación). Gobierno del México. Programas para el Bienestar. Jóvenes construyendo el futuro. Disponible en: <<https://programasparaelbienestar.gob.mx/jovenes-construyendo-el-futuro/>>. 2024c.

MÉXICO (Nación). Gobierno del México. Programas para el bienestar. Pensión para el bienestar de las personas adultas mayores. Disponible en: <<https://programasparaelbienestar.gob.mx/pension-bienestar-adultos-mayores/>>. 2024d.

MÉXICO (Nación). Gobierno del México. Programas para el bienestar. Pensión para el bienestar de las personas con discapacidad. Disponible en: <<https://programasparaelbienestar.gob.mx/pension-bienestar-personas-con-discapacidad/>>. 2024e.

MÉXICO (Nación). Gobierno del México. Programas para el bienestar. Programa para el bienestar de niñas y niños hijos de madres trabajadoras. Disponible en: <<https://programasparaelbienestar.gob.mx/programa-de-ninas-y-ninos-hijos-de-madres-trabajadoras/>>. 2024f.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2005533. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005533>>.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2008515. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008515>>.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2008517. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008517>>.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2013217. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013217>>.

ONU - ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2008. Disponible en: <<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>>.

PÉREZ CONTRERAS, María Monserrat. Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar. En: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, Ed. **Instituto de Investigaciones Jurídicas**, vol. 38, n. 113, mayo/ago. 2005.

RAWLS, John. **Teoría de la justicia**. Trad. de María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

SAN MIGUEL AGUIRRE, Eduardo. La vigencia de los derechos humanos en las personas de edad. En: **Gaceta**, Ciudad de México, Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, año 10, núm. 119, junio de 2000.

Submissão em: 11 de junho de 2024

Último Parecer favorável em: 21 de novembro de 2024

Como citar este artigo científico

RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Aldo Efraín. La justicia distributiva en México como protectora de derechos humanos en el ámbito público y privado. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 3, p. 248-273, set.-dez. 2024.

Áframhaldandi Rannsóknir
Astudiaethau Parhaus
Continued Studies
Devam Eden Çalışmalar
Estudios Continuados
Estudis Continuats
Études Continues
Folytató Vizsgálatok
Fortsat Studier
Fortsatte Studier
Fortsättningsstudier
Fortsetzung der Studien
Jätkuðpingud
Jatkuvat Tutkimukset
Континуиране студије
Континуирани студији
Kontinuéierter Studien
Kontynuowane Badania
Nadaljevanje Študij
Nastavak Studija
Nastavne Studije
Оқытуға Арналған Оқу
Оқуды Жалғастыру
Pokračovanie Štúdie
Pokračující Studia
Pokračujúce Štúdie
Sgrùdaidhean Leantainneach
Staidéar Leanúnach
Studi Continua
Studii Continue
Studimet e Vazhdueshme
Studji Kkontinuti
Studji Kontinwi
Tęstiniai Tyrimai
Turpinājumi
Turpinot Studijas
Vervolgstudies
Voortgezette Studies
Продължава Проучвания
Продовження Навчання
Продолжени Студии
Продолжение Обучения
Продукты
Συνεχισμενος Μελετες

ESTUDIOS
CONTINUADOS

LIBERDADE E SEGURANÇA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO GLOBAL: EMERGÊNCIA DE NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS?

HERMÍNIO CARLOS SILVA RODRIGUES¹

RESUMO

A globalização, sendo um ponto de partida e de chegada no progresso da humanidade, transformou profundamente as sociedades na transição da tardo-modernidade para a pós-modernidade. Essa transformação passou, em grande medida, pelo exponencial aumento do alcance e do impacto dos fenómenos locais, tornados globais. Este esbater das fronteiras sobre as quais se edificou a modernidade fez emergir o produto último da globalização: o risco global. A política de Estado sofreu, igualmente, radical transformação, com a ultrapassagem do paradigma do Estado-Nação, substituído por aqueloutro da integração supranacional. Daí resultou uma erosão do Estado Social e o emergir de novas lógicas na interrelação Estado-indivíduo como marcas indeléveis da contemporaneidade. É o tempo de novas articulações constitucionais entre direitos individuais e poderes públicos, estrutura relacional dialéctica na qual se imiscuem, cada vez mais, poderes emergentes que escapam à esfera pública, os quais representam novos desafios para a integridade e efectividade dos direitos fundamentais. A progressiva substituição da lógica do Estado assistencial e prestador por uma linha de actuação assumidamente liberal (mas securitária!) em face dos “novos riscos” da sociedade global, faz emergir no catálogo constitucional um novo tópico: o direito fundamental à segurança colectiva. Este novo conteúdo axiológico constitucional introduz novas tensões entre os valores da liberdade individual e da segurança, uma vez que se acentua a tendência para a constrição dos direitos individuais perante os interesses do colectivo.

¹ Doutorando e Mestre e em Direito (Ciências Jurídico-Criminais); Assistente do Instituto Superior Politécnico Jean Piaget de Benguela (Angola); Professor Convidado do Curso de Mestrado em Direito Penal e Criminal da Faculdade de Direito da Universidade Katyavala Bwila (Angola); Formador Convidado do INEJ – Instituto Nacional de Estudos Judiciários (Angola), Investigador do JusGov (JusCrim) da Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal); Investigador do CEsP – Centro de Estudos e Pesquisa do ISP – Jean Piaget de Benguela (Angola); Investigador convidado do CET – Centro de Estudos Tributários da Administração Geral Tributária de Angola; Jurisconsulto. *E-mail*: hcsrod@gmail.com

Palavras-Chave: Globalização; sociedade de risco; liberdade individual; segurança colectiva; direitos fundamentais.

1 GLOBALIZAÇÃO, SOCIEDADE DE RISCO GLOBAL E CRISE DO ESTADO NACIONAL

A globalização trouxe progressos à humanidade. No entanto, tal aproximação de povos e culturas num grande espaço de contacto e miscigenação a todos os níveis trouxe, também, riscos desconhecidos. Consequentemente, as sociedades tendem para a incerteza, a insegurança e a instabilidade. Como aponta Giddens (1992, p. 27), a globalização gerou uma sociedade global marcada pela “intersecção da presença e da ausência”, caracterizada pelo “entrelaçamento de eventos sociais e relações sociais que estão à distância de contextos locais” (GIDDENS, 1992, p. 27).

O efeito “globalização” acarreta, então, outro elemento decisivo para a incontrollabilidade dos novos riscos: a sua ubiquidade.

Hoje, ao contrário dos primeiros tempos do progresso da tecnociência nas sociedades pré-industrial e industrial, os riscos não são delimitáveis a um espaço e a um tempo, os seus efeitos expandem-se a áreas consideráveis do planeta, prolongam-se por períodos mais ou menos longos e impossibilitam a determinação precisa de um conjunto de indivíduos prejudicados. A este respeito refere-se Beck ao fenómeno que designa por “efeito boomerang”, processo através do qual agentes e vítima se confundem pela indeterminação do espaço em que os efeitos nocivos se fazem sentir e pela absoluta imprevisibilidade do número de pessoas que poderão afectar.² Este fenómeno caracteriza a transição da sociedade industrial para uma sociedade tecnológica global, onde a massificação das acções humanas é capaz de produzir riscos globais.

O fenómeno da globalização veio, também, modificar o paradigma na construção do Estado pós-contemporâneo, uma vez que essa construção se processa no contexto do enquadramento do fenómeno estadual numa comunidade internacional alargada. A globalização tem sido capaz de diluir muitas das fronteiras sobre as quais se edificava o Estado nacional, desde a abolição das fronteiras físicas, à livre circulação de pessoas e bens e à economia de mercado aberta. Daí que se aponte a crise do Estado Nacional, no sentido de o mesmo não mais poder comportar uma estrutura jurídico-constitucional baseada na concepção *westefaliana* de ordem internacional, assente na soberania nacional plena. Fruto de múltiplas modificações que a globalização implicou, certo é que se verifica um completo desajustamento da estrutura do Estado no novo contexto de uma comunidade internacional global. Esta superação da lógica nacionalista do poder pode notar-se na tendência para a amplificação e expansão do Direito Internacional Público e dos direitos internacionais

² Realidade esta que contrasta com aquela outra descrita por Dupuy (*apud* PUREZA, 1998, p. 25): “Vasto mundo, rico em países longínquos, vivendo na feliz ignorância uns dos outros”.

regionais, como o Direito da União Europeia, que cada vez mais se sobrepõem às ordens constitucionais internas e, conseqüentemente, aos respectivos direitos ordinários.³ Os Estados são cada vez menos “donos” do seu próprio destino. No pós-II Guerra Mundial, começou a desenhar-se a concentração de poderes nas instâncias internacionais, fenómeno claramente notório ao nível da afirmação (contra o poder dos Estados) dos direitos fundamentais da pessoa humana. Da tendência inicial para a internacionalização dos direitos humanos, passou-se à criação de mecanismos específicos e institucionalizados de protecção e salvaguarda desses direitos, cujo respeito universal e efectivo constitui a grande bandeira do séc. XXI (SUORDEM, 1995, p. 320; Adriano MOREIRA, 1982, p. 162 e ss.).

Também a proliferação de organizações internacionais com mandato para agir na esfera dos assuntos internos dos estados e a multiplicação de jurisdições internacionais são factores demonstrativos de que a dinâmica política e jurídica das sociedades pós-modernas se processa em níveis que ultrapassam já, claramente, o âmbito nacional e mesmo regional (FUKUYAMA, 2006, p. 101 e ss.).

Tem sido frequente, na esteira de Beck, qualificar a sociedade pós-industrial (MASI, 2000, p. 11 e ss.) como uma “sociedade de risco” (BECK, 1998; BECK, 2008; BECK, 2002). Além da globalização e da integração supranacional (PIRES, 1997, p. 11 e ss. *Vide*, ainda, DIAS, 2001, p. 7 e ss.), este novo paradigma societário emergente da pós-modernidade é marcado pela imprevisibilidade dos acontecimentos, pelo predomínio do económico sobre o político (PUREZA, 1998, p. 17), pelo incremento da criminalidade organizada (FRANCO, 2000, p. 217 e ss.) e transnacional (COSTA, 2001, p. 540 e ss.), pelo descrédito nas instâncias de protecção e por uma maior relevância dos fenómenos macrossociais, o que faz surgir sentimentos de insegurança.

O novo paradigma talhado por Beck (1998, p. 46), chama a atenção, precisamente, para o lado mais pernicioso do desenfreado desenvolvimento da técnica (aquilo a que expressivamente chama “*o lado obscuro do progresso*”), com a conseqüente falácia do seu sistema de cálculo de riscos, o que implica conseqüências negativas susceptíveis de fazer perigar a continuidade da própria sociedade, enquanto estrutura organizatória da coexistência entre os humanos.

O desenvolvimento desmedido, norteado pela busca incessante do progresso e orientado por uma “racionalidade calculadora e instrumental”, conduziu à crescente tecnificação, cientificação, economização, burocratização e juridificação do mundo e faz surgir uma nova espécie de riscos: os chamados “grandes e novos riscos”, aqueles que ameaçam as sociedades pós-industriais e cuja verificação não pode ser antecipada pela razão calculadora de riscos, nem travada, nos seus “macroefeitos”, pelas técnicas actuais. Surge a percepção de que, afinal, a tecnociência pode conduzir a uma destruição incontrollável (STELLA, 2002, prefácio, p. 7.) É a dissociação das sociedades actuais em relação à racionalidade instrumental em falência (TOURAINÉ, 1994, p. 220) que provoca o temor generalizado em torno dos eventos imprevisíveis.

³ Fenómeno semelhante, pelos menos em nível da integração económica, coesão regional e segurança comum, está na base da criação da SADC, da qual a República de Angola é membro.

As sociedades modernas confrontam-se com os fundamentos e limites do seu próprio modelo e, enquanto conservam as suas estruturas, não reflectem sobre os seus efeitos. É a dimensão esmagadora dos efeitos secundários de longo prazo que faz com que a sociedade pós-industrial tome consciência dos grandes riscos promovidos pela sua racionalidade fundante e se transforme em uma “sociedade do risco”, num processo a que Beck (1994, p. 333 e ss.) chama de “*modernização reflexiva*”.

Esta “sociedade do risco” traz um dado novo: a diferenciação entre *risco* e *perigo*, noções não inteiramente coincidentes. A potenciação dos novos riscos decorre sempre de decisões humanas (SOUSA, 2012, p. 685), podendo perspectivar-se como autoagressões da sociedade sobre si mesma. Já os perigos, enquanto dramas humanos, não resultam de decisões baseadas em critérios de oportunidade técnico-económica. Conforme aponta Luhmann (1993, p. 23), vivemos actualmente em um contexto societário no qual se perspectiva o futuro com base numa lógica do “risco das decisões”. E este problema pode tornar-se exponencial à medida que mais decisões são tomadas em cadeia, como consequência umas das outras. O risco torna-se não só global, como transgeracional (OST, 2001, p. 345). A sociedade do risco é uma sociedade catastrófica, o que requer uma constante reorganização do poder e da responsabilidade, pois que os estados de excepção tendem a converter-se em estados de normalidade (a normalidade da excepção).⁴

Por outro lado, a sociedade da informação gera uma percepção generalizada de insegurança ao amplificar fenómenos como o terrorismo internacional e os acidentes tecnológicos, o que os torna especialmente vívidos na mente do cidadão, o qual, deste modo, interioriza a noção de risco permanente, experimentando o pânico, a incerteza, a antecipação dos acontecimentos. O cidadão vive o real ainda não acontecido, pela noção que tem da iminência dos fenómenos (BECK, 2011, p. 39).

Para esta percepção de insegurança em muito contribuiu o recuo do Estado Social (OST, 2001, p. 337)⁵, o que expôs as sociedades a mecanismos de autorregulação dos mercados e à desinstitucionalização dos procedimentos, fragilizando a protecção do indivíduo face aos poderes informais instituídos (LYOTARD, 1989, p. 40). O indivíduo encontra-se, novamente, à mercê das forças descontroladas do mercado, como sucedeu no liberalismo que precedeu o frenesi regulador do Estado-Providência. Vive-se uma espécie de regressão ao “estado de natureza económico”, dominado pelos *global players*, os quais, perseguindo a lógica do lucro, encontram-se sempre mais à frente do que as instâncias formais de controlo. São eles que definem os conceitos, detêm a tecnologia e o conhecimento, logo, ditam as regras (INNERARITY, 2009, p. 73-74). O sujeito está cada vez mais exposto aos poderes informais, de entre os quais avultam os *mass media* globais e os espaços virtuais de interacção, ditos “redes sociais”.

⁴ Esta problemática emergiu com destacada notoriedade com a adopção, por parte dos Estados, a nível mundial, de restrições, mais ou menos amplas, das liberdades individuais aquando da pandemia do COVID-19.

⁵ Sobre os efeitos da globalização sobre a própria noção de Estado na pós-modernidade, cfr. Anderson (1998, p. 103 e ss.) e Bauman (2001, p. 193 e ss.).

Ao nível da relação Estado-indivíduo, pode falar-se, actualmente, de uma completa modificação do conceito de cidadania, por radical alteração da relação com os poderes públicos em geral. Tal resulta, de facto, da ultrapassagem do paradigma de Estado nacional e pela inércia e insuficiência dos poderes públicos na resolução dos grandes problemas e desafios colocados pela internacionalização na sociedade global⁶. Esta falência das tradicionais estruturas de poder faz com que o cidadão se sinta mais inseguro e assaltado pela incerteza perante o surgimento de novos riscos globais. Mas também no que concerne às formas de interacção dos indivíduos entre si, se operou uma revolução. Hodiernamente, essa interacção ocorre em múltiplos espaços, públicos e privados, propiciados pelas novas formas de comunicação que a realidade cibernética propiciou (CASTELLS, 2004, p. 15 e ss.), os quais, na sua grande maioria, escapam à lógica de controlo estadual. Mais do que nunca, os grandes fluxos de informação se processam em espaços (quase) livres de Direito ou, pelo menos, em regime de autorregulação das entidades responsáveis. As normas técnicas produzidas pelos próprios operadores afirmam-se, cada vez mais, como o novo padrão regulador, substituindo o Direito no seu papel tradicional, assim como o estrito cumprimento da legalidade coerciva é cada vez mais substituído pela observância das regras de “compliance”.

Não obstante tal tendência para o reforço securitário, a globalização trouxe a internacionalização dos acontecimentos, fazendo desaparecer o contexto meramente local, ou mesmo regional, o que faz com que as estratégias intraestaduais sejam insuficientes para combater os fenómenos globais. Para Beck (2015, p. 87), a única forma viável de reagir aos desafios colocados pelos fenómenos globais é a cooperação transnacional, dando origem a uma nova soberania conjunta, capaz de suprir as insuficiências do Estado-Nação. O autor refere a necessária concepção de um “cosmopolitismo”, em que as comunidades, outrora dispostas a compromissos centrados na defesa dos seus interesses próprios, passem a pensar os problemas comuns numa lógica de intercâmbio e decisão conjunta (BECK, 2017, p. 224 e ss.). Ora isto é tanto mais importante quanto a sociedade contemporânea é ameaçada por riscos sistémicos de difícil (senão impossível) detecção e localização, devido à ubiquidade dos seus factores potenciadores (INNERARITY, 2009, p. 9). A revolução tecnológica, especialmente ao nível da cibernética, criou espaços de interacção e mecanismos de dependência funcional das instituições cujo controlo não é viável ao nível estadual, quiçá mesmo regional, como será o espaço sob jurisdição de uniões político-económicas.

A invenção da *internet*, rede de computadores e de computação de dados à escala mundial, veio criar um fenómeno novo, o qual talvez possamos apodar de expoente máximo da globalização (no que à comunicação diz respeito): o *ciberespaço*. Uma utopia, um *não-lugar*, mas que se afirma, cada vez mais, como

⁶ Entende Castells (2003, p. 313), que os fenómenos transnacionais e globais subvertem e subjugam o Estado-Nação “transformando de forma profunda os processos de governação e deixando o Estado, em muitos casos, efectivamente, de mãos atadas.”

o novo horizonte de expressão humana no contexto da sociedade de informação (CASTELLS, 2007, *passim*).⁷

O ciberespaço é um contexto de interação que alberga, hoje, todas as formas de relacionamento interpessoal e institucional, sendo muito significativa a importância que tal mega espaço de relacionamento adquiriu como forma de relacionamento entre o cidadão e o poder, de tal modo que o funcionamento regular das instituições públicas, estatais e não estatais, assim como o relacionamento destas com o cidadão dependem, em grande medida (se não mesmo totalmente) das plataformas que funcionam no ciberespaço. Na verdade, a importância quotidiana de que o ciberespaço se revestiu funda mesmo o conceito de pós-modernidade tecnológica, ao postergar completamente os paradigmas de comunicação, de armazenamento e partilha de informação e cultura e mesmo o próprio paradigma estratégico militar. Hoje, o maior desafio que o ciberespaço coloca aos Estados é o da sua própria segurança interna, atingindo essa preocupação o seu expoente máximo com o desenvolvimento de novas formas de conflito, como a *ciberguerra* e a luta contra o terrorismo internacional (fenómeno mais vasto e alarmante do que o terrorismo transnacional), o qual se conduz, em grande parte, através de meios informáticos, já que o *ciberterrorismo* se constitui, hoje, como uma das mais devastadoras ameaças mundiais. Todos os Estados dependem de tecnologias ligadas em rede, às quais é possível aceder maliciosamente através de meios informáticos (NUNES, 2015, p. 136 e ss.), sendo que o desenvolvimento das *idades inteligentes* acentua ainda mais esse risco.

Mesmo os interesses particulares (*maxime*, os direitos subjectivos, em particular, os direitos de personalidade) correm sérios riscos de lesão no contexto do ciberespaço, pois a utilidade económica de certas informações, assim como a acessibilidade dos conteúdos e da informação pessoal, potenciada pela *Internet of Things*, tornam-nos muito apetecíveis aos autores do chamado *cibercrime*. Pense-se na partilha ilícita de imagens e vídeos pessoais cuja difusão atinge a escala universal em poucos segundos, no acesso remoto aos ficheiros pessoais de cada utilizador, etc. Por outro lado, novas e mais sofisticadas formas de criminalidade económico-financeira tornam-na mais difícil de detectar e sancionar ao utilizarem meios informáticos para aceder, em rede, a determinadas plataformas de trabalho/partilha e/ou bases de dados. Falsidade informática, burla informática, sabotagem informática, acesso ilegítimo, entre outros, são condutas criminosas cada vez mais frequentes, que vêm complexificar imenso a tarefa das instâncias formais de controlo na repressão e prevenção da criminalidade altamente organizada. É patente que os novos contextos de interação cibernética e virtual, vieram expor os bens jurídicos individuais e supraindividuais a novas formas de perigo e lesão efectiva.⁸

⁷ O termo “ciberespaço” foi cunhado por William Gibson na sua obra de ficção de 1984: *Neuromancer*, sendo um espaço de comunicação global em tempo real, por meio da interligação dos indivíduos numa realidade virtual. Cfr. Santos (2015, p. 61).

⁸ Reflexo desta preocupação, quer ao nível da União Europeia (UE), quer por parte do Estado Português, é aprovação da Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto, que estabelece o regime jurídico da segurança do ciberespaço, transpondo a Diretiva (UE) 2016/1148, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União. Em Angola, a questão da segurança das redes e do ciberespaço está regulada na Lei n.º 7/17 de 16 de Fevereiro.

É neste contexto que os Estados se dão conta de que o paradigma constitucional vigente na passagem para o terceiro milênio entra em falência acelerada, sendo que a cidadania passa a exercer-se em sede de sociedades de risco. Num primeiro momento, no âmbito nacional, posteriormente, ao nível supraestadual. A crise de uma segurança proporcionada pelas antigas lógicas do Estado-Nação leva os Estados a desenvolver um direito constitucional do risco, no qual o direito à segurança é guindado a valor e interesse fundamental da comunidade, sendo dever do Estado protegê-lo e promover condições para a sua efectivação (LOURENÇO, 2011, p. 70 e ss. *Vide*, ainda, LOURENÇO, 2015, p. 431 e ss.). Esta orientação dos Estados para a segurança substitui gradualmente o Estado-providência numa espécie de regresso ao medo do “estado de natureza” de Hobbes. Os Estados e as instituições internacionais racionalizam as suas decisões com base numa “heurística do medo” de que nos fala H. Jonas (1995, p. 29 e ss.), fazendo variar as suas políticas de segurança entre “os extremos da “segurança da normalidade” e a “segurança da excepção” (GOUVEIA, 2018, p. 54).

Assistimos, portanto, ao surgimento de uma nova articulação constitucional entre os direitos fundamentais e o poder público, nos termos da qual os princípios da necessidade e da proibição do excesso na restrição de direitos fundamentais poderão ser revistos, assim como a tensão permanente entre os valores da liberdade e da segurança poderá conhecer novos critérios orientadores. Este é o contexto no qual Alvin Toffler (1991, p. 21 e ss.) anunciou o emergir de novas relações de poder.

2 O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO SOCIAL: LIBERDADE E SEGURANÇA INDIVIDUAL

A ideologia de base das teorias que propugnaram o estado social perseguia o ideal de libertar o Homem das suas necessidades mais básicas e acometia essa tarefa ao Estado, concebendo-o como ente assistencial nos termos do contrato social revisto. Ultrapassada a fase da pacificação social através da implementação dos programas político-sociais contratualistas, seguiu-se a fase da construção da felicidade comum, sendo esta uma tarefa prioritária e legitimadora do próprio poder do Estado, tal como propugnado pela Constituição Republicana Francesa de 1793, cujo cunho programático social *avant la lettre* lançou o mote para o século XIX. O Estado assumiu-se, então, como uma “máquina” prestadora e redistribuidora dos rendimentos no sentido da idealizada igualização do tecido social. A sociedade do Estado social constrói a sua harmonização sobre a égide da partilha dos riscos e da solidariedade, no sentido de se atingir o progresso comunitário.

No plano jurídico, aos direitos, liberdades e garantias liberais, baluarte da afirmação da dignidade da pessoa, enquanto indivíduo, perante o poder do Estado, somam-se os direitos económicos, sociais e culturais, bases indispensáveis para o livre e completo desenvolvimento da personalidade do Homem. O Estado

assume-se, assim, como motor da mudança social, intervindo activamente na promoção das condições de vida em geral, implementando programas de acção em todos os sectores das polícias públicas, de acordo com uma visão construtivista do interesse da comunidade. A “sociedade técnica” (SOARES, 1969, *passim*) é um paradigma político-social que traça para a dignidade da pessoa humana um novo objectivo: a redução da incerteza das condições da existência. É a construção da *sociedade assistencial*, caracterizada pela solidariedade, pela harmonização, pela igualização e pelo controlo (ou, pelo menos, mitigação) dos riscos.

No plano constitucional, a doutrina do estado social projectou-se pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, de cariz personalista e raiz jusracionalista, materialmente concretizado através da consagração dos direitos fundamentais da pessoa (OTERO, 2013, p. 116-117), organizados num sistema dotado de especial força vinculativa (GOUVEIA, 2013, p. 127 e ss.). De modo que é na Constituição que, no plano interno, se concede a mais alargada protecção do indivíduo/cidadão/pessoa.

Outrossim, este catálogo de direitos fundamentais é protegido pelo direito ordinário, nas suas mais diversas vertentes (penal, civil, fiscal, laboral, processual), bem como, e muito especialmente, no contexto do Direito Internacional Público, no qual, por intermédio do desenvolvimento do catálogo de Direitos Humanos no pós-II Guerra Mundial, acabou por impor às ordens constitucionais de cada Estado, mormente por força da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, um acervo mínimo de direitos fundamentais do indivíduo que o Estado deve respeitar e promover na relação Estado-cidadão.

Deste modo, concebe-se uma dupla formulação de direitos fundamentais: os de carácter negativo: os direitos civis e políticos, protegidos através do sistema de direitos, liberdades e garantias e que ao Estado cabe respeitar, e os de índole positiva, mais conhecidos como direitos de segunda geração (direitos económicos, sociais e culturais), de terceira geração (meio ambiente, comunicação, autodeterminação, património colectivo) e os de quarta geração (direitos *transindividuais* à democracia, ao pluralismo e à informação), os quais cabe ao Estado, como tarefa própria, promover e defender.

Os direitos fundamentais são, assim, posições jurídicas activas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, previstas e garantidas pela Constituição, através de uma tutela reforçada. O objectivo próprio dos direitos fundamentais coincide, porque por elas é inspirado, com as finalidades macrosociais dos direitos humanos: exigir das instituições dotadas de prerrogativas de poder público, interno ou internacional, actuação e tratamento condignos com a condição da Humanidade.

O que implica que, nomeadamente, o poder do Estado se abstenha de intromissões desnecessárias e desproporcionais na esfera do indivíduo, devendo perspectivá-lo, na sua essência imutável, como um fim em si mesmo e nunca como um meio de realização de interesses supraindividuais da colectividade (GOUVEIA, 2015, p. 112 e ss.). Isto significa que, no plano constitucional, os

direitos fundamentais buscam a sua legitimidade directamente na dignidade da pessoa humana, o que determina que o poder do Estado só pode encarar a pessoa numa perspectiva personalista: nem individualista, como no liberalismo, nem *transpersonalista*, como nos regimes totalitários (GONZÁLEZ PÉREZ, 1986, p. 23 e ss.). A invalidade e a ilegitimidade das normas infraconstitucionais que não respeitem os direitos fundamentais, positivados ou não, deriva, justamente, do princípio da dignidade da pessoa humana assim interpretado.

A dignidade da pessoa humana é igualmente decisiva para fundamentar e legitimar um outro plano da liberdade de livre desenvolvimento da personalidade e realização da pessoa: o direito a fazer uso e fruição das suas liberdades fundamentais em segurança. Este direito à segurança tem acolhimento no acervo normativo supranacional, tanto no âmbito do sistema da Organização das Nações Unidas, como no sistema das diversas organizações supraestaduais de âmbito regional. Servindo de pedra de toque nesta matéria, temos desde logo a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, instrumento de *soft law*, mas que se tornou na principal referência na construção da teoria dos direitos humanos, e conseqüentemente, dos direitos fundamentais da pessoa. O art.º 3.º da DUDH estabelece que “*todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*”. O art.º 9.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) reza que “*Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa [...]*”. Também o art.º 5.º, n.º 1, da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos (CEDH) diz que “*toda a pessoa tem direito à liberdade e à segurança*”.

Já o reconhecimento formal de um catálogo de direitos humanos (de entre eles, o direito à segurança) no âmbito do sistema normativo da União Europeia só aconteceu com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2001, tendo adquirido força vinculativa em 2007, com o Tratado de Lisboa. O respectivo art. 6.º estipula: “*Toda a pessoa tem direito à liberdade e à segurança.*” No plano especificamente africano, dispõe o art.º 6.º, n.º 1, da Carta Africana dos Direitos do Humanos e dos Povos: “*Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa [...]*”.

Também no plano constitucional interno, o direito à segurança aparece intimamente associado (ainda que, por vezes, contraposto) àquele outro direito fundamental: a liberdade (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 478-479). O art.º 36.º, n.º 1, da CRA estabelece que “*todos têm direito à liberdade e à segurança*”. Todavia, a referência ao direito à segurança neste artigo cumpre apenas uma função teleológico-hermenêutica, criando a dialéctica liberdade-segurança, no sentido de dar a entender que o pleno gozo da liberdade depende das efectivas condições de segurança para o efeito. Esta é a dimensão da segurança pessoal: segurança contra intromissões abusivas na esfera jurídica individual.

Na falta de previsão expressa, tal conclusão pode retirar-se do cotejo dos arts. 32.º, n.º 1, (reserva da vida privada e familiar), 33.º (inviolabilidade do domicílio e das comunicações) e 47.º (liberdade de reunião e de manifestação), todos da CRA. Mas, não só. Também podemos extrair um direito à segurança

da dimensão material de outros direitos fundamentais, cuja protecção implica, desde logo, a proibição de ingerência em bens ou direitos de cariz pessoal ou patrimonial. Ou seja, o direito à segurança pessoal corresponde ao estrito cumprimento dos deveres emergentes dos próprios direitos fundamentais (GOUVEIA, 2018, p. 294).

Quais são, então, o sentido e os limites do direito à segurança? Segurança a favor de quem, contra quem e até que ponto? No estrito âmbito constitucional, o direito à segurança (individual) é um direito fundamental que beneficia do específico regime dos direitos, liberdades e garantias fundamentais (CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 478; GOUVEIA, 2016, p. 972 e ss.), o que, desde logo, o faz beneficiar da prerrogativa da sua aplicabilidade directa em relações jurídicas públicas e privadas (art.º 28.º, n.º 1, da CRA), assim como constitui um limite material de revisão constitucional (art.º 236.º, al. f) da CRA). Outrossim, ao tratar-se de um direito fundamental, faz com que a sua titularidade seja garantida a toda a pessoa, física pelo menos⁹. Assim o ditam os princípios da igualdade (art.º 23.º da CRA) e da universalidade (art.º 22.º da CRA), bem como a própria letra do n.º 1 art.º 36.º da CRA, onde o legislador constitucional usa a palavra “todo” de forma sintomática, alargando, de tal sorte, os direitos à liberdade e à segurança¹⁰ a todos os entes com personalidade jurídica.

Em termos de sujeitos passivos, como já dissemos, qualquer direito, liberdade ou garantia fundamental pode ser invocado contra qualquer entidade pública ou privada. No fundo, identifica-se o sujeito passivo pelo(s) titular(es) dos deveres correspondentes aos direitos fundamentais, o que faz com que, em relação às entidades privadas, a vinculação seja variável conforme a natureza do direito em causa.

3 EROSÃO DO ESTADO SOCIAL, RISCO E PRECAUÇÃO: O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA

O estado social conhece, desde o final do séc. XX, grave retrocesso. A sua sustentabilidade tem sido fortemente ameaçada por fenómenos hodiernos como o desemprego estrutural e conseqüente crise de financiamento. A transição para a sociedade pós-industrial minou os pressupostos do estado assistencial. A globalização e a revolução tecnológica inverteram os factores que serviam de sustentáculo ao intervencionismo estatal em matéria de promoção social.

⁹ Tendo em conta as específicas utilidades que o exercício do direito à segurança permite beneficiar é, no mínimo, dúbia a possibilidade de o mesmo ser reconhecido a pessoa colectivas. Cfr. Gouveia (2018, p. 298). No entanto, se observarmos os riscos que os direitos subjectivos titulados por estas entidades correm no âmbito da sua actuação no ciberespaço, rapidamente nos damos conta de que o tema da segurança assume vital importância, sobretudo, portanto, sob a óptica de *cibersegurança*.

¹⁰ Aliás, de acordo com o que resulta das normas de Direito Internacional Público nesta matéria, que já referimos. Assim, mesmo que o texto constitucional fosse mais restritivo, impunha-se a universalidade, senão pelo art. 14.º da própria Constituição da República Portuguesa (CRP), pelo menos por força da recepção expressa das normas do DIP comum e dos instrumentos de DIP de que Portugal seja parte (arts. 8.º e 16.º da CRP), sobrepondo-se as mesmas, no caso de serem atinentes a direitos fundamentais, ao ordenamento constitucional.

Frustrou-se a expectativa de que o poder político-administrativo pudesse concretizar a influência conformadora da sociedade sobre si mesma (HABERMAS, 1990, p. 330 e ss.).

No entanto, não foi apenas ao nível socioeconómico que houve alteração de paradigmas. A nível ideológico, as idiossincrasias trazidas pela pós-modernidade afastam os ideais de expansão social perante a consciência da falibilidade da tecnociência e do controlo dos riscos. “O futuro, por ser desconhecido, faz medo.” (OST, 2001, 336). Surge a clara noção de que todo um *modus vivendi* está em perigo e que se caminha para uma crise civilizacional sem precedentes. Instala-se o receio generalizado e, do estado social e assistencial, do paradigma da solidariedade, passa-se rapidamente à sociedade do risco securitário. A urgência está, hoje, na manutenção de um *status quo* mínimo adquirido e na restauração da sensação de segurança na comunidade, porque o recuo do estado social abre novos espaços à expansão do medo e do risco como preocupações primordiais das sociedades.

Medo, receio e incerteza diante da percepção dos novos e grandes riscos da sociedade global, pós-industrial e pós-moderna são, então, o *leit motiv* do repensar das formas de organização e sobrevivência das sociedades perante a consciência da generalidade, abrangência, incalculabilidade e irreversibilidade dos riscos. Como preconiza Hans Jonas, num tal cenário torna-se inevitável uma radical alteração comportamental das sociedades, as quais, exaurido o expansionismo socioeconómico alicerçado no fomento das condições de vida, passam a pautar-se, num primeiro momento, pela prevenção e, numa fase posterior, pela precaução. Esta, transformada no grande referente comportamental dos Estados, faz com que estes adoptem novas formas de regulação social perante o risco estrutural e estruturante da contemporaneidade. Daí que, em tal contexto, surja na teoria dos direitos fundamentais o chamado direito à segurança colectiva, cujo asseguramento vem substituir o fomento das condições materiais da existência como grande tarefa do Estado.

O problema mais complexo na formulação de um direito fundamental à segurança, é a definição do seu objecto. É opinião maioritária na doutrina que o art.º 36.º da CRA se refere ao direito à segurança individual, tendo em conta a esfera de liberdade específica de cada indivíduo, e não à segurança colectiva, a qual, ao invés de impor um dever de abstenção, impusesse ao Estado um dever de promoção. Todavia, não se pode inferir daqui que o direito à segurança, por ser individual, abranja apenas a esfera pessoal e seja, assim, a antecâmara dos direitos à liberdade, à integridade física, à reserva e à protecção da intimidade da vida privada, etc. (GOUVEIA, 2018, p. 299). Bacelar Gouveia diz-nos que o direito à segurança é um “metadireito” ou um direito “fundamental sobreposto”, transmitindo a ideia de que é um direito que consagra uma protecção transversal aos alcances individualizados de todos os outros direitos fundamentais (GOUVEIA, 2018, p. 299), não se limitando, portanto à mera condição de direito auxiliar à fruição de outros direitos, sendo um direito autónomo¹¹.

¹¹ Vide, a propósito, a posição de António Francisco de Sousa (2016, p. 394): “No Estado de Direito, a segurança pública não constitui apenas um fundamento de actuação das forças de segurança, mas também um direito fundamental e, precisamente, um dos direitos fundamentais mais importantes da vida em sociedade [...]”

E, perguntar-se-á, qual o conteúdo, as utilidades específicas do direito fundamental à segurança (individual)? Tal identificação passa, por certo, pela análise das utilidades que o bem jurídico “segurança” pode proporcionar ao indivíduo. Ora, serão elas os poderes ou faculdades que lhe permitem proteger e tutelar a integridade das situações jurídicas de que é titular, como, por exemplo, o direito de agir em autotutela de direitos. É, aliás, esta possibilidade de reacção em autotutela que marca, também, o específico regime de tutela dos direitos fundamentais, além da tutela constitucional geral da inconstitucionalidade dos actos contrários aos direitos fundamentais e da responsabilidade civil emergente da sua violação (GOUVEIA, 2018, p. 301), aqui se acentuando a dimensão negativa do direito fundamental à segurança.

Mas a protecção do direito à segurança também se processa por *heterotutela*, convocando-se a intervenção dos meios coercivos do Estado, tanto por via administrativa, como por via judicial, podendo a abstenção do Estado configurar uma violação de um direito fundamental (SAMPAIO, 2012, p. 159 e ss.). Aqui podemos referir-nos tanto à dimensão negativa como à dimensão positiva do direito à segurança, pois cabe ao Estado, não só abster-se de interferir na esfera do indivíduo, como também promover as condições para uma maior segurança, inclusive protegendo a pessoa contra intervenções ilícitas de terceiros (NOVAIS, 2018, p. 217; CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 479).

Alguma doutrina acentua particularmente a dimensão positiva do direito à segurança, como sendo aquela que permite conferir maior utilidade e sentido ao preceito constitucional respectivo. Diz-nos Eduardo Baptista: “o direito à segurança é, pois, essencialmente um direito positivo, que impõe uma acção ao Estado” que “[...] depende da prestação do Estado” (BAPTISTA, 2006, p. 104). H. Dias da Silva (2013, p. 171) afirma que o direito à segurança “impõe ao Estado um actuação positiva.”. *Vide*, também, Silva (2015).

Assim, podemos concluir, com alguma convicção, que o art.º 36.º da CRA atribui ao indivíduo um verdadeiro direito fundamental de duplo sentido, que o legitima a actuar em defesa da sua esfera jurídica, nomeadamente para a conservação da integridade de outros direitos fundamentais, bem como fundamenta um dever de prestação do Estado, no sentido de que este deve garantir activamente a segurança da pessoa. Esta dimensão positiva do direito à segurança emerge de uma nova concepção do Estado e do seu papel institucional na salvaguarda das condições de vida na comunidade, em face dos desafios colocados pela sociedade de risco global. No entanto, esta tarefa do Estado contende, as mais das vezes, com o próprio espaço de liberdade do indivíduo, cerceando o livre exercício de algumas liberdades fundamentais, assim como colocando em causa a integridade de certos direitos.

Começa a desenhar-se um cenário de grave propensão para redução da intimidade da vida privada, não só porque as pessoas se expõem muito mais, abdicando, até de modo inconsciente, da sua intimidade, mas também pela necessidade de ir mais além na prevenção criminal, tendendo o legislador para a supressão cada vez maior dos espaços de intimidade pessoal na relação com

os meios de obtenção de prova. Por outro lado, o grande tráfego comunicacional, não está, hoje, sob o escrutínio das instâncias formais de controlo estatais. Pelo contrário, são áreas do quotidiano pós-moderno marcadas pela actuação de entidades privadas, cujo domínio tecnológico faz com as suas actividades sejam praticamente insondáveis e, portanto, incontroláveis pelas entidades detentoras dos poderes de soberania. Para mais, são estas mesmas entidades que se revelam dependentes da tecnologia de que apenas tais agentes privados dispõem e dominam.

4 SEGURANÇA E RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não obstante serem considerados um núcleo essencial do corpo constitucional, manifestando uma certa identidade da *Grundnorm* de um ordenamento jurídico e, assim, a natureza da relação do Estado com o indivíduo, o catálogo de direitos fundamentais, tal como consta das normas constitucionais, pode ser restringido ou condicionado no âmbito da sua aplicação prática. A lei ordinária é chamada a desempenhar uma função tão determinante quanto melindrosa para a operacionalização dos direitos fundamentais, porquanto é essa lei que vai definir o modo como se exercerão em concreto esses direitos (SOUSA, 1979, p. 176 e ss.; CORREIA, 2006, p. 61 e ss.; ANDRADE, 2008, p. 279 e ss.). Dizemos que esta tarefa se revela especialmente espinhosa e perigosa, pois estipular restrições ao sentido e alcance de preceitos constitucionais atinentes a direitos fundamentais no seu conjunto e, em particular, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, pode trair o espírito do legislador constitucional ao esvaziar-se de conteúdo o próprio preceito constitucional.

Neste âmbito, há que atender ao disposto no art.º 57.º da CRA, onde se prevê a legalidade e tipicidade das restrições possíveis, o seu desenho de acordo com princípios de necessidade, proporcionalidade e proibição do excesso, assim como se defende o núcleo essencial dos preceitos constitucionais contra diminuições do seu sentido e alcance, susceptíveis de lhe retirar a utilidade (art.º 57.º, n.º 2).

Uma das ideias que não podemos obliterar é aquela que fundamenta a possibilidade de restrições pontuais ao exercício de direitos fundamentais, quer sejam de índole objectiva (determinadas situações) quer de cariz subjectivo (determinadas pessoas). E essa ideia é a de que, no plano de princípio, os direitos fundamentais não são ilimitados, podendo ser restringidos no sentido de garantir outros valores de igual ou superior relevância no plano constitucional. São, então, imperativos de harmonia e de concordância prática que determinam a necessidade das restrições, deste modo se adequando o exercício de cada um dos direitos, evitando sobreposições, assim como se dirimem possíveis conflitos positivos, desde logo, no plano geral e abstracto. Por outro lado, as restrições impostas a determinados direitos fundamentais servirão para enquadrar o seu exercício num contexto societário global, axiologicamente orientado para a realização do bem comum.

No entanto, não pode perder-se de vista que, em hipótese alguma, a norma ordinária pode operar o esvaziamento material da norma constitucional. Ou seja, a norma ordinária não pode proceder à concretização prática do conteúdo axiológico da norma constitucional de tal sorte que traia por completo os seus propósitos teleológicos. Para tanto, é necessário que se tenha por preservado conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Embora sejamos de opinião que a interpretação de uma norma constitucional atinente a direitos fundamentais deve orientar-se por uma hermenêutica que favoreça a máxima efectividade dos preceitos em causa, entendemos que, em caso de conflito de interesses com o bem comum deve conservar-se intacto, pelo menos, o núcleo do direito fundamental em questão. Sem que, não obstante, tal preservação se limite à reserva do possível. A não ser assim, uma hermenêutica constitucional adversa a esta visão sujeitaria o indivíduo à “ditadura das maiorias” e anularia a pessoa-indivíduo.

De todos os princípios que hão-de nortear o legislador infraconstitucional na imposição de restrições aos direitos fundamentais, o de mais difícil apreensão e concretização é, sem dúvida, o da protecção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. O que nos parece determinante, neste aspecto, é nunca perder de vista que “há sempre um sector irremissível dos direitos, liberdades e garantias, cuja garantia é a missão primordial deste princípio.” (GOUVEIA, 2018, p. 314). Ora, a tarefa de identificar e preservar este núcleo essencial de cada direito fundamental é que se revela bastante difícil, aqui se dividindo a doutrina entre o entendimento de que é sempre possível determinar, de modo abstracto, a partir da letra e do espírito da Constituição, esse “sector irremissível” (teoria absoluta), e convicção de que esse núcleo é variável, e que só de modo concreto, caso a caso e de acordo com o princípio da proporcionalidade é possível achar esse limite de irreduzibilidade (teoria relativa).

No entanto, sendo a dignidade da pessoa humana o valor supremo orientador do sistema constitucional português, consideramos, com Gomes Canotilho (2003, p. 430) e Vieira de Andrade (2008, p. 287), que é de privilegiar a teoria absoluta, muito embora aplicada, em princípio, numa perspectiva objectivista, ou seja, no sentido da preservação do conteúdo essencial da tipologia do direito fundamental em causa, independentemente da concreta utilidade que o mesmo possa representar quando exercido por um titular individualmente considerado. Muito embora, em certos casos, atento o princípio da dignidade da pessoa humana, se possa privilegiar uma visão subjectivista nessa definição (do mesmo sentido, CANOTILHO, 2003, p. 457-458).

No entanto, e atento o objecto deste trabalho, o que se mostra de primordial importância em matéria de restrições a direitos fundamentais é perceber qual a sua possível teleologia. Quais são, afinal, os bens dignos de protecção constitucional que justificam a constrição do alcance de normas de valor reforçado (art.º 28.º da CRA), que, inclusive, beneficiam de uma hermenêutica orientada pelo princípio da máxima efectividade? À míngua de uma enumeração constitucional, a doutrina costuma apontar os valores ligados à segurança do Estado e à segurança pública, ao ambiente e ordenação do território, ao

consumo, à saúde pública e à propriedade privada, à intimidade e à privacidade, bem como o valor-base fundador, a dignidade da pessoa humana. No contexto da sociedade de informação e da revolução cibernética, a livre comunicação de dados em plataformas virtuais e o armazenamento de dados em suportes digitais ligados em rede, oferece especiais preocupações no que respeita à protecção dados pessoais informatizados (GOUVEIA, 1991, p. 703 e ss.), bem como da intimidade da vida privada, nomeadamente em face do direito à informação e, bem assim, no confronto com o direito à segurança comunitária e conexo controlo da informação.

Todavia, a compreensão da pertinência e legitimidade das restrições ao pleno exercício dos direitos fundamentais só pode ter lugar à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, transversal que é a todo o ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional. Assim, este princípio permite a constrição de direitos fundamentais, apenas e só na parte em que os mesmos não traduzam, por qualquer forma, a sua carga axiológica. Deste modo, é o princípio da dignidade da pessoa humana que servirá de limite máximo, mas também de critério legitimador, às restrições admissíveis.

Estamos, então, em condições de analisar em que medida o valor “segurança” pode, ou não, fundamentar limites ao exercício de direitos fundamentais que concretizem outros valores, nomeadamente a privacidade e a intimidade da pessoa, em ordem a proteger e garantir a efectividade de vários outros direitos fundamentais, como o direito à segurança individual, à vida, à integridade física, à liberdade, à propriedade, etc. O que está, aqui, em causa é a necessidade de protecção de bens e valores de carácter geral que se contrapõe à legitimidade de cada titular para o livre exercício dos seus direitos fundamentais, impondo-se-lhe a compressão dos seus direitos em ordem à garantia da segurança daqueles bens e valores. Está, portanto, em causa, averiguar em que medida a segurança (colectiva) como bem colectivo pode fundamentar a restrição de direitos fundamentais individuais, incluindo, até, o direito à segurança individual.

A Constituição da República de Angola não é, neste particular, taxativa. Mas, o legislador constitucional, consciente de que, a certo ponto, haverá que sacrificar direitos individuais em nome de interesses colectivos, acaba por, de forma dispersa, referir-se pontualmente a essa possibilidade. Assim, p. ex., o art.º 200.º n.º 4 da Constituição da República Portuguesa restringe o direito do acesso à informação administrativa. Mas, pode, nesta matéria, conceber-se uma “cláusula geral de segurança” susceptível de legitimar a admissibilidade das restrições legais em nome do interesse da segurança? Uma parte da doutrina entende que sim, todavia sempre de modo subordinado aos estritos limites do art.º 57.º da CRA. De outro modo, não seria possível dar coerência à própria estrutura e função do Estado (GOUVEIA, 2018, p. 326).

Assim, sendo que o valor da segurança se pode erigir como um valor transversal ao sistema constitucional, é importante não perder de vista que a tutela da segurança é um dos deveres fundamentais do Estado. Cabe, então, perguntar, até que ponto tem o Estado mandato jurídico-político para exercer

esta tutela, limitando o concreto exercício de direitos fundamentais em nome da segurança, nomeadamente através da actividade administrativa¹². Como já referimos, o sistema dos direitos fundamentais não busca as suas fontes formais apenas na Constituição, senão também no Direito Internacional Público. Nesta sede, avulta, desde logo, como texto fundamental, a DUDH de 1948 (OTERO, 1990, p. 603 e ss.), e o disposto no seu art.º 29.º, n.º 2, onde se diz que:

No exercício destes direitos [fundamentais] e no gozo destas liberdades, ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista, exclusivamente, a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e das liberdades e liberdades dos outros e fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar, numa sociedade democrática.

Ora, a questão é: pode este preceito, à falta de uma norma constitucional atinente à matéria, servir para fundamentar a existência de uma “cláusula geral” que permita a limitação de direitos fundamentais? Mais uma vez a doutrina se divide: um certo sector admite, perante uma lacuna constitucional, a recepção do art. 29.º, n.º 2, da DUDH, desempenhando esta uma função integradora do nosso sistema constitucional (neste sentido, ANDRADE, 2008, p. 281; MIRANDA, 2000, p. 161; OTERO, 1990, p. 610-611). Outra facção não aceita que a DUDH possa ter uma função constritora de direitos fundamentais, apenas admitindo a sua aplicação com uma função integradora em benefício do indivíduo na sua relação com o Estado (esta é a posição de CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 368-369). O argumento decisivo sobre esta matéria deve ser extraído do art.º 26.º, n.º 2, da CRA e do modo como, neste preceito, bem como no n.º 1 do art.º 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), se faz a recepção da DUDH. Na verdade, a própria Constituição manda interpretar todas as normas constitucionais atinentes a direitos fundamentais em sentido concordante com a Declaração. Na CEDH a protecção da segurança e razões de “ordem pública” são apresentadas como fundamentando a possível limitação do exercício de direitos fundamentais, nos arts. 8.º, n.º 2; 9.º, n.º 2, ;10.º, n.º 2; 11.º, n.º 2; e 2.º, n.º 3 do Protocolo Adicional I. Na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos preveem-se iguais restrições, nos termos do disposto nos arts. 11.º, 12.º, n.º 3.

A eficácia e eficiência do sistema preventivo e repressivo ao serviço da segurança colectiva, por um lado, e a protecção de direitos fundamentais da pessoa, por outro, protagonizam uma intensa tensão dialéctica dentro do sistema constitucional de direitos, liberdades e garantias¹³, porque tensa é, também, a relação entre os valores da liberdade individual e da segurança. Actualmente, a

¹² Mas não só administrativa. Em sede de investigação criminal é notório o estreitamento do conceito de reserva da vida privada, com a introdução de meios de obtenção de prova cada vez mais intrusivos. Também a função judicial tem um papel muito relevante no controlo da investigação criminal e, nessa medida, constitui-se como garante da salvaguarda dos direitos fundamentais do arguido e de terceiros contra limitações abusivas, desnecessárias ou desproporcionais.

¹³ Há já muitos anos dizia João Baptista Machado (1995, p. 58): “A exigência de segurança pode, porém, conflitar com a exigência de justiça. Justiça e segurança acham-se numa relação de tensão dialéctica.”

tendência dos Estados e das instâncias supraestaduais para o reforçar do valor da segurança leva a reequacionar o equilíbrio de forças nesta dialéctica.

Afigura-se, então, viável, dizer-se que os direitos fundamentais podem ser objecto de imposição de limites em ordem à garantia de segurança, devendo esta ser interpretada no sentido de segurança colectiva. Mas, cabe perguntar: deverá o valor da segurança sobrepor-se a todos os direitos fundamentais? Ou há, entre eles, direitos que, devendo considerar-se absolutos, prevalecem sobre o interesse da segurança? A doutrina constitucional tem recusado a ideia de uma hierarquização de direitos fundamentais.

Não obstante, esta ideia de direitos constitucionais absolutos como barreira à admissibilidade de limitações aos direitos fundamentais poderia ganhar peso atendendo à dimensão ética de alguns direitos, radicados, desde logo, na dignidade da pessoa humana, visto que nem sempre é possível operar uma concordância prática efectiva entre direitos conflitantes sem que, na verdade, haja mais prevalência do que concordância. No entanto, apesar de estes direitos ditos “absolutos” gozarem de uma protecção mais intensa pelo facto de serem preservados mesmo em estados de excepção constitucional, isso não deve significar que não devam ceder perante concretas necessidades de segurança.

5 (AINDA) UM “DIREITO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE” PARA A SOCIEDADE DE RISCO GLOBAL?

Na dialéctica liberdade-segurança não há fórmulas únicas. Mas, qual a relação de forças? Qual o interesse preponderante? Como resolver este choque entre a liberdade e o poder (Norberto BOBBIO). Autores como Josef Isensee contrapõem ao valor da segurança colectiva a ideia da liberdade individual como estatuto positivo indissociável à dignidade da pessoa, o que significa que o direito individual à segurança, elevando-se à categoria de direito fundamental, é, afinal, a própria condição de exercício pleno da liberdade (*Vide* ISENSEE, 2017; ISENSEE, 1983).

Esta concepção parte da ideia de que os direitos fundamentais não podem prescindir de um estatuto positivo que completaria o seu sentido e alcance, acrescentando ao estatuto negativo (PEREIRA, 2012, p. 21). Significa, então, que o programa constitucional contém uma vinculação do Estado à promoção das condições para o exercício do direito fundamental à liberdade, que forçosamente contraria, ou, pelo menos, serve de contrapeso, à tendência para a funcionalização dos poderes públicos ao valor da segurança colectiva. Acresce que o sistema de normas sobre direitos fundamentais deve ser interpretado como não sendo passível de interpretação restritiva, o que favorece a ideia de que aqueles direitos não-de prevalecer sobre programas penais securitários votados à integridade do sistema (MIRANDA, 2000, p. 337-341; CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 388-396; ANDRADE, 2004, p. 298-312), actuando sob a bandeira de uma cruzada contra os “novos riscos”.

Por outro lado, Kaufmann e Luhmann apontam (PEREIRA, 2012, p. 24) a incapacidade que a intervenção securitária, mormente penal, tem de controlar os “novos riscos”, pois que estes teriam uma capacidade adaptativa crescente, tornando inútil a restrição das liberdades individuais em prol de uma simples percepção de segurança colectiva.

Estas doutrinas apontam para uma clara preponderância da liberdade sobre o interesse da segurança cognitiva. Como nos diz Guedes Valente (2018, p. 17):

a prossecução da segurança interna e a perseguição criminal não podem ser motivo ou fundamento para uma restrição desadequada, desnecessária, inexigível, desproporcional *stricto sensu*, ou para o aniquilamento do conteúdo, do alcance e extensão dos direitos fundamentais, porque estes são, simultaneamente, o seu legado legítimo e o seu limite.

Acresce que quaisquer normas destinadas à prevenção e repressão de delitos susceptíveis de contender com direitos fundamentais devem, não só, observar princípios constitucionais e penais, como também gozar, para além da legitimidade normativa, de legitimidade sociológica apoiada na defesa dos valores defendidos pela comunidade (VALENTE, 2018, p. 16).

Não obstante, a tendência para a eleição da segurança colectiva como valor reitor da política criminal atinge a generalidade dos Estados e tem-se demonstrado mesmo ao nível das instituições supranacionais (CAEIRO, 2009, p. 77; RODRIGUES, 2008b, p. 219; RODRIGUES, 2008a, p. 236-237), onde se tem instalado um discurso “belicista”, marcado por palavras de ordem como “luta”, “combate”, “tolerância zero” (CAEIRO, 2009, p. 76; COSTA, 2009, p. 118.). A título ilustrativo, Augusto Silva Dias diz-nos, de forma peremptória, que a União Europeia concebe o sistema penal como “*um instrumento de política de segurança, sem que a liberdade cidadã seja tida como um contrapeso ou travão à sua expansão.*” (RODRIGUES, 2008b, p. 191 e ss.; DIAS, 2004, p. 318.). No âmbito do projecto europeu de construção do terceiro pilar – um grande espaço de “liberdade, segurança e justiça”, muito embora uma harmonização dos ordenamentos jurídico-penais pudesse demonstrar a preocupação com uma aplicação mais igualitária das garantias penais, a verdade é que o grande referente daquele espaço é, nos termos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (art.º 67.º), o valor da segurança, o qual norteia toda a função de protecção das liberdades e direitos fundamentais no espaço europeu (RODRIGUES, 2008a, p. 228). E esta tendência parece ser transversal a outras organizações supraestaduais regionais, como a SADC, por exemplo.

Se assim é no âmbito da comunidade de Estados na qual a cooperação e a harmonização legislativas estão mais avançadas, também o é no contexto jurídico-político angolano, no qual o valor da segurança colectiva e da integridade e estabilidade das instituições ainda parece prevalecer sobre os interesses individuais tutelados por direitos fundamentais.

O que há-de ser permitido, então, com forma de assegurar condições de efectiva liberdade? A supressão completa da própria liberdade? O valor da segurança autoriza a sua promoção a qualquer custo, mesmo com claro abuso de mandato social por parte do legislador e das forças de segurança numa espécie de estado de excepção, à guisa de Schmitt? (sobre o tema, vide SCHMITT, 2009; Giorgio AGAMBEN, 2010; DERRIDA, 2010).

Uma tal concepção, legitima a intervenção penal do Estado com finalidade de protecção da integridade de si próprio, como se fora um fim em si mesmo, operando-se, assim a completa inversão da própria noção de Estado democrático comprometido com a protecção dos valores do humanismo e fundado, sobretudo, na dignidade da pessoa humana (ESER, 2001, p. 17). Ora, pelo contrário, o fim último do Estado e do seu mandato juspolítico é, justamente, a promoção da dignidade da pessoa, o que só é possível através do reconhecimento de que a liberdade é o valor mais alto que preside à realização da justiça. O valor *segurança* acrescido à justiça são condições do asseguramento da plena liberdade (MONTE, 2009, p. 81 e ss.).

Qualquer actuação do Estado que contenda com direitos fundamentais há-de assentar numa concordância prática entre os imperativos de uma política de segurança, seja interna, nacional ou colectiva, e o valor da liberdade individual, de modo a que uma correcta ponderação desses interesses possa conduzir a uma intervenção de acordo com o quadro axiológico constitucional, respeitando, assim, o catálogo de direitos fundamentais (VALENTE, 2017, p. 125. *Vide*, tb. VALENTE, 2018, p. 30-31; RODRIGUES, 2009, p. 179-181) não o substituindo por uma qualquer ordem de valores orientada à persecução da utopia da segurança absoluta.

Um Estado de Direito Democrático edificado à imagem do Homem, há-de resignar-se à inevitabilidade da insegurança, como condição da sua própria sobrevivência (DIAS, 2001, p. 583 e ss.). A antítese entre demanda por segurança e respeito da dignidade da pessoa humana só pode ser resolvida pela (re)afirmação dos direitos fundamentais na definição de uma qualquer política de segurança, a qual deve ser tetralogicamente fundada, à guisa de Ferrajoli (2005, p. 358-360).

Pensamos, assim, que o desejado equilíbrio entre o valor do indivíduo e as necessidades impostas pelos processos socializantes apenas se encontra na ideia de Estado de Direito material, materialmente concretizado pela apreensão e defesa de princípios e valores fundamentais, por oposição à concepção racionalista e iluminista de Estado de Direito formal. Um Estado de Direito que não se basta com a mera noção de legalidade democrática, mas que se compromete com a criação de uma situação jurídica materialmente justa. Tal desiderato passa pela manutenção da dialéctica Estado-Sociedade, sem que aquele se sobreponha a esta, no integral respeito pelos espaços de livre desenvolvimento da personalidade de cada um. As exigências inerentes à concretização da desejada socialidade pós-moderna não podem aniquilar a dimensão individual da existência.

6 CONCLUSÃO

O futuro na sociedade do risco, globalizada e globalizante, prevê-se que seja marcado pelo predomínio da incerteza e da imprevisibilidade e, por isso, por uma percepção comunitária de insegurança. Logo, a tendência das sociedades actuais, ao reconhecerem a inevitabilidade e a ubiquidade dos grandes e novos riscos, será guindar o valor da segurança a referente máximo na actuação do Estado, *maxime* do poder público, os quais, inseridos em comunidades de risco mais ou menos amplas, actuarão por referência a padrões comportamentais em matéria de segurança colectiva. A aposta é, então, na criação e no reforço de comunidades de risco, focadas, essencialmente, na sobrevivência dos seus referentes e do seu modo de vida, constantemente confrontadas com a presença, nos seus territórios de tradicional influência, de idiosincrasias antagónicas ou, pelo menos, adversas.

Os Estados procuram responder aos anseios das populações, mas veem-se cada vez mais confrontados com a relativização da sua soberania, sendo mesmo ultrapassados por novos poderes emergentes da sociedade tecnológica, os quais ultrapassam, em muito, a capacidade de acompanhamento que as instâncias formais de controlo têm em relação às suas actividades. Para tal, contribui, em muito, a falência do paradigma de Estado social. O Estado passou de ente prestador e, por isso, agente de promoção socioeconómica, para simples regulador esvaído do seu poder de efectiva regulação, sendo ultrapassado pelo poder dos agentes económicos privados.

Ao nível das constituições, tais alterações de paradigma juspolítico teve como notória consequência a tendência para uma alteração da predominância dos direitos individuais no quadro axiológico constitucional, em benefício da protecção de interesses supraindividuais, sendo esta a pedra angular da legitimação da intervenção autoritária do Estado. Na busca desesperada pela segurança, individual e colectiva, estaremos a construir novos leviatãs, desta feita mais omniscientes, mais omnipresentes e, por isso, onnipotentes? Será que vem aí o *Big Brother* verdadeiramente autopoietico que nem George Orwell imaginou?

Estamos em crer que as novas tensões entre os valores da liberdade e da segurança não podem conduzir à emergência de novos paradigmas constitucionais fundados numa tal gestão da dialéctica liberdade-segurança que tornem a excepção em regra. Se é verdade que a sociedade pós-moderna é uma sociedade de risco e não prescinde de um reforço securitário, ainda que partindo, a montante, de uma intervenção fiscalizadora baseada no princípio da precaução, não é menos verdade que tal realidade não justifica a total subversão do quadro axiológico constitucional, de molde a submeter todo e qualquer exercício das liberdades individuais à preservação do sentimento de segurança pela comunidade. Embora não seja, como vimos, possível hierarquizar os direitos fundamentais, isso não significa que a actuação dos poderes públicos na imposição das condições julgadas indispensáveis à preservação da segurança

colectiva possa ser arbitrária e discricionária e não haja de se nortear por um critério fundamental. Em nosso entender, tal critério deverá ser a dignidade da pessoa humana. Princípio constitucional estruturante e material, deve constituir o pensar fundamental de qualquer política de segurança.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. v. I. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

ANDERSON, J. Peter. **Política global do poder, justiça e morte**: uma introdução às relações internacionais. Tradução de Luís M. Couceiro Feio. Lisboa: Piaget, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

BAPTISTA, Eduardo Correia. **Os direitos de reunião e de manifestação no direito português**. Coimbra: Almedina, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2017.

BECK, Ulrich. D'une théorie critique de la société vers la théorie d'une auto-critique sociale. In: **Dévienc e et Societé**, Lyon, Ed. Persée, v. 2, n. 18, p. 333-344, 1994.

BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI, 2002.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial**: en busca de la seguridad perdida. Tradução de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2015.

- CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (Coord.). **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.
- CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede**. Tradução de Alexandra Lemos, Catarina Lorga e Tânia Soares. v. I. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.
- CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura: o poder da identidade**. Tradução de Alexandra Lemos, Catarina Lorga e Tânia Soares. v. II. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia internet: reflexões sobre internet, negócios e sociedade**. Lisboa, 2004.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. **O direito de manifestação: âmbito de protecção e restrições**. Coimbra: Almedina, 2006.
- COSTA, José Francisco de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (Coord.). **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 113-123.
- COSTA, José Francisco de Faria. **O fenómeno da globalização e o direito penal económico**. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. (Coleção *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, 61).
- DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento mítico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DIAS, Augusto Silva. De que direito penal precisamos nós europeus?: um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Coimbra Ed., ano 14, n. 3, p. 305-324, 2004.
- DIAS, Augusto Silva. **Protecção jurídico-penal dos interesses dos consumidores**. 3. ed. polic. Coimbra: FDUC-IDPEE, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Coimbra: Coimbra Ed. 2001. p. 583-613. (Coleção *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, 61).
- ESER, Albin. Una justicia penal “a la medida del ser humano” en la época de la europeización y la globalización. In: CEREZO MIR, José; PARDO DE LEÓN,

Corral Iñigo (Coord.). **Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología**. Madrid: UNED, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon**: teoria del garantismo penal. Traducción de Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bondrés. 5. ed. Madrid: Trotta, 2005.

FRANCO, António Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Coimbra Ed., ano 10, Fasc. 2, abril-junho 2000.

FUKUYAMA, Francis. **A construção dos estados**: governação e ordem mundial no Séc. XXI. Lisboa: Gradiva, 2006.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Fernando Luís Machado e Maria Manuela Rocha. Lisboa: Celta, 1992.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986.

GOUVEIA, Jorge de Bacelar. Dignidade e pessoa humana. In: GOUVEIA, Jorge de Bacelar; SANTOS, Sofia (Coord.). **Enciclopédia de direito e segurança**. Coimbra: Almedina, 2015.

GOUVEIA, Jorge de Bacelar. **Direito da segurança**. Coimbra: Almedina, 2018.

GOUVEIA, Jorge de Bacelar. Direitos fundamentais. In: GOUVEIA, Jorge de Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord.). **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**. Lisboa: Quid Iuris, 2013.

GOUVEIA, Jorge de Bacelar. **Manual de direito constitucional**. v. II. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

GOUVEIA, Jorge de Bacelar. Os direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados Portugueses, ano 51, v. III, p. 699-732, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Bernardo. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

INNERARITY, Daniel. **A sociedade invisível**. Tradução de Manuel Ruas. Lisboa: Teorema, 2009.

ISENSEE, Josef. **Das grundrecht auf sicherheit**. Berlin: De Gruyter, 1983.

ISENSEE, Josef. **Il diritto fondamentale alla sicurezza**: a proposito dei doveri di protezione dello stato liberale di diritto. Traduzione di Fulvio Fenucci. Napoli: Scientifica, 2017.

JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Traductor: Javier María Fernández Retenaga. Barcelona: Herder, 1995.

- LOURENÇO, Nelson. Segurança interna. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; SANTOS, Sofia (Coord.). **Enciclopédia de direito e segurança**. Lisboa: Almedina, 2015.
- LOURENÇO, Nelson. Sentimento de insegurança e estado de direito: o aspecto axial da relação liberdade e segurança. In: **Segurança e Defesa**, n.º 17, p. 70-83, 2011.
- LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. Berlin-New York: De Gruyter, 1993.
- LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de José Bragança de Miranda. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 1989.
- MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1995.
- MASI, Domenico de. **A sociedade pós-industrial**. 3. ed. São Paulo: Senac, 2000.
- MIRANDA Jorge. **Manual de direito constitucional**. v. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.
- MONTE, Mário Ferreira. **O direito penal europeu de “Roma” a “Lisboa”**: subsídios para a sua legitimação. Lisboa: Quid Iuris, 2009.
- MOREIRA, Adriano. **A comunidade internacional em mudança**. Lisboa: Universidade Técnica, 1982.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.
- NUNES, Paulo Viegas. **Sociedade em rede, ciberespaço e guerra de informação**. Lisboa: IDN, 2015.
- OTERO, Paulo. Declaração Universal de Direitos do Homem e constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais? In: **O Direito**, v. 122, n. III-IV, julho-dezembro, 1990.
- OTERO, Paulo. Dignidade da pessoa humana. In: GOUVEIA, Jorge de Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord.). **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**. Lisboa: Quid Iuris, 2013.
- OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 2001.
- PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito penal**: direito do risco, participação crimininosa, tráfico de influência. Lisboa: Quid Iuris, 2012.
- PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 1997.

PUREZA, José Manuel. **O património comum da humanidade**: rumo a um direito internacional da solidariedade. Lisboa: Afrontamento, 1998.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A emergência de um “direito penal europeu”: questões urgentes de política criminal. In: RODRIGUES, Anabela Miranda. **O direito penal europeu emergente**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008a.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? In: RODRIGUES, Anabela Miranda. **O direito penal europeu emergente**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008b.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal: novos desafios, velhos rumos. In: RODRIGUES, Anabela Miranda. **O direito penal europeu emergente**. v. III. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias**. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

SANTOS, Lino. Ciberespaço. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; SANTOS, Sofia (Coord.). **Enciclopédia de direito e segurança**. Lisboa: Almedina, 2015.

SILVA, Henrique Dias da. O código do procedimento administrativo e a actividade da polícia. In: **JURISMAT – Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**, Portimão, Ed. Ismat, n.º 2, maio 2013.

SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do estado na protecção de direitos fundamentais**. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2015.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Madrid: Trotta, 2009.

SOARES, Rogério Erhardt. **Direito público e sociedade técnica**. Coimbra: Atlântida, 1969.

SOUSA, António Francisco de. **Manual de direito policial**: direito da ordem e da segurança públicas. Porto: Vida Económica, 2016.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Direito constitucional I**: introdução à teoria da constituição. Braga: Cruz, 1979.

SOUSA, Susana Aires de. Risco, precaução e responsabilidade no horizonte da incerteza. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.).

Estudos em homenagem ao professor doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Coimbra: Coimbra Ed. 2012. p. 683-706. (Coleção *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, 102).

STELLA, Federico. **Giustizia e modernità**: la protezione dell’innocente e la tutela delle vittime. Milano: Giuffrè, 2002.

SUORDEM, Fernando. **O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais**. Coimbra: Almedina, 1995.

TOFFLER, Alvin. **Os novos poderes**. Tradução de Fernanda Pinto Rodrigues. Lisboa: Livros do Brasil, 1991.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Piaget, 1994.

VALENTE, Manuel M. Guedes. **Contributos para um direito penal supranacional**. 3. ed. [S. l.]: Legit, 2018.

VALENTE, Manuel M. Guedes. **Direito penal do inimigo**. Coimbra: Almedina, 2017.

Submissão em: 5 de julho de 2024

Último Parecer favorável em: 11 de dezembro de 2024

Como citar este artigo científico

RODRIGUES, Hermínio Carlos Silva. Liberdade e segurança no contexto da sociedade de risco global: emergência de novos paradigmas constitucionais? In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 3, p. 276-301, set.-dez. 2024.

A Benyújtás Feltételei
Amodau Cyflwyno
Başvuru Koşulları
Bedingungen für die Einreichung
Betingelser for Indsendelse
Betingelser for Innsending
Coinníollacha Maidir le hAighneacht
Condiciones de Envío
Condições para o Envío
Condicions per a L'enviament
Condiții de Depunere
Conditions de Soumission
Conditions for Submission
Condizioni per la Presentazione
Criteri Redazionali
Cumhachan Airson Tagradh
Esitamise Tingimused
Esityksen Ehdot
Iesniegšanas Nosacījumi
Konditione fir d'Soumissioun
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni
Kushtet e Paraqitjes
Norme Editorial
Pateikimo Sąlygos
Podmienky Predkladania
Podmínky pro Předkládání
Pogoji za Oddajo
Skilyrði fyrir Framlagningu
Тапсыру Шарттары
Uslovi za Podnošenje
Uvjeti za Podnošenje
Villkor för Inlämning
Voorwaarden voor Inzending
Warunki Przedłożenia
Услови за поднесување
Услови за подношење
Условия подачи
Условия за Подаване
Умовы для Прадстаўлення
Умови подання
Проϋποθέσεις για Υποβολή

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

Art. 1.º As regras para a recepção e publicação de textos científicos, pela **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são as descritas no presente Regulamento, respeitadas as condições fixadas no art. 26 deste Regulamento.

Art. 2.º Para o presente Regulamento, entende-se por textos científicos os artigos científicos, e outras manifestações jurídicas, descritos com as formalidades e padrões da norma culta e observância das normas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, especialmente a ABNT 6023.

Art. 3.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é um periódico de divulgação científica da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, tem periodicidade quadrimestral e não tem fins lucrativos.

Art. 4.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** não cobra qualquer valor pela publicação de textos de cunho científico e, em contrapartida, não paga aos autores quaisquer valores a título de direitos autorais.

Parágrafo único. A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** divulgará sem custo para os destinatários, e sem fins lucrativos, os exemplares publicados.

Art. 5.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem por objetivo a divulgação científica do segmento do Direito, constituída de:

- I – artigos científicos;
- II – diálogos que a Academia Jurídica tem para com os seus membros;
- III – resenhas ou críticas de livros da área do Direito;
- IV – Sentenças, Acórdãos ou Pareceres, na íntegra, com temas inovadores e que não sejam segredo de Justiça.

Parágrafo único. Em se tratando de Sentenças ou Acórdãos, os nomes das pessoas envolvidas com qualidades de partes ou procuradores deverão ser, em regra, omitidos ou apresentados de forma abreviada ou fictícia, impossibilitando a identificação direta.

Art. 6.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica textos científicos escritos em:

- I – Idioma Espanhol;
- II – Idioma Francês;
- III – Idioma Inglês;
- IV – Idioma Italiano;
- V – Idioma Português;
- VI – demais Idiomas da Europa.

Art. 7.º Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são de inteira responsabilidade dos seus autores não somente quanto à autoria e isenção de plágio, quanto a conceitos, opiniões e desenvolvimento de teses doutrinárias e acadêmicas.

Art. 8.º A submissão de textos de cunho científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** significa imediata e incondicional aceitação das presentes regras e a cessão de direitos autorais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Após a publicação de um texto científico na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, uma republicação em qualquer parte do Brasil, em qualquer época, somente poderá acontecer com autorização prévia da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a necessidade de a ela ser feita referência, alternativamente, de forma:

- I – direta, indicando nome completa da Revista, número do volume, número da edição, e páginas iniciais e finais da publicação; ou
- II – indireta, mediante referência simplificada indicativa da publicação, como “Agradecimentos especiais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, pela divulgação deste trabalho científico”.

Art. 9.º Toda a digitação, incluindo citações e referências, deve obedecer às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

§ 1.º Os tipos ou fonte da digitação serão Times New Roman, tamanho 12 para o texto, e este digitado com espaço 1,5 entre as linhas.

§ 2.º O sistema de citação será no próprio corpo do texto, incluindo o nome do autor, a data da publicação e o número da página em que há a citação.

§ 3.º As notas de rodapé poderão ser utilizadas apenas para identificação dos autores e para as demais informações complementares do texto.

§ 4.º As referências serão insertas ao fim do texto, com:

- I – espaço simples entre linhas;

- II – o texto das referências alinhadas à esquerda;
- III – o título da obra em letras com efeito negrito;
- IV – o subtítulo “Referências”, em letras maiúsculas, em negrito e centralizado;
- V – uma só linha de distância entre uma entrada e outra.

§ 5.º O Resumo, em Língua Portuguesa, e correspondentes em Língua original do autor do artigo científico, deverão ser digitados em espaço simples entre as linhas.

§ 6.º As publicações mais atuais da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** serão os modelos e exemplos das regras contidas no presente artigo.

Art. 10. Em atenção aos autores de outros países, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, será admitida a recepção de textos científicos segundo outras normas, respeitadas as condições expressas no art. 24 deste Regulamento.

Art. 11. Os nomes e endereços dos autores que têm textos científicos publicados ou, simplesmente, submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, são por ela usados com exclusividade, e não serão disponibilizados a pessoas, naturais ou jurídicas, fora do âmbito da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Excetua, quanto à divulgação, a inserção do endereço eletrônico do(s) autor(es) na qualificação junto ao texto publicado, em atendimento às normas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), órgão do Ministério da Educação, quanto aos dados mínimos para efeitos de classificação do periódico.

CAPÍTULO II

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Art. 12. Os artigos científicos devem ser de autoria de, no máximo, três pessoas, sendo preferência que pelo menos um deles tenha título Acadêmico de Doutor.

Art. 13. Para os artigos científicos que contenham resultados de pesquisas patrocinadas por órgão de fomento, serão admitidos o máximo de quatro autores, sendo pelo menos um deles obrigatoriamente com título Acadêmico de Doutor, desde que identificado o órgão de fomento junto à qualificação e à filiação acadêmica.

Art. 14. Os artigos científicos que sejam resultado de pesquisas de campo, com aplicação de entrevistas ou questionários, devem ser acompanhados de comprovante de registro da correspondente pesquisa na Plataforma Brasil.

Art. 15. Os artigos científicos devem:

I – conter, no mínimo, dez laudas, com observância, quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil.

CAPÍTULO III

DIÁLOGOS, RESENHAS, SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS

Art. 16. Para efeitos da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, entende-se por:

I – Acórdãos ou Sentenças: peças jurídicas de autoria de Juízes e Desembargadores, com temas ou decisões inovadoras, oriundas de processos judiciais, e que possam ser divulgadas em razão do teor;

II – diálogos que a Academia tem para com seus membros:

a) estudos especiais envolvendo o Direito;

b) falas em aulas inaugurais de Curso de Direito;

c) falas em Bancas Examinadora de candidatos a títulos acadêmicos;

d) textos de cunho científico, ligados ao Direito, mas não sendo o foco principal no Direito;

III – Pareceres: peças jurídicas de autoria de Juízes, Desembargadores e integrantes do Ministério Público, com temas inovadores, que possam ser divulgadas em razão do teor, e que possam vir a servir de base para futuras decisões no segmento jurídico;

IV – resenhas ou críticas de livros da área do Direito:

a) análise de livros da área do conhecimento do Direito;

b) considerações comparativas de um livro de Direito com outro livro ou de Direito ou de disciplina afim ao Direito;

c) crítica, equiparada à crítica literária, em relação a livros de Direito.

Art. 17. Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, para as seções “Estudos Continuados”, “Acórdãos, Pareceres e Sentenças” ou outra que venha a ser criada na forma do presente Capítulo III deste Regulamento, deverão:

I – conter, no mínimo, cinco laudas, com observância quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil;

III – ter autoria individual ou, em casos excepcionais e especiais, dois autores.

CAPÍTULO IV

A SUBMISSÃO

Art. 18. A submissão de texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é ato de decisão unilateral do autor ou dos autores e não correspondente a uma responsabilidade da Revista para que haja publicação.

Parágrafo único. O caráter de ato unilateral e responsabilidade única do autor ou dos autores acontecerá ainda que o autor ou os autores tenham recebido comunicação da Revista, ou do seu Editor, ou de membro da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, quanto à abertura de Edital ou outra forma de divulgação da existência do periódico e da possibilidade de submissão de textos científicos.

Art. 19. A submissão representa a declaração do autor ou dos autores de que o texto científico:

I – é inédito;

II – não contém plágio ou qualquer apropriação de textos de terceiros;

III – não contém sistemas de identificação, por via oblíqua, que possa prejudicar a análise pelo sistema cego de avaliação;

IV – não foi submetido, no todo ou em parte, à avaliação de outro periódico, embora ainda não publicado.

§ 1.º Considera-se inédito o texto científico que foi apenas:

I – objeto de apresentação de resumo oral em evento científico, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

II – publicado em Anais em forma de resumo, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

III – resultado de trabalho de curso – Monografia, Tese, Dissertação – cuja divulgação foi apenas quanto à apresentação oral e/ou encadernação para depósito junto à Instituição de Ensino.

§ 2.º. Até que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** altere a redação do presente artigo deste Regulamento, especialmente em seu inciso III, a identificação do nome do autor, com sua qualificação e filiação a uma Instituição de Ensino Superior não são itens considerados como forma de identificação que prejudica o sistema cego de avaliação, porque esses dados serão retirados, pelo Editor, quando da remessa para a análise dos membros do Conselho de Pareceristas.

Art. 20. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor ou os autores se responsabilizam quanto às informações referentes à titulação, ao vínculo com Instituição de Ensino ou de Pesquisa e outros dados que forem insertos na qualificação.

Art. 21. A submissão representa a declaração de certeza e conhecimento de que não haverá pagamento ou retribuição ao autor, nem a título de *pro labore*, bem como não há outra prevista vantagem como compensação pelos direitos autorais automaticamente cedidos.

Art. 22. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os autores de textos com autoria coletiva se declaram cientes de que, ainda que o texto seja remetido indicado autoria em outra ordem, aparecerão na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como autores os nomes na seguinte ordem e prioridade:

- I – quem tiver título Acadêmico de Doutor, se único entre os coautores;
- II – os coautores que tenham título Acadêmico de Doutor, na ordem constante do texto científico recebido;
- III – quem tiver título Acadêmico de Mestre, se único entre os coautores;
- IV – os coautores que tenham título Acadêmico de Mestre, na ordem constante do texto científico recebido;
- V – quem tiver título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, se único entre os coautores;
- VI – os coautores que tenham título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, na ordem constante do texto científico recebido;
- VII – quem for apenas graduado, sem títulos Acadêmicos, na ordem constante do texto científico recebido.

Parágrafo único. Quando um autor fizer a submissão de texto científico de autoria coletiva, torna-se o responsável pelas informações também referentes aos coautores.

Art. 23. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o(s) autor(es) declara(m) saber que o texto poderá sofrer adaptações quanto à formatação, para seja adaptado à padronização do material publicado.

Art. 24. Especialmente quanto aos autores não brasileiros, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, a submissão de texto científico fora das regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme art. 10 deste Regulamento, significa a imediata e incondicional autorização para que o Editor faça as transformações e padronizações segundo as normas da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Art. 25. Uma vez submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os artigos científicos serão analisados por avaliadores pelo sistema cego de análise (*double blind review*), sendo obedecidas as seguintes condições:

- I – dois pareceres positivos representam aprovação para publicação;
- II – dois pareceres negativos representam reprovação e não aceitação;
- III – um parecer positivo e um parecer negativo representará a necessidade de submissão a um terceiro avaliador, cujo voto decidirá como o segundo voto de uma das categorias que levarão à aprovação ou à reprovação.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 26. As condições omissas no presente Regulamento serão decididas pelo Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, que considerará:

- I – a decisão para o caso concreto, com solução especial e válida somente para a dúvida ou proposta apresentadas;
- II – a possibilidade de submissão da dúvida ou proposta apresentadas à Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, para inserção no presente Regulamento e passar a ser regra geral do momento em diante.

Art. 27. O presente Regulamento poderá ser modificado por decisões da Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**.

Parágrafo único. As alterações entrarão em vigor no quadrimestre que se seguir ao quadrimestre em que ocorrer a alteração, ainda que não tenha ainda sido publicada a Revista contendo o Regulamento com o texto alterado.

Art. 28. O presente Regulamento entrará em vigor com a publicação do volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Montes Claros (Minas Gerais, Brasil), 21 de maio de 2020.

Professor Mestre Richardson Xavier Brant

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

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



ISSN 2675-6714



9 772675 671007