

DIREITO & NEGÓCIOS

DIREITO E NEGÓCIOS FAAP

JUN 2024 | #01

EDIÇÃO

INAUGURAL

ARTIGOS SOBRE

QUESTÕES JURÍDICAS

DEBATIDAS NO BRASIL

E NO MUNDO

FAAP



**FUNDAÇÃO
ARMANDO
ALVARES
PENTEADO**

Equipe Editorial

EDITOR-CHEFE

FERNANDO JOSÉ DA COSTA

GESTÃO EXECUTIVA

MAYARA FERRARI LONGUINI

Conselho Editorial Nacional

AMANDA ATHAYDE Universidade de Brasília

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO Universidade Presbiteriana Mackenzie

FERNANDO CARDOZO FERNANDES REI Universidade Católica de Santos e
Centro Universitário Armando Alvarez Penteado

FERNANDO PASSOS Universidade de Araraquara

JULIANA DOMINGUES Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto

MARCOS RENATO SCHAHIN Centro Universitário Armando Alvarez Penteado

UINIE CAMINHA Universidade de Fortaleza e Universidade Federal do Ceará

Conselho Editorial Internacional

GERMÁN MORALES FARAH York University – Toronto, Canadá

MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH Universidad De Virgo, Espanha

MARIA PILAR DOPAZO FRAGUIO Universidad Complutense de Madrid, Espanha

MARCEL TREVIÑO (MARCE TREVIÑO) Tecnológico de Monterrey, México

PAOLO CARBONE Universidad Degli Studi di Roma III, Itália

RICHARD PEÑA Pontificia Universidad Católica de Chile

Periodicidade da publicação: Semestral

Nome e endereço do autor corporativo: Fundação Armando Álvares Penteado.

Rua alagoas, 903 - Higienópolis. São Paulo/SP. CEP 01242-902.

DIREITO & NEGÓCIOS

FAAP

Sumário

- 6** **A Legislação Antitruste e o Direito Penal**
FERNANDO JOSÉ DA COSTA
- 19** **A concessão da licença paternidade a servidores públicos solo**
LAUDEVINO BENTO DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA
- 34** **«Mare quidem commune certost omnibus»:
o mar no Direito romano**
ROSANNA ORTU
- 57** **Alle origini della legislazione italiana in tema di computer
crimes: la raccomandazione del Consiglio d'Europa del
9 settembre 1989 n. R (89)9 e la legge n. 547 del 1993**
SALVATORE PILIU
- 79** **Quem tem medo de Lina Khan?**
VINÍCIUS KLEIN, JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES,
EDUARDO MOLAN GABAN
- 97** **La nueva legislación europea orientada al “mercado digital
de datos”: consideraciones estratégicas y jurídicas**
MARIA PILAR DOPAZO FRAGUÍO
- 129** **El principio ne bis in idem en la justicia europea**
MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH
- 153** **Vestali e dominae navium in età imperiale:
la Vestale Massima Flavia Publicia**
ROSANNA ORTU
- 168** **Le Comunita' Matrimoniali “Formalizzate”
Nelle Esperienze Di Common Law E Di Civil Law**
TANIA BORTOLU
- 208** **Rapporti di forza tra imprese: contratto e bilanciamento di poteri**
PAOLO L. CARBONE
- 225** **International Cooperation in Competition Law in Latin America**
JULIÁN PEÑA
- 253** **Exploring attitudes and myths of the transgender community
in employees of a Private Mexican University**
MARCEL RIVERA TREVIÑO
-

Prezadas leitoras e leitores, Colaboradoras e colaboradores,

É com grande satisfação que apresentamos a primeira edição da revista “Direito e Negócios FAAP” à comunidade acadêmica. Como coordenador do Curso de Direito, compartilho este marco significativo em nossa jornada científica e de internacionalização, especialmente porque este ano estaremos comemorando 25 anos do Direito FAAP.

Nossa revista surge com a missão de promover uma reflexão interdisciplinar do Direito em diálogo com as diversas áreas das Ciências, especialmente focando nas questões jurídicas contemporâneas inseridas no dinâmico contexto do mercado e das relações socioeconômicas.

Desde sua concepção, busca-se criar um espaço de debate e análise crítica, onde o conhecimento científico e prático se unem para oferecer insights valiosos e contribuições substanciais para o campo do Direito e áreas correlatas.

A edição inaugural da revista “Direito e Negócios FAAP” representa não apenas o início de uma nova publicação, mas também o compromisso coletivo de nossa comunidade acadêmica e profissional. Agradeço sinceramente a todos os autores, nacionais e estrangeiros, que contribuíram com seus artigos e aos membros do conselho editorial pelo empenho e dedicação

na seleção e avaliação criteriosa dos trabalhos submetidos.

Neste volume inicial, você encontrará uma seleção de artigos que abordam temas relevantes e atuais, refletindo a diversidade e a profundidade das discussões em torno das interações entre o Direito, o mercado e a sociedade. Espero que esses trabalhos inspirem novas reflexões, questionamentos e pesquisas, enriquecendo assim o entendimento sobre as complexas dinâmicas que moldam nosso sistema jurídico e econômico.

Por fim, gostaria de expressar meu reconhecimento a todos os envolvidos neste projeto e reiterar nosso compromisso de vida longa e próspera à Revista, para que possa representar uma contribuição contínua à excelência acadêmica e a promoção do conhecimento científico. Que esta revista digital sirva como uma plataforma para o compartilhamento de ideias, o desenvolvimento intelectual e o avanço do campo do Direito e Negócios.

Desejo a todos uma leitura proveitosa e enriquecedora.

Atenciosamente,

FERNANDO JOSÉ DA COSTA
Coordenador do Curso de Direito

A Legislação Antitruste e o Direito Penal

FERNANDO JOSÉ DA COSTA¹

Resumo

O objetivo desse artigo é discorrer sobre os aspectos do direito concorrencial e dos crimes concorrenciais em diferentes contextos jurídicos, incluindo Estados Unidos, União Europeia, China e Brasil. Desde as leis antitruste pioneiras nos EUA até as legislações mais recentes, como a Lei Antimonopólio chinesa e a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, observamos uma evolução na regulamentação e aplicação das normas antitruste globalmente, considerando, inclusive, o contexto histórico. Crimes como cartel, concorrência desleal e frustração do caráter competitivo de licitações devem ser debatidos pela importância da concorrência para mercados saudáveis e pelo papel das instituições reguladoras na prevenção e punição de práticas anticoncorrenciais. Essas legislações refletem a busca por um equilíbrio entre a promoção da livre concorrência e a proteção dos interesses econômicos e sociais das comunidades.

Abstract

The purpose of this paper is to address aspects of competition law and antitrust crimes in different legal contexts, including the United States, the European Union, China, and Brazil. From the pioneering antitrust laws in the US to more recent legislation such as the Chinese Anti-Monopoly Law and the Brazilian Competition Defense Law, we observe an evolution in the regulation and enforcement of antitrust norms globally, taking into account historical context. Crimes such as cartel formation, unfair competition, and the undermining of competitive bidding processes should be discussed due to the importance of competition for healthy markets and the role of regulatory institutions in preventing and punishing anti-competitive practices. These laws reflect the pursuit of a balance between promoting free competition and protecting the economic and social interests of communities.

¹ Fernando José da Costa, Secretário Municipal da Justiça da Cidade de São Paulo, coordenador do curso de Direito da FAAP, Presidente do Lide Justiça, conselheiro do INAC, Mestre e Doutor em Direito Penal, foi Secretário da Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo, é autor de inúmeros livros e artigos jurídicos.

1_ INTRODUÇÃO

Nos mercados econômicos, a concorrência é fundamental para promover a eficiência, a inovação e o bem-estar dos consumidores. No entanto, em muitos casos, essa concorrência é ameaçada por comportamentos anticompetitivos que visam restringir ou distorcer o funcionamento normal do mercado. Estes comportamentos, tipificados pelo Direito Penal como crimes concorrenciais, podem assumir diversas formas, desde conluíus entre empresas, até o abuso de poder econômico por parte de empresas dominantes.

Dessa forma, o contexto histórico desempenhou um papel significativo na formulação das legislações antitruste ao redor do mundo. No final do século XIX e início do século XX, o surgimento de grandes trustes e monopólios nos Estados Unidos, como a Standard Oil, de John D. Rockefeller, levou à promulgação da Lei Sherman Antitruste de 1890, uma das pioneiras no assunto (CHANDLER, 1977). Isso reflete a preocupação com o poder econômico excessivo e a necessidade de preservar a competição.

Durante a Grande Depressão, houve uma crescente preocupação com a concentração de poder nas mãos de poucas empresas, o que levou à promulgação de leis antitruste mais abrangentes, como a Lei Clayton Antitruste de 1914. Essas leis visavam proteger os pequenos negócios e promover uma competição mais justa.

Durante a Guerra Fria, tanto os Estados Unidos, quanto a União Soviética, usaram suas leis antitruste como ferramentas políticas para promover seus interesses econômicos e geopolíticos (WEBER, 2011, p. 91). Com a crescente globalização da economia a partir do final do século XX, surgiram desafios para as leis antitruste, isso porque as fusões e aquisições transnacionais levaram à necessidade de uma cooperação internacional mais ampla na aplicação dessas leis.

No século XXI, o surgimento da economia digital e das grandes empresas de tecnologia trouxe novos desafios para as leis antitruste (FORGIONI, 2015). Questões como dominação de mercado, uso indevido de dados e práticas anticompetitivas digitais podem trazer preocupações.

Nesse sentido, os crimes concorrenciais representam uma violação das leis antitruste ou de concorrência, que têm como objetivo proteger e preservar a competição nos mercados. Essas leis visam justamente garantir que a população tenha acesso a uma variedade de opções de produtos e serviços a preços justos, promovendo, assim, o bem-estar econômico geral.

Uma das formas mais comuns de crime concorrencial é o conluio entre empresas para fixar preços, restringir a produção ou dividir mercados. Essas práticas

podem causar danos significativos à concorrência e, conseqüentemente, aos consumidores, tomadores do serviço ou produto, resultando em preços mais altos e menor qualidade. Além disso, empresas com poder de mercado podem abusar de sua posição dominante para prejudicar a concorrência, por meio de práticas representadas por preços predatórios, recusa injustificada de fornecimento de matéria-prima ou imposição de condições contratuais desfavoráveis aos seus concorrentes.

Assim, as conseqüências dos crimes concorrenciais podem ser graves e duradouras, afetando não apenas os concorrentes diretos, mas também toda a economia e os consumidores em geral. Portanto, é fundamental a atuação das autoridades antitruste de forma eficaz e incisiva na detecção, investigação e punição desses comportamentos, a fim de preservar a integridade e a eficiência dos mercados.

Neste artigo, serão explorados os diferentes tipos de crimes concorrenciais, bem como as leis e regulamentos que regem essas práticas em várias jurisdições, buscando compreender os desafios enfrentados na aplicação das leis antitruste.

2_ REGULAMENTAÇÃO ANTITRUSTE: UMA ANÁLISE DAS LEIS E REGULAMENTOS EM DIFERENTES JURISDIÇÕES

Sabe-se que regulação antitruste é intrinsecamente ligada à promoção da concorrência e à prevenção de práticas anticompetitivas nos mercados econômicos ao redor do mundo. No entanto, as leis e regulamentos podem variar significativamente entre diferentes jurisdições, refletindo as diferentes abordagens e prioridades político-econômicas de cada país ou região.

Nos Estados Unidos, as leis antitruste mais proeminentes são a Lei Sherman Antitruste de 1890, a Lei Clayton Antitruste de 1914 e a Lei da Comissão Federal de Comércio de 1914. A Lei Sherman proíbe atividades anticompetitivas, como trustes e cartéis e, no aspecto criminal, prevê pena não superior a um ano para aquele que monopolizar ou tentar monopolizar o mercado, enquanto a Lei Clayton aborda questões como fusões e práticas comerciais restritivas, prevendo pena privativa de liberdade igualmente não superior a um ano.

Já a Lei da Comissão Federal de Comércio (FTC Act), promulgada em 1914 nos Estados Unidos, foi projetada para complementar as leis antitruste existentes, ampliando o escopo da regulamentação para incluir práticas comerciais que não necessariamente se enquadram estritamente nas categorias de cartéis ou monopólios, mas que ainda assim prejudicam a concorrência e os consumidores. Além disso, a

Lei Antitruste Hart-Scott-Rodino, de 1976, exige notificação e aprovação prévias para certas fusões e aquisições que ultrapassem determinados limites de valor.

Recentemente, as agências antitruste dos EUA têm intensificado suas medidas de fiscalização, com uma reformulação significativa das regras que guiam decisões sobre o tema. Essas mudanças ocorrem após uma série de derrotas das autoridades em tentativas de bloquear fusões verticais, sendo a mais recente a derrota da Comissão Federal de Comércio dos EUA (FTC) na batalha judicial contra a compra da Activision Blizzard pela Microsoft por US\$ 69 bilhões. Essa reformulação das regras, que veio na forma de 13 novas diretrizes propostas pelo Departamento de Justiça e pela FTC, faz parte de um esforço para conter a ascensão de empresas que buscam dominar seus setores adquirindo rivais por meio de operações societárias (NYLEN. 2023).

Na União Europeia, o principal instrumento legal para a regulação antitruste é o art. 101 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), que proíbe acordos entre empresas que restrinjam, impeçam ou falseiem a concorrência. Além disso, o art. 102 do TFUE trata do abuso de posição dominante por empresas no mercado único europeu.

De acordo com o art. 101, são considerados ilegais os acordos entre empresas que visam fixar preços, limitar a produção ou o mercado, dividir clientes ou territórios, entre outras práticas que tenham como resultado a distorção da concorrência. Esses acordos são conhecidos como «restrições verticais» e são vistos como prejudiciais para a concorrência e para os consumidores, uma vez que podem resultar em preços mais altos, menor escolha e menor qualidade de produtos e serviços.

A Comissão Europeia, como a principal autoridade de concorrência da UE, é responsável pela aplicação do Artigo 101 e pela investigação de práticas anticompetitivas. A Comissão tem poderes para conduzir investigações, impor multas e tomar medidas corretivas contra empresas que violam as regras de concorrência da UE. Além disso, os tribunais da UE, incluindo o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), têm jurisdição para revisar as decisões da Comissão e garantir o cumprimento das leis de concorrência de toda a União Europeia.

Sobre a responsabilidade criminal, na Alemanha, por exemplo, a Lei contra a Concorrência Desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - UWG) prevê pena de até dois anos de prisão para aquele que fizer publicidade enganosa, utilizando informações falsas em anúncios públicos ou em comunicações destinadas a um grupo maior de pessoas, com a intenção de criar a aparência de uma oferta particularmente favorável. No âmbito das contratações públicas, a realização de acordos ilícitos, prevê pena privativa de liberdade de até cinco anos.

Já na Itália, o Código Penal dispõe pena de dois a seis anos para aqueles que,

no exercício de atividade empresarial, praticarem atos de concorrência desleal. A pena é agravada se tais atos se relacionarem à atividade financiada, total ou parcialmente, e de qualquer forma, pelo Estado ou por outros órgãos públicos.

Na China, a Lei Antimonopólio, promulgada em 2008, proíbe práticas anticompetitivas, como fixação de preços, divisão de mercados e abuso de posição dominante. A Administração Estatal de Regulação do Mercado (SAMR) é a principal autoridade responsável pela aplicação da lei antimonopólio no país, e tem sido cada vez mais ativa na aplicação de multas e outras sanções contra empresas que violam as regras de concorrência.

Essa lei foi uma resposta ao rápido crescimento econômico e à necessidade de garantir que a concorrência fosse preservada para promover a eficiência econômica e proteger os interesses dos consumidores (DAN, 2012).

Desse modo, a Lei Antimonopólio da China proíbe várias formas de comportamento anticompetitivo, incluindo cartéis, abuso de posição dominante e fusões e aquisições que possam prejudicar significativamente a concorrência no mercado. Embora não estipule penas privativas de liberdade, dispõe sobre a responsabilidade criminal daqueles que violarem quaisquer dispositivos da lei.

Diante desse contexto, a SAMR tem autoridade para investigar e punir empresas que violam as disposições da Lei Antimonopólio, incluindo a imposição de multas e outras sanções. Além disso, a lei também permite que os tribunais chineses revisem as decisões da SAMR e garantam o cumprimento das regras de concorrência.

Uma das características distintivas da Lei Antimonopólio chinesa é sua ênfase na regulamentação de fusões e aquisições. Ela estabelece requisitos específicos para notificação e aprovação prévias de fusões e aquisições que atendam a certos critérios de tamanho e impacto no mercado. Isso reflete o reconhecimento, pelo governo chinês, da importância de controlar a concentração de poder econômico e evitar monopólios que possam prejudicar a concorrência e os consumidores.

No Brasil, a regulação antitruste é regida pela Lei nº 12.529/2011, conhecida como Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. Esta lei proíbe práticas anticompetitivas, como cartéis e abuso de poder econômico, e estabelece o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) como a autoridade responsável pela aplicação da legislação antitruste no país.

Essa legislação substituiu a Lei nº 8.884/1994, e seu principal objetivo é promover a concorrência saudável nos mercados brasileiros, protegendo os consumidores e incentivando a eficiência econômica.

Uma das características centrais da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência é a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que inclui o

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) como sua principal autoridade. O CADE é uma autarquia federal responsável pela aplicação da legislação antitruste no Brasil, com poderes para investigar práticas anticompetitivas, analisar fusões e aquisições, e impor sanções às empresas que violam as regras de concorrência.

Dentre as principais atribuições do CADE, está o poder de investigar e punir administrativamente cartéis e outras formas de conluio entre empresas que tenham como objetivo fixar preços, dividir mercados ou restringir a produção, bem como avaliar fusões, incorporações e aquisições que possam ter impacto significativo na concorrência no mercado brasileiro. Nesse último ponto, o CADE analisa se essas transações podem criar ou fortalecer posições dominantes que prejudiquem a concorrência e os consumidores.

Além disso, o CADE tem autoridade para impor multas e outras sanções às empresas que violam as leis antitruste no Brasil, incluindo multas significativas para empresas envolvidas em cartéis e outras práticas anticompetitivas. Além disso, a lei brasileira estabelece um sistema de defesa da concorrência que inclui a colaboração entre o CADE e outros órgãos reguladores brasileiros, como a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) - atual Subsecretaria de Acompanhamento Econômico e Regulação -, vinculada ao Ministério da Fazenda.

Dito isso, importante suscitar aqui uma problemática relevante afeita ao Direito Penal brasileiro, que é a não responsabilização criminal das pessoas jurídicas, com exceção aos crimes praticados contra o meio ambiente.

Ao não responsabilizarmos criminalmente as empresas, assumimos o risco de incentivar práticas anticoncorrenciais e outras condutas ilícitas no âmbito empresarial, uma vez que as punições, no que se refere às corporações, se restringem apenas a sanções administrativas e cíveis. Isso pode levar à percepção de impunidade e enfraquecer a eficácia das leis antitruste e de defesa da concorrência.

Além disso, a ausência de responsabilidade penal das pessoas jurídicas pode dificultar a investigação e responsabilização de indivíduos por condutas criminosas relacionadas à esfera empresarial, especialmente em casos de crimes econômicos complexos que envolvem múltiplos atores e estruturas organizacionais. Sem a possibilidade de responsabilização das empresas, torna-se mais difícil encontrar, dentro de uma cadeia hierárquica societária, o responsável por determinada conduta ilícita.

Por outro lado, a implementação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas também apresenta desafios, como a definição de critérios claros para atribuir a responsabilidade às empresas e garantir o devido processo legal. Além disso, há certas preocupações sobre o impacto dessa medida nas atividades econômicas e na geração de empregos, especialmente para empresas de pequeno e médio porte.

Feita essa explanação, embora as leis antitruste em diferentes jurisdições compartilhem objetivos comuns de promover a concorrência e proteger os consumidores, existem várias diferenças significativas em termos de abordagens legais e procedimentos de aplicação, que refletem diretamente a intenção estatal, seja política, econômica ou social, com relação ao tema.

No contexto do Direito Penal, as normas e sanções devem refletir a necessidade, enquanto grau de intensidade afeito à pena, para que ela alcance o efeito necessário, bem como à adequação cultural de cada país, delineado em compasso com os valores que regem determinado ordenamento jurídico (MARTINEZ. 2013).

No entanto, apesar dessas diferenças, há também uma crescente cooperação internacional entre autoridades antitruste de diferentes países para combater práticas anticompetitivas que transcendem fronteiras. Acordos de cooperação e intercâmbio de informações permitem que as autoridades antitruste coordenem suas atividades de aplicação da lei e garantam maior eficácia na proteção da concorrência global.

3_ CRIMES CONCORRENCIAIS NO BRASIL

Diante desse panorama, o abuso do poder econômico, hoje tipificado criminalmente no Brasil pelo conluio entre empresas, representa uma violação direta às leis antitruste que afeta negativamente a concorrência nos mercados. Esses cartéis podem operar em diversos setores, desde commodities básicas, produtos de alta tecnologia ou até mesmo serviços, e seus efeitos prejudiciais são sentidos em toda a economia, sobretudo quando são empregados no âmbito de contratações com o Poder Público.

No Brasil, o Decreto-Lei nº 52025/1963 regulamentou a repressão ao abuso do poder econômico. Dentre os aspectos centrais abordados por este decreto, existe a definição do abuso do poder econômico enquanto condutas que visam prejudicar a livre concorrência e o adequado funcionamento do mercado.

De acordo com o art. 2º desse Decreto, diversas práticas são consideradas formas de abuso do poder econômico, como a dominação de mercados, a eliminação total ou parcial da concorrência por meio de ajustes ou acordos entre empresas, fusões, aquisições, coalizões, entre outras. Essas práticas têm o objetivo de restringir a competição e promover a concentração de poder econômico em detrimento dos consumidores e da economia como um todo.

Além disso, o decreto aborda a elevação de preços sem justa causa, especialmente em situações de monopólio natural ou de fato, em que uma empresa

tem controle significativo sobre um mercado específico. Essa prática visa aumentar lucros de forma arbitrária, prejudicando os consumidores e o equilíbrio do mercado.

Outras condutas consideradas abuso do poder econômico incluem a especulação abusiva, a formação de grupo econômico que restrinja a livre deliberação dos compradores ou vendedores, e a prática de concorrência desleal. Esta última pode ocorrer por meio de exigências de exclusividade para propaganda publicitária ou ajustes de vantagens em concorrências públicas.

Dessa forma, a detecção e prevenção do abuso de posição dominante exigem uma supervisão cuidadosa dos mercados e uma análise detalhada das práticas comerciais das empresas, de modo que autoridades antitruste e judiciais precisam estar sempre vigilantes para garantir que as empresas com poder de mercado usem tal poder de forma justa, e que a competição saudável seja preservada para o benefício da sociedade e da economia do país.

No ordenamento jurídico brasileiro, essas práticas têm reflexo não somente na seara administrativa ou cível, mas também no Direito Penal. Isso porque condutas anticompetitivas ou que demonstrem abuso do poder econômico são tipificadas, em regra, enquanto crime contra a ordem econômica, estabelecido no art. 4º, da Lei nº 8.137/1990.

Mencionado delito pode ser configurado de duas formas: a primeira delas, justamente, pelo abuso do poder econômico, com a dominação do mercado ou eliminação, total ou parcial, da concorrência, por meio de qualquer forma de ajuste, ou acordo entre empresas.

A segunda hipótese é representada pela formação de acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, com o objetivo de fixar artificialmente preços ou quantidades vendidas ou produzidas; controlar regionalmente o mercado se utilizando de uma empresa ou grupo de empresas; ou controlar a rede de distribuição e de fornecedores, em detrimento da concorrência.

Todas essas condutas, processadas mediante ação penal pública incondicionada, têm penas previstas de 2 a 5 anos de reclusão e multa.

Noutro norte, na esfera dos crimes de ação penal privada, também existe o crime de concorrência desleal, disposto na Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996), que, em seu art. 195, delinea uma série de práticas que constituem o delito, visando proteger a livre concorrência e a ética nos negócios empresariais. Estas condutas, quando praticadas com o intuito de obter vantagem indevida em detrimento de concorrentes, resultam no acionamento do Direito Penal.

Entre as condutas tipificadas como concorrência desleal estão a publicação de falsas afirmações prejudiciais a um concorrente, a divulgação de informações falsas

sobre concorrentes, o emprego de meios fraudulentos para desviar clientela, o uso indevido de expressões ou sinais de propaganda alheios, entre outras.

Além disso, o referido artigo aborda a utilização não autorizada de conhecimentos confidenciais, a venda de produtos falsificados ou adulterados, e a divulgação de resultados de testes ou dados não divulgados sem autorização.

A pena para esses crimes pode variar de detenção, de 3 meses a 1 ano, ou multa. Destaca-se, ainda, que o §2º do art. 195 isenta de responsabilidade as divulgações feitas por órgãos governamentais competentes para autorizar a comercialização de produtos, quando visam proteger o público.

A partir desses dois delitos, estabelecer a distinção entre os bens jurídicos vinculados à concorrência desleal e ao cartel é essencial para compreender o funcionamento adequado do mercado e proteção da livre concorrência.

No caso da concorrência desleal, o foco principal está na proteção dos interesses individuais dos concorrentes e na preservação da lealdade e integridade do mercado. Isso significa que o bem jurídico protegido pela proibição da concorrência desleal é a igualdade de oportunidades entre os competidores, a honestidade nas relações comerciais e a preservação da livre concorrência como um todo. A prática de condutas desleais, como a divulgação de informações falsas, a imitação de marcas ou a apropriação indevida de segredos comerciais, prejudica diretamente a competitividade justa no mercado.

Por outro lado, o cartel ataca um bem jurídico mais amplo e de natureza coletiva: a própria estrutura competitiva do mercado, a ordem econômica, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 173, §4º. O objetivo do cartel é eliminar ou restringir substancialmente a concorrência, permitindo que um grupo restrito de empresas domine o mercado e fixe preços de forma artificial.

Dessa forma, o bem jurídico protegido pela proibição do cartel seria a própria estrutura competitiva do mercado, a eficiência econômica e o interesse público em manter um ambiente concorrencial saudável e dinâmico. O cartel não apenas prejudica os concorrentes diretos, mas também afeta os consumidores, que podem ser expostos a preços mais altos e produtos ou serviços de qualidade inferior devido à falta de competição efetiva. Assim, tem-se que o bem jurídico tutelado não pode ser outro senão a própria concorrência.

Portanto, enquanto a concorrência desleal visa proteger os interesses individuais dos concorrentes e a integridade do mercado ao nível microeconômico, o cartel atenta contra o funcionamento adequado do mercado ao nível macroeconômico, afetando o bem-estar de toda a sociedade (SOUSA, 2016).

Já no âmbito das contratações com o Poder Público, a concorrência também se torna relevante ao Direito Penal, uma vez que condutas anticompetitivas prejudicam não apenas os concorrentes diretos no curso de um processo licitatório, mas também toda a sociedade.

Nesse sentido, a competição nas licitações públicas é essencial para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e, conseqüentemente, ao erário. Isso porque, quando o processo licitatório é frustrado ou fraudado, seja por meio de conluio entre licitantes, manipulação de documentos ou qualquer outra forma de interferência indevida, ocorre um desvio do propósito original da licitação, que é justamente garantir a obtenção dos melhores produtos e serviços pelos melhores preços.

Portanto, a punição substancialmente maior do que os demais delitos mencionados prevista para esse crime - tipificado no Código Penal Brasileiro em seu art. 337-F -, com pena de reclusão de 4 a 8 anos e multa, reflete a gravidade da conduta e busca desestimular práticas que comprometam a lisura e a transparência dos processos licitatórios, a promover a eficiência na gestão pública, garantindo a melhor aplicação dos recursos públicos em benefício da sociedade.

4_ CONCLUSÃO

Nesta análise das legislações antitruste e seu entrelaçamento com o Direito Penal, resta evidente a complexidade e a relevância desses instrumentos legais na promoção de mercados competitivos e na proteção dos interesses dos consumidores. Ao examinarmos as diferentes abordagens adotadas em jurisdições como os Estados Unidos, a União Europeia, a China e o Brasil, percebemos uma convergência de objetivos: combater práticas anticoncorrenciais que distorcem a competição e prejudicam a eficiência econômica.

As regulamentações antitruste são capazes de estabelecer um alicerce legal para prevenir e punir cartéis, abusos de posição dominante e outras condutas prejudiciais à concorrência. No entanto, é importante notar as nuances e diferenças entre essas legislações, refletindo as particularidades de cada mercado e sistema jurídico, sobretudo no que tange às penas aplicáveis.

No Brasil, a Lei nº 12.529/2011, conhecida como Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, representa um símbolo na regulação antitruste e, complementadas às demais legislações, são dispostas as sanções administrativas e penais para condutas anticoncorrenciais. O acionamento do Direito Penal nesses casos reflete a necessidade de aplicação de medidas mais rigorosas em casos de violações

graves da concorrência, garantindo a eficácia da proteção da livre concorrência e a preservação da ordem econômica nacional.

5_REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEMANHA. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). 3 de julho de 2004. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/BJNR141400004.html#:~:text=\(1\)%20Unlautere%20gesch%C3%A4ftliche%20Handlungen%20sind,des%20Verbrauchers%20wesentlich%20zu%20beeinflussen](https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/BJNR141400004.html#:~:text=(1)%20Unlautere%20gesch%C3%A4ftliche%20Handlungen%20sind,des%20Verbrauchers%20wesentlich%20zu%20beeinflussen). Acesso em: 18 de abril de 2024.
- ALEMANHA. Strafgesetzbuch (StGB). 15 de maio de 1871. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html#BJNR001270871BJNG006801307>. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- BRASIL. Decreto nº 52.025, de 20 de maio de 1963. Aprova o regulamento da Lei número 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d52025.htm. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo

- de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- CHANDLER, Alfred D. *The visible hand*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1977.
- DAN. Wei. A Lei Antimonopólio da China e o seu regime de controle de concentração. *Revista Direito GV*. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/hmrBx65CbncLV5RzqzKkSrR/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- CHINA. 中华人民共和国反不正当竞争法. 05 de novembro de 2017. Disponível em: https://www.gov.cn/xinwen/2017-11/05/content_5237325.htm. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- ESTADOS UNIDOS. Clayton Act. 1914. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-3049/pdf/COMPS-3049.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- ESTADOS UNIDOS. Sherman Anti-Trust Act. 2 de julho de 1890. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/sherman-anti-trust-act>. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- ESTADOS UNIDOS. Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statutes/hart-scott-rodino-antitrust-improvements-act-1976>. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- FORGIONI, Paula Andrea. O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1713_1742.pdf. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- ITÁLIA. Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio; Codice penale, Libro II, Titolo VIII. 19 de outubro de 1930. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2013/07/16/dei-delitti-contro-l-economia-pubblica-l-industria-e-il-commercio>. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. 2013. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- NYLEN. Leah. EUA revisam regras antitruste para barrar grandes fusões. *Jornal Valor Econômico*. 19 de julho de 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2023/07/19/regras-sobre-fusoes-ficam-mais-rigorosas-em->

-
- ofensiva-antitruste-nos-eua.ghtml. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- PRADO, Luiz Carlos Delorme. Defesa da concorrência e desenvolvimento: notas sobre o debate e sua aplicação no caso brasileiro. In: PRADO, Luiz Carlos Delorme; LASTRES, Helena Maria Martins (Org.). Estratégias de desenvolvimento, política industrial e inovação: ensaios em memória de Fabio Erber. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2014.
- SOUSA, Simone Letícia Severo e. Das práticas concorrenciais ilícitas: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. Revista de Direito Brasileira. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2947>. Acesso em: 18 de abril de 2024.
- UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre O Funcionamento Da União Europeia (Versão Consolidada). Roma: 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF Acesso em: 18 de abril de 2024.
- WEBER, Rachel. Swords into Dow Shares: Governing the Decline of the Military-Industrial Complex. Colorado: Westview Press, 2011.

A concessão da licença paternidade a servidores públicos solo

LAUDEVINO BENTO DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA ^{1*}

1_ INTRODUÇÃO

A família, como se sabe, é uma das instituições mais antigas da humanidade, sendo objeto de estudo e discussões ao longo dos séculos. Com o passar dos anos, a família, acompanhando a evolução das sociedades, sofreu diversas transformações no tocante à sua configuração.

Passou-se do modelo tradicional de família, composta por pai, mãe, seus filhos e filhas, a uma diversidade de configurações, inclusive monoparental. Também o vínculo consanguíneo, outrora fundamental para a formação de uma entidade familiar, passou a não mais ser o único liame entre os seus membros, ganhando fundamental importância as relações de afeto. Ainda, não é mais o matrimônio o único instituidor da instituição familiar.

As mudanças da concepção de família também geram efeitos no tocante à filiação, ganhando também grande relevância a adoção. Com o avanço da medicina e das técnicas de reprodução assistida, é possível, também, que uma mulher ofereça seu ventre para gerar o filho de outra(s) pessoa(s), por meio da chamada *gestação por substituição*, erroneamente nomeada, algumas vezes, *barriga de aluguel*.

Tendo em vista a proteção constitucional à família, somada a princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, colocam-se algumas questões, as quais, não raras vezes, são submetidas ao Poder Judiciário.

Assim, no presente artigo, serão traçadas algumas linhas acerca da concepção de família, sem, contudo, qualquer intenção de esgotar o tema, com destaque para a família monoparental. Ainda, será analisada a questão atinente à concessão da licença paternidade, nos termos daquela concedida às gestantes e parturientes, a servidores pais solo. Por fim, serão analisados casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com uma referência a um caso recentemente julgado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

¹ *Doutor em Ciências Jurídicas pela *Università degli Studi di Sassari*. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogado. Membro das Comissões de Direito Civil (2019-2021) e da Jovem Advocacia (2019-2021) da 12ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo. Contributo sottoposto a referaggio.

2_ O “CONCEITO” DE FAMÍLIA

A entidade familiar é objeto de estudo desde tempos remotos. Disso decorre a «diversidade de conceitos»² de família formulados a partir dos mais diferentes pontos de vista. Há “conceitos” de ordem filosófica, religiosa, biológica, jurídica, entre outros. Não é o escopo do presente artigo proferir um juízo acerca da exatidão dos conceitos de família trazidos pela doutrina e pelo legislador, ou tampouco criar um novo “conceito” de família. Em consonância com o afirmado *supra*, seria praticamente impossível esgotar uma discussão acerca de um suposto “conceito” de família num artigo, ainda que do ponto de vista jurídico.

Para o escopo do presente trabalho, toma-se a família do ponto de vista jurídico. Também em tal campo, é variada a “conceituação” de família, encontrando-se uma diversidade de definições. Importante ressaltar que a variedade de “conceitos” jurídicos de família não é recente, em virtude dos vários modelos familiares existentes na atualidade. Segundo Bevilacqua³, a diversidade de acepções jurídicas de família já havia sido notada por Ulpiano⁴. Antunes Varela⁵ afirma que:

«A família é o núcleo social primário mais importante que integra a estrutura do Estado. Como sociedade natural, correspondente a uma profunda e transcendente exigência do ser humano, a família antecede nas suas origens o próprio Estado. Antes de se organizar politicamente através do Estado, os povos mais antigos viveram socialmente em famílias».

Em sentido similar é a opinião de Bittar⁶, segundo o qual a família é: «(...) a célula básica do tecido social, em que o homem nasce, forma a sua personalidade e se mantém, perpetuando a espécie, dentro de uma comunidade duradoura de sentimentos e de interesses vários que unem os seus integrantes. Constitui, pois, instituição geradora e formadora de pessoas e núcleo essencial para a preservação e o desenvolvimento da nação, alimentando-a com seres forjados e preparados para a sua missão na sociedade».

Segundo Dias⁷, ao longo da história, a ideia de família sempre esteve conectada à imagem de um instituto sacralizado e de natureza indissolúvel.

2 O termo «diversidade de conceitos» é usado por F.C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 7, III ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1971, p. 172.

3 *Direito de Família*, VII ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1943, p. 15.

4 Ulp. 46 *ad ed.* D. 50,16,195,1.

5 *Direito de família*, vol. I, Petrony, Lisboa, 1982, p. 26.

6 *Direito de família*, II ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 01.

7 *Manual de direito das famílias*, XII ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 59.

Assim, em decorrência do patriarcalismo, reconhecia-se como família apenas a instituição decorrente do matrimônio, heterossexual, patrimonialista e hierarquizada. De fato, até os dias atuais, quando se fala em “família”, é este primeiro modelo que vem à mente das pessoas. Contudo, essa não é mais a realidade, visto a diversidade de modelos familiares existentes, o que mostra a pluralização do “conceito”, decorrente da notória existência de famílias recompostas, homoafetivas, monoparentais, entre outras⁸. Assim, nota-se que as novas famílias caracterizam-se por serem «mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo»⁹.

A legislação civil brasileira, ao longo dos anos, não traçou uma definição conceitual de família, a qual era identificada com o matrimônio¹⁰. Para Dias¹¹, a Lei Maria da Penha¹² foi o primeiro diploma legislativo a trazer uma definição de família (lei nº. 11.340/2006). Segundo a autora, a lei identifica a família como «qualquer relação íntima de afeto», nos termos do art. 5º, III¹³. Contudo, ainda que o afeto seja um elemento essencial na unidade familiar, parece que a definição de família dada pela referida lei encontra-se no inciso anterior, o qual define família «como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa».

Importante, em tal ponto, ressaltar a expressão «entidade familiar». Segundo Pereira¹⁴, essa expressão, inserida no direito brasileiro pela Constituição de 1988, torna mais ampla a noção de família. Isso porque, de acordo com o autor, a família não é mais um núcleo econômico e de procriação, mas, sim, um espaço marcado pelo amor, afeto e companheirismo. A partir de tal momento, então, surgiram

8 *Ibidem*. No mesmo sentido, C.A. BITTAR, *Direito de família*, cit., p. 48.

9 M. PERROT, *O nó e o ninho*, in *Veja 25: reflexões para o futuro*, Abril, São Paulo, 1993, p. 81.

10 M.B. DIAS, *Manual de direito das famílias*, cit., p. 146; L.R. PEREIRA, *Direitos de família*, Rio de Janeiro, 1918, p. 21, o qual afirma categoricamente que o matrimônio é «fundamento legítimo da família». No mesmo sentido, T.F. VARGAS SIMÕES, *Redesenhando os contornos do direito de filiação: a incidência do afeto na composição da família contemporânea*, in *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, 3, 2014, p. 13. Importante ressaltar que, seja no Código Civil de 1916, seja no Código Civil atualmente em vigor, o livro acerca do direito de família é inaugurado pela disciplina do casamento (arts. 180 e 1.511 dos respectivos códigos).

11 *Manual de direito das famílias*, cit., p. 147.

12 Sobre a Lei Maria da Penha, vide M.B. DIAS, *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*, IV ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

13 «Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (...) III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação». Para um comentário acerca das definições do art. 5º da Lei, vide S.R. SOUZA, *Lei Maria da Penha comentada*, Juruá, Porto, 2019, pp. 59-72.

14 *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XX, Forense, Rio de Janeiro, 2007, pp. 5-6.

representações sociais da família, novas e diversificadas, porém, sempre fundadas em relações de afeto ¹⁵, não necessariamente consanguíneas.

2.1_ A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito brasileiro, num momento anterior, não concedeu uma verdadeira e própria proteção legislativa à família, sendo que esta recebia atenção, apenas, da jurisprudência e da doutrina ¹⁶. A família obteve proteção constitucional, pela primeira vez, com a Constituição de 1934 ¹⁷, tendo sido mantida pelas demais constituições subsequentes, sempre, porém, originada pelo casamento ¹⁸.

Contudo, a maior proteção constitucional à família se deu com a Constituição de 1988, a qual consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais do Estado, de absoluta relevância para o direito de família ¹⁹. A mesma Constituição, no art. 226 ²⁰, garante à família uma especial proteção do Estado sem, contudo, limitar tal tutela à família matrimonial ²¹. A norma contida no art. 226 da Constituição constitui-se como uma verdadeira *garantia constitucional*, voltada a garantir a permanência de determinada figura jurídica, proibindo qualquer eventual tentativa de suprimi-la ou reduzi-la, mantendo um mínimo de essencialidade e substantividade ²².

Segundo Lôbo ²³, quando foi suprimida no texto constitucional a expressão “constituída pelo casamento” existente nas constituições anteriores, passou-se a tutelar a família, independentemente de sua configuração, operando-se, assim, uma mudança radical na proteção constitucional concedida à entidade familiar, sendo

15 Cf. C.V. TORRES-M.R.F. SILVA. *O princípio da afetividade e sua relevância na fixação do dever de alimentar entre parentes por afinidade*, in O. MEZZAROBA-R.J. REGO FEITOSA-V.O. SILVEIRA-V.C. SÉLLOS-KNOERR (org.), *Direito de família – Coleção Compedi/Unicritiba*, Curitiba, 2014, p. 541. Sobre o afeto nas relações familiares, vide C.R.P. LIMA, *O afeto como valor jurídico nas relações familiares: duas décadas depois*, in *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, 37, 2020, pp. 18-33.

16 G.C.N. GAMA, *Direito de família brasileiro: Introdução – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional*, São Paulo, J. de Oliveira, 2001, p. 47.

17 «Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado». Nesse sentido, K.R.F. LOBO DE ANDRADE, *Direito fundamental à convivência familiar*, in K.R.F. LOBO DE ANDRADE, (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos teóricos e práticos*, VII ed., Saraiva, São Paulo, 2015, p. 123.

18 Cf. J.B. MENEZES, *A família na Constituição Federal de 1988 – Uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade*, in *Novos Estudos Jurídicos*, XII (2008), p. 120.

19 L. FARACO, *Os princípios constitucionais do direito de família*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 32, 2014, p. 228.

20 «Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado».

21 J.A. SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, XXXVII ed., Malheiros, São Paulo, 2014, p. 865.

22 P. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, XXVI ed., Malheiros, São Paulo, 2011, p. 542.

23 *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do “numerus clausus”*, in C.C. FARIAS (org.), *Temas atuais de direito e processo de família: primeira série*, Rio de Janeiro, 2004, p. 4.

que as tipologias de famílias referidas na Constituição não encerram um *numerus clausus* ²⁴. A prova de tal mudança é a expressa menção, nos parágrafos do art. 226, à união estável (§3º) ²⁵ e à família monoparental (§4º) ²⁶. Note-se que não há óbices para que a configuração familiar seja de natureza hétero ou homoafetiva, como afirmou o Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 132:

A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil ²⁷.

Em tal decisão, histórica no direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, deu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Assim, a suprema corte brasileira reconheceu a possibilidade da formação de união estável por pessoas do mesmo sexo.

24 No mesmo sentido, quanto o caráter exemplificativo do rol trazido no art. 226 da Constituição Federal, F. TARTUCE, *Manual de direito civil*, XI ed., Método, Rio de Janeiro, 2021, p. 2041. Ressalte-se, contudo, que fica mantido o princípio da monogamia, como ressaltou o Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento do recurso extraordinário (RE) 1045273: «É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil)» (STF, Pleno, RE 1045273/SE, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-12-2020, P. DJe. 09-04-2020).

25 «§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento».

26 «§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes».

27 STF, Pleno, ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, rel. min. Ayres Britto, j. 05-05-2011, P. DJe. 14-10-2011.

2.2_ A FAMÍLIA MONOPARENTAL

Como visto²⁸, a Constituição Federal não restringiu a entidade familiar àquela formada pelos cônjuges ou companheiros e sua prole. Também no tocante à entidade familiar ora em análise, o diploma normativo de referência continua sendo a Constituição Federal, visto que o Código Civil de 2002 não trouxe grandes inovações acerca do tema, restringindo-se a regradar situações particulares, nos arts. 1.631 e 1633, sem fazer referência expressa ao termo²⁹.

O constituinte originário preocupou-se, no §4º do art. 226, em garantir a mesma proteção prevista no *caput* do referido artigo à *família monoparental*, entendida, nas palavras do texto constitucional, como «a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes». Trata-se de reconhecimento a nível constitucional de uma situação fática que sempre existiu nas sociedades, mas não configurava uma categoria específica³⁰. O termo, usado pela primeira vez em 1981 pelo *Institut national de la statistique et des études économiques* francês³¹, pela sua própria morfologia, é autoexplicativo, bastando, para tanto, a definição dada pelo constituinte, para os fins do presente artigo.

Deve-se ressaltar que a proteção à família monoparental visa priorizar a criança e o adolescente, garantindo-lhes o direito de desfrutar de todas as benesses outrora concedidas somente aos filhos nascidos em famílias constituídas pelo matrimônio³². Ou seja, em tal ponto, há de prevalecer o princípio do melhor interesse da criança, o que é de total relevância para o escopo do presente artigo.

Deve-se ressaltar que, assim como os demais modelos de entidade familiar, a família ora analisada prescinde do caráter biológico no tocante à filiação, compreendendo, também, a filiação adotiva e a socioafetiva. Deve-se ressaltar, ainda, que, embora o texto constitucional faça referência à «comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes», a doutrina interpreta o dispositivo de forma extensiva, compreendendo, também, as configurações familiares formadas «pela avó/avô, ou um parente, ou mesmo um terceiro qualquer “chefiando” a criação de um ou mais filhos»³³.

28 *Supra*, n. 2.1.

29 G.W. GOLDENBERG-C. RAMOS, *Uma interlocução entre o direito e a psicanálise: famílias monoparentais podem propiciar uma convivência familiar e serem estruturantes para a formação do psiquismo de crianças e adolescentes?*, in *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, 25, 2019, p. 23.

30 Nesse sentido, E.O. LEITE, *Famílias Monoparentais*, II ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 21.

31 *Ibidem*.

32 A.J. PEREIRA JR., *A co-regulação da família pelos círculos sociais (sociedade civil e Estado): um diálogo com a Constituição Federal do Brasil*, in O. MEZZAROBÀ-R.J. REGO FEITOSA-V.O. SILVEIRA-V.C. SÉLLOS-KNOERR (org.), *Direito de família – Coleção Compedi/Unicuritiba*, Curitiba, 2014, p. 21.

33 R.C. PEREIRA, *Dicionário de direito de família e sucessões*, Saraiva, São Paulo, 2015, p. 303. No mesmo sentido, G.W. GOLDENBERG-C. RAMOS, *Uma interlocução entre o direito e a psicanálise*, cit., p. 35.

3_ A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Após traçar algumas linhas acerca da ideia de família no direito brasileiro e da entidade familiar monoparental, passa-se, pois, à análise da gestação por substituição. Já de início deve-se ressaltar que não se trata da chamada “barriga de aluguel”, termo esse muitas vezes usado erroneamente³⁴ para se referir à figura em questão. Isso porque, ao contrário do ensejado pelo termo “aluguel”, na gestação por substituição não há qualquer retribuição à mulher que carregará a criança em seu ventre, conduta esta não admitida pelo direito, brasileiro, por importar uma verdadeira reificação do indivíduo³⁵.

A gestação por substituição ocorre em situações nas quais determinada mulher oferece o útero para a gestação da criança de outrem, sem que haja qualquer contraprestação para tal fim. Assim, é de fundamental importância a autonomia da vontade da cedente e o escopo de liberalidade de tal ato.

Na doutrina italiana, é interessante a observação de Nisticò³⁶, segundo o qual o termo mais correto a ser usado seria “gestação por outras”³⁷, não tanto para se adequar à tendência de uma linguagem mais “eufemística” ou politicamente correta, mas para evidenciar a real e efetiva vontade das partes, de concordarem a substituição da gravidez e do parto, e não acerca da maternidade³⁸.

Como dito, é a onerosidade da cessão do útero pela mulher, o que feriria o art. 13 do Código Civil³⁹. Contudo, é possível o reembolso de despesas tidas pela mulher durante a gravidez, como gastos médicos, despesas de alimentação, entre outras. Isso porque, trata-se de despesas intimamente ligadas à sobrevivência da gestante durante o período de gravidez⁴⁰ e, se ela cede o ventre em pura liberalidade, nada mais justo que seja permitido o reembolso de tais gastos. Ademais, não faria sentido a proibição

34 Nesse sentido, A.S. BARBOSA, *A licitude da gestação de substituição no Brasil: atualizações a partir da resolução CFM nº 2.294/2021*, in *Revista Conversas Civilísticas*, 1, 2021, p. 8.

35 M. AGUIAR, *Direito à filiação e bioética*, Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 109.

36 *La gestazione per altri: brevi considerazioni a partire dall'esperienza statunitense*, in P. PERLINGERI (a cura di), *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, pp. 367-368, nt. 1. Pede-se vênica para destacar uma observação curiosa. Segundo o autor, já nos tempos bíblicos havia casos de “gestação por substituição”, obviamente não por técnicas de reprodução assistida e tampouco com o sentido atual da expressão. O autor (p. 368, nt. 3) cita o caso de Sara e Abraão (Gn. 16, 1-12), a qual, sendo já de idade avançada e não podendo gerar filhos, consentiu com a união do marido com sua escrava, Agar, de cuja união nasce Ismael, o primogênito do patriarca.

37 «*Gestazioni per altri*», nas palavras do autor.

38 No mesmo sentido, A. LA TORRE, *Maternità «surrogata» e gravidanza «di urgenza»: la c.d. locazione dell'utero*, in *Giust. Civ.*, 50, 2000, pp. 267-286.

39 «Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes».

40 N. ARAÚJO-D. VARGAS-L.C.V. MARTEL, *Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado*, in R.C. PEREIRA (coord.), *Família: entre o público e o privado – Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Magister-IBDFAM, Porto Alegre, 2012, p. 216.

do reembolso de tais despesas sendo que o próprio ordenamento jurídico brasileiro permite a prestação de alimentos gravídicos à gestante durante o período gestacional⁴¹.

No Brasil, não há lei que regule a gestação por substituição. A matéria é regulamentada pela resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que trata das normas relativas à reprodução assistida (RA). Há também regulamentação pelo art. 17, §1º, do Provimento nº. 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual disciplina a questão procedimental nos ofícios de registro civil para o devido estabelecimento da filiação⁴², bem como pelas corregedorias de justiça dos estados. A resolução, em face ao vácuo normativo em relação à matéria, traça alguns critérios e requisitos para que seja possível a cessão do útero.

O primeiro requisito, previsto no *caput* do item VII da resolução, diz respeito à condição das pessoas que buscam um ventre solidário. Exige-se que estas sejam mulheres com problemas de saúde que impeçam ou contraindiquem a gravidez, pessoas em união homoafetiva ou solteiras⁴³. Determina-se, também, que a cedente tenha ao menos um filho vivo e seja parente em até quarto grau de um dos parceiros, delegando aos Conselhos Regionais de Medicina a competência para analisar casos que não se enquadrem nas exigências⁴⁴. Ainda, traz vedação expressa ao componente lucrativo ou comercial, nos termos já definidos⁴⁵. Por fim, traz um rol de documentos exigidos, com destaque para o termo de consentimento livre e esclarecido assinado por todos os envolvidos, bem como o termo de compromisso entre as partes, no qual deve ficar bem clara a questão atinente à filiação da criança.

É notório que, no plano internacional, existe uma variedade de regramentos acerca da gestação por substituição. Bem sabe-se que existe um verdadeiro “turismo” de pessoas com condições financeiras, as quais se dirigem a outros países onde determinadas técnicas são permitidas (notoriamente, a chamada “barriga de aluguel”), ao contrário de seu país de residência⁴⁶. Um desses destinos são os Estados Unidos da América, onde existem cinco hipóteses de regramento

41 Ibidem.

42 «§1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação».

43 «As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de RA para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira».

44 «1. A cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina».

45 «2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente».

46 N. ARAÚJO-D. VARGAS-L.C.V. MARTEL, *Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado*, cit., p. 212.

da matéria⁴⁷. Na primeira hipótese, a lei disciplina expressamente a matéria. Em tal hipótese, observada, por exemplo, em *New York*, há vedação de cessão unicamente a título oneroso, sendo lícitas as cessões a título gratuito. Também nesta hipótese enquadram-se os estados de *Michigan* e *Indiana*, nos quais há vedação expressa a todos os tipos de cessão do útero, impondo-se a nulidade a todos os negócios jurídicos sobre a matéria, sejam eles a título gratuito ou oneroso, sendo que os últimos são considerados *criminal charges*.

No segundo modelo, observado, por exemplo, em *Montana*, *Idaho*, *Wyoming*, *Iowa*, *Tennessee*, *Oklahoma*, *Mississippi*, *Minnesota*, *Kansas* e *Colorado*, não havendo uma vedação expressa à prática, esta é considerada lícita em virtude de um princípio geral de liberdade. Há, ainda, estados, como *Texas*, *Virginia* e *Florida*, nos quais a lei consente a cessão a título gratuito, porém estabelece limites, como a prévia homologação judicial do acordo, ou permitindo o acesso a tal técnica a pessoas casadas.

Em outros estados, como em *North Dakota*, *Illinois*, a lei permite a gestação por terceira pessoa, garantindo determinados direitos aos interessados em eventuais conflitos com a cedente, ou, ainda, em outras hipóteses, são os tribunais a atingir os mesmos resultados, em virtude da *common law*, como em *Wisconsin*. Por fim, há estados nos quais a lei é totalmente tolerante em relação à gestação por terceira, a título gratuito ou oneroso, como *California* e *Nevada*, ou aqueles em que a mesma disciplina é assegurada pela *common law*, como o *Maine*.

Na Itália, a chamada *maternità surrogata* não é permitida, seja no campo privado, seja no campo público⁴⁸. A lei nº. 40 de 19 de fevereiro de 2004, veda expressamente a realização, organização e publicização do comércio de gametas ou embriões, ou a subrogação da maternidade, impondo, a quem incorre em tal hipótese, a pena de três meses a dois anos de reclusão, além de multa variável entre seiscentos mil e um milhão de euros⁴⁹. Em consonância com o dispositivo legal, a jurisprudência italiana reafirma a ilegalidade da conduta. A *Corte Costituzionale* já se manifestou sobre o tema, considerando-o incompatível com a dignidade da mulher⁵⁰ e vetando tanto a

47 As hipóteses são elencadas por M. NISTICÒ, *La gestazione per altri: brevi considerazioni a partire dall'esperienza statunitense*, cit., pp. 373-374.

48 Cfr. M. NISTICÒ, *La gestazione per altri: brevi considerazioni a partire dall'esperienza statunitense*, cit., p. 375; A. GATTO, *Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2015, p. 1092. Ainda sobre o tema, vide E. GRASSO-E. MOSTACCI, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in *Pol. dir.*, 2, 2021, pp. 149-192.

49 «Art. 12. 6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

50 Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79.

casais hétero quanto homoafetivos⁵¹. Também a *Corte di Cassazione* já se manifestou acerca da ilegalidade da *maternità surrogata*, a qual violaria a dignidade da gestante e demais princípios, os quais prevaleceriam ao interesse do menor⁵².

4_ AS LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE

Após traçar algumas linhas acerca da família, deve-se, necessariamente, fazer referência às licenças maternidade e paternidade. Não se analisará as figuras do ponto de vista do direito previdenciário⁵³, mas sob a ótica constitucional, para os fins do presente trabalho.

De início, cabe ressaltar que a Constituição Federal impõe ao Estado o dever de proteção à maternidade e à infância⁵⁴. Em consonância com tais disposições, o constituinte originário inseriu, no rol dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal de 1988, as licenças maternidade (XVIII) e paternidade (XIX)⁵⁵. Quanto à primeira figura, a Constituição não inovou, vez que já havia previsão semelhante desde a constituição de 1934⁵⁶, inovando, porém, em relação à licença paternidade, não prevista nos textos constitucionais anteriores⁵⁷.

É importante notar que o Constituinte previu expressamente o tempo da licença concedida à gestante, não o fazendo, porém, em relação ao pai, deixando tal regulamentação para a legislação infraconstitucional, a qual não foi editada até os

51 Corte cost. 09 marzo 2021, n. 33: «*Non sussisterebbe, infine, alcuna discriminazione in base all'orientamento sessuale, atteso che la surrogazione di maternità è vietata tanto alle coppie eterosessuali, quanto a quelle omosessuali*».

52 Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193: «*il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dalla L. n. 40/2004, art. 12, comma 6, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione*». Para uma análise do presente pronunciamento jurisprudencial, vide M. FORTINO, *L'omogenitorialità di fronte alla Corte costituzionale: decisioni prudenti o insoddisfacenti?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2021, pp. 642-651.

53 Sobre os aspectos previdenciários da licença maternidade, vide F.Z. IBRAHIM, *Curso de direito previdenciário*, XX ed., Impetus, Niteroi, 2015, pp. 657-666.

54 «Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição».

55 «Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei».

56 E. MALLET-M. FAVA, *Comentário ao art. 7º, XVIII*, in J.J. GOMES CANOTILHO-G.F. MENDES-I.W. SARLET-L.L. STRECK (coord.), *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 1249.

57 *Ivi*, p. 1252.

dias atuais. Contudo, até o advento do referido provimento legislativo, o constituinte estipulou, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁵⁸, o prazo de cinco dias para licença paternidade.

Trata-se de benefício concedido não só em casos de filiação biológica, mas, também, em caso de adoção. Tal extensão se deu com a lei nº. 10.421/2002, a qual inseriu o art. 392-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Após a edição da lei nº. 13.509/2017, o referido dispositivo passou a ter a seguinte redação: «À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei».

É um benefício que, na qualidade de direito fundamental, visa proteger tanto a gestante quanto a criança, sempre tendo em vista seu melhor interesse. Assim, entendimentos contrários ou reducionistas levam a um tratamento discriminatório e a uma indevida interferência no planejamento familiar⁵⁹.

5_ LICENÇA CONCEDIDA A SERVIDORES PÚBLICOS

No item anterior⁶⁰, fez-se referência aos aspectos constitucionais da licença-maternidade e paternidade concedida às trabalhadoras e trabalhadores. Contudo, deve-se observar que os entes federativos e as autarquias podem criar regimes jurídicos próprios para seus servidores, sem prejuízo da possibilidade de se adotar o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Trata-se do regime estatutário, no qual uma lei específica (estatuto) rege toda a vida funcional dos servidores, criando direitos e impondo deveres, e regulando os demais aspectos funcionais⁶¹.

Contudo, no tocante às licenças ora em questão, os entes federativos podem criar regras específicas. Isso porque, a lei nº. 11.770/2008⁶², ao instituir o Programa Empresa Cidadã, permitiu a prorrogação dos prazos das licenças-maternidade e paternidade para os prazos de cento e oitenta e quinze dias, respectivamente⁶³.

58 «Art. 10. § 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias».

59 Cf. Voto do min. Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no recurso ordinário em mandado de segurança (RMS) nº. 48388: STJ, Primeira Turma, RMS nº. 48388/SC, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. para o acórdão min. Sérgio Kukina, j. 23-05-2018, P.DJe. 26-06-2018.

60 *Supra*, n. 4.

61 O. MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, XXI ed., Fórum, Belo Horizonte, 2018, p. 275.

62 «Art. 1º. É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: I – por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal; II – por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no §1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias».

63 M.S.Z. DI PIETRO, *Direito administrativo*, XXVII ed., Atlas, São Paulo, 2014, p. 671, nt. 26.

Embora a lei seja, em princípio, destinada ao setor privado, o legislador atentou-se em estender, expressamente, sua aplicação à administração pública⁶⁴. E tal permissão foi seguida pelos entes federativos. No tocante à União, embora não sido tenha alterado expressamente o art. 207, da lei nº. 8.112/1990 (estatuto dos servidores públicos federais), foi editado, pela Presidência da República, o decreto nº. 6.690/2008, o qual incorporou a prorrogação das licenças. No estado de São Paulo, a prorrogação foi anterior à lei nº. 11.770/2008, sendo instituída pela lei complementar nº 1.054/2008, de 07 de julho daquele ano.

Contudo, tendo em vista a discussão anteriormente feita neste trabalho, no tocante à concepção de família, em particular a chamada *família monoparental*, bem como a problemática em torno à gestação por substituição, põe-se a questão relativa aos homens *single* que se tornam pais por adoção ou mediante gestação por substituição. Isso porque, pelos textos constitucional e legislativos, a licença mais longa é concedida apenas às mulheres gestantes. Assim, nota-se que ficam configuradas situações de discriminação, não só em relação ao genitor unilateral, mas, principalmente, em relação à criança. Isso porque, deve-se sempre priorizar o seu melhor interesse, princípio este que deve nortear o Estado em todas as políticas públicas voltadas às crianças e aos adolescentes⁶⁵.

A criança necessita de cuidados especiais, sobretudo nos primeiros meses de vida, independente do gênero de seu genitor ou genitora. E, nos casos de famílias monoparentais, há somente um responsável pelo menor. Além dos cuidados físicos, a criança necessita também de afeto, carecendo de atenção integral do genitor ou genitora.

A problemática em questão, não é exclusiva aos servidores públicos, mas, também, aos trabalhadores privados. Contudo, tratar-se-á dos primeiros, tendo em vista a legalidade estrita à qual se encontra vinculada a administração pública, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Assim, enquanto não houver lei regulamentando a matéria, o Judiciário será chamado a definir a questão, como nos casos que ora se passa a analisar.

64 «Art. 2º. É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei».

65 C.F.P. COLUCCI, *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*, dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 28. Ainda sobre o princípio do melhor (ou maior) interesse da criança, vide T.S. PEREIRA, *O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática*, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, VI (2000), pp. 31-49.

6_ ANÁLISE DE JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Para o presente trabalho, foram escolhidos alguns casos analisados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Por óbvio, tendo em vista as dimensões do Judiciário brasileiro, torna-se praticamente impossível, em um artigo, analisar a jurisprudência de todos os tribunais acerca do tema, ainda que se trate de matéria relativamente nova.

O caso ora em discussão foi apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Trata-se de mandado de segurança ⁶⁶ interposto por servidor público estatutário de autarquia do estado de São Paulo contra ato coator de autoridade que indeferiu a concessão da licença paternidade, nos termos da licença-maternidade prevista no art. 198 do estatuto dos servidores do estado de São Paulo, pelo período de cento e oitenta dias.

No caso, o impetrante foi pai mediante gestação por substituição, sendo o único responsável pela criança. Contudo, ao solicitar o citado benefício, este lhe foi negado pela autarquia, sob o argumento de que, nos termos do referido dispositivo, a licença só poderia ser concedida a servidoras ou, independentemente do gênero, nos casos de adoção, nos termos de norma interna da autarquia ⁶⁷.

Impetrado o referido mandado de segurança, o juízo de primeiro grau deferiu a antecipação de tutela requerida ⁶⁸. Ao fundamentar a decisão, o magistrado afirmou que a finalidade da licença é conceder à mãe o tempo necessário para prestar os cuidados necessários à criança, presumindo-se a condição de vulnerabilidade e, conseqüentemente, impondo uma necessária proteção pelo Estado. Assim, «(...) a igualdade material impõe o reconhecimento do direito da criança que nasce em quaisquer uma das possíveis formações de família ter a mesma proteção do Estado, o que significa em conceder ao único genitor do núcleo familiar, seja do gênero masculino ou feminino, o mesmo prazo de licença que teria se fosse do sexo feminino, por ser a licença mais longa».

Contra a decisão, foi interposto agravo de instrumento pela autarquia, requerendo a concessão de efeito suspensivo, nos termos do art. 1.019, I, do Código de Processo Civil. Ao ser apreciado, a 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de

66 TJSP, 1ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto, *Mandado de Segurança nº. 1036689-36.2018.8.26.0506*.

67 Resolução nº. 7.036 de 17 de dezembro de 2014 da Universidade de São Paulo.

68 TJSP, 1ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto, *Mandado de Segurança nº. 1036689-36.2018.8.26.0506* (antecipação de tutela), juiz Reginaldo Siqueira, j. 24-10-2018, P.DJe. 30-10-2018.

Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso, sob o fundamento de que a licença deve ser analisada sob a ótica do interesse do recém-nascido, o qual necessita de cuidados especiais após o nascimento, de modo, também, a possibilitar a formação de vínculos afetivos⁶⁹.

Seguindo os autos no primeiro grau, foi concedida a ordem impetrada, nos mesmos termos da decisão interlocutória que antecipou a tutela requerida. A sentença foi submetida ao reexame necessário, nos termos do art. 14, §1º, da lei nº. 12.016/2009, ao qual foi negado provimento. Ao manter a sentença, a 12ª Câmara de Direito Público destacou a missão protetiva do Estado à entidade familiar, inclusive monoparental, pouco importando o gênero do genitor, de modo a se priorizar o convívio familiar da criança⁷⁰.

O mesmo Tribunal analisou a questão relativa ao pai viúvo, cuja esposa ou companheira falece logo após o parto. Nos casos, semelhantes ao anterior, o Tribunal também interpretou o dispositivo de modo a atender sempre o melhor interesse da criança, bem como a necessidade de cuidados e a formação dos vínculos afetivos⁷¹.

Deve-se informar que o Supremo Tribunal Federal julgou, recentemente, o recurso extraordinário (RE) nº. 1348854, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, no qual decidiu-se que «À luz do art. 227 da CF, que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade e do princípio da paternidade responsável, a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai genitor monoparental»⁷².

7_ CONCLUSÕES

Ao encerrar o presente trabalho, é possível explicitar algumas conclusões, sem, novamente, qualquer intenção de se esgotar a discussão acerca do tema.

Primeiramente, deve-se ressaltar que a família monoparental goza da mesma proteção concedida às configurações tradicionais de família, e diferente não poderia ser, sob pena de se ferir a igualdade e a dignidade da pessoa humana, valores fundantes do Estado brasileiro. De tal modo, não pode o legislador criar situações

69 TJSP, 12ª Câmara de Direito Público, *Agravo de Instrumento nº. 2263225-49.2018.8.26.0000*, rel. des. Isabel Cogan, j. 26-02-2019, P. DJe. 08-03-2019.

70 TJSP, 12ª Câmara de Direito Público, *Remessa Necessária Cível nº. 1036689-36.2018.8.26.0506*, rel. des. Souza Meirelles, j. 12-04-2020, P. DJe. 24-04-2020.

71 Nesse sentido, TJSP, 4ª Câmara de Direito Público, *Apelação Cível nº. 1022844-29.2021.8.26.0506*, rel. des. Ferreira Rodrigues, j. 21-02-2022, P. DJe. 25-02-2022, dentre outros.

72 STF, Tribunal Pleno, *RE 1348854*, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 12-05-2022, P.DJe. 24-10-2022.

que restrinjam a proteção à entidade familiar descrita no art. 226, §4º, da Constituição Federal. E, se assim o fizer, cabe ao Judiciário, mediante interpretação conforme, reestabelecer a isonomia.

No Brasil, a gestação por substituição é regida, unicamente, por uma resolução do Conselho Federal de Medicina e pelo Provimento nº. 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça. Assim, a inexistência de lei em sentido estrito causa insegurança jurídica, pois tem-se, principalmente, uma resolução de um órgão de classe regendo matéria que gera efeitos de direito privado e, também, de direito público.

As licenças maternidade e paternidade devem sempre ter como finalidade o interesse da criança, que necessita de cuidados integrais, ao menos nos primeiros meses de vida, sem excluir, contudo, a necessidade de a parturiente recuperar-se após o parto. Também é necessária para a formação dos primeiros vínculos afetivos entre a criança e seus genitores. Assim, situações nas quais se nega tal benefício a pais solo, sob a ótica da legalidade estrita norteadora da administração pública, quebra-se a isonomia, bem como fere-se a proteção constitucional dada à família, independente da sua configuração.

«Mare quidem commune certost omnibus»: o mar no Direito romano

ROSANNA ORTU
Università degli Studi di Sassari

1_ PREMISSA

A presente contribuição parte do conteúdo de alguns significativos versos do *Rudens*, de Plauto¹, o qual, a respeito do mar, escreve:

Plaut., *Rud.* 975: *Mare quidem commune certost omnibus*,
atestando, com certeza, que o mar é bem comum a todos.

Os versos do *Sarsinate* representam o testemunho que mais remonta ao sentimento comum do mar no século III a.C., e constituem o ponto de partida para iniciar uma releitura das fontes jurídicas e literárias, com o escopo de propor uma nova e renovada reflexão no tocante à qualificação jurídica do mar.

Para tanto, o percurso que, de maneira sintética², tentarei desenvolver nesse contexto terá as seguintes linhas de exposição: tratarei da concepção do mar nos autores antigos, considerando algumas fontes literárias, às vezes negligenciadas pela doutrina ou apenas citadas, para, depois, dedicar-me à reconstrução das linhas de interpretação jurisprudencial em relação ao mar, mediante o exame das testemunhas dos juristas, a partir de Labeão e Aristão para chegar até Ulpiano e Marciano, seguindo um *iter* cronológico, que levará a enquadrar as declarações dos juristas, pelo conteúdo dos textos considerados, no âmbito do *ius civile*, do *ius gentium* e do *ius naturale*.

1 Tradução para a língua portuguesa de Laudevino Bento dos Santos Neto da Silveira. Sobre as poucas notícias a respeito da biografia de Plauto, ver M. Schanz, *C. Hosius Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, VIII.1, München 1935 (reimp. 1967), pp. 55 e ss.; F. Della Corte, *Da Sarsina a Roma (Ricerche plautine)*², Firenze 1967, pp. 47 e ss.; E. Flores, *Letteratura latina e ideologia del III-II a.C.*, Napoli 1974, pp. 57 e ss.

2 Um estudo mais amplo sobre a problemática inerente à qualificação jurídica do mar, do ambiente marítimo e da pesca no sistema jurídico romano será objeto de um trabalho científico monográfico de minha autoria, atualmente em fase de elaboração final.

2_ O MAR NAS FONTES LITERÁRIAS

Não é minha intenção ocupar-me, neste trabalho, das problemáticas inerentes ao valor e à oportunidade da utilização de fontes literárias com o fim de reconstruir os institutos jurídicos romanos seja no campo do direito privado ou do direito público. Vale a pena observar, apenas, que, nos estudos mais recentes, o uso das fontes literárias e da tradição analística constitui, desde já, uma referência constante e imprescindível, particularmente se a análise dos textos dos autores antigos é conduzida “con quello spirito e quel metodo che Santo Mazzarino ha insegnato alle scienze romanistiche del nostro tempo”³. Alongar-me-ei somente sobre a questão inerente ao valor do testemunho de Plauto o qual, como se nota, sempre suscitou diversas reflexões críticas por parte da doutrina.

A_ PLAUTO

O testemunho literário mais antigo referente à concepção do mar, como já antecipado na premissa, é representada pelos versos do *Rudens*, de Plauto.

Ao pesquisar um critério metodológico para ler Plauto, a doutrina romanística não é de acordo sobre o valor a ser atribuído aos testemunhos do sarsinate.

Alguns estudiosos consideram que a obra de Plauto não pode constituir um testemunho confiável aos institutos jurídicos romanos daquele período histórico⁴.

3 F. Sini, *Persone e cose: res communes omnium. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 7 (2008), pp. 2 e ss. [www.dirittoestoria.it], o qual observa, em relação ao uso e análise das fontes literárias, que “sovente queste analisi conducono a risultati sorprendenti per il moderno giurista: come ho avuto modo di mostrare, a proposito di Virgilio, nel mio libro *Bellum nefandum*”. Sobre as relações entre analística e direito, remeto à leitura das páginas de S. Mazzarino, *Il pensiero storico classico*, Roma-Bari 1966 [rist. 1988].

4 Veja-se, entre outros, P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1901, pp. 552 n. 2; R. Dareste, *Le droit romain et le droit grec dans Plaute*, in *Nouv. Études d’Hist. du droit*, Paris 1902, pp. 149 e ss.; C. Ferrini, *Sull’origine del contratto di vendita in Roma*, in *Opere*, vol. III, Milano 1929, pp. 57 e ss.; L. Labruna, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell’“emptio” consensuale*, in *Labeo* 14 (1968), pp. 24 e ss. (= *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano 1971, pp. 23 e ss.); Id., *La “romanistica”*, in *Introduzione alla cultura classica*, Milano 1970, pp. 170 e ss.; Id., *Plauto, Manilio, Catone: fonti per lo studio dell’emptio consensuale?*, in *Adminicula*, Napoli 1988, pp. 199 e ss. Por outro lado, parece contraditória a atitude de Th. Mommsen, *Römische Geschichte*, vol. II, Berlin 1861, trad. it. D. Baccini, G. Burgisser, G. Cacciapaglia, Firenze 1972, pp. 903 e ss., o qual afirma que Plauto pode ser considerado com um simples tradutor da comédia antiga e acredita que ele, na qualidade de tradutor, tenha “conservato ciò che gli originali contenevano di buono invece di crearlo e quel tanto che in queste rielaborazioni si può con ogni probabilità considerare come creazione del traduttore non va oltre la mediocrità” (p. 1107). O mesmo autor, contudo, não obstante tenha exprimido esse juízo, utilizou, em outras ocasiões, os textos de Plauto como fonte para a reconstrução de institutos típicos do direito romano. Veja-se, também, G. Impallomeni, *L’editto degli edili curuli*, Padova 1955, p. 90 e ss.: “il commediografo traduce dal greco, e le scene normalmente sono in Grecia; gli accenni giuridici pertanto si riferiscono ad istituti quasi sempre greci e raramente romani” (p. 90), salvo para reconhecer elementos romanos em alguns versos, os quais se referem às temáticas jurídicas (veja-se p. 91, *capt. V. 823; rud. V. 373*).

Assim, L. Labruna, repelindo a confiança das notícias fornecidas pelo comediógrafo, pensa que não podem ser utilizadas nem mesmo como “fonte di cognizione indiretta del diritto (greco o romano che sia) al pari di altre opere letterarie che, pur nella loro atecnicità, erano destinate non alla rappresentazione [...] ma alla lettura”⁵.

Outros estudiosos, por sua vez, reconhecem aos textos de Plauto o valor de fonte indireta de cognição do direito romano. Para eles, nas *fabulae* de Plauto, é possível encontrar elementos típicos do direito romano, não obstante existam fortes contaminações do direito grego. Então, os versos das comédias plautinas trariam notícias úteis para o conhecimento do direito romano⁶.

A doutrina elaborou diversos critérios para individualizar os elementos jurídicos tipicamente romanos contidos nas comédias de Plauto. O Método usado por Costa funda-se na simples análise da utilização dos termos, método que levaria à identificação dos institutos gregos como aqueles indicados pelas palavras gregas, e romanos como aqueles marcados pelo uso de termos latinos. A análise de Costa não é isenta de críticas⁷, também por parte daqueles que reconhecem o valor de conhecimento do direito romano às *fabulae* de Plauto⁸.

A esse propósito, são significativos os estudos de Rotelli, o qual exprime a perplexidade sobre o método utilizado por Costa (e por outros autores) e procura demonstrar a inconsistência de tal método. Rotelli acredita que os textos das comédias devem ser estudados por meio de uma análise filológica, a única capaz de consentir com a individualização “delle aggiunte plautine e trarre dal loro esame uno

5 L. Labruna, *Plauto*, cit. P. 35.

6 Nesse sentido, são expressos A. De Senarclens, *La date de l'édit des édiles de mancipii vendundis*, in *Tijd.* 4 (1923), pp. 384 e ss.; R. Monier, *La garantie contre les vices cachés dans la vente Romaine*, Paris 1930, pp. 19 e ss.; E. Costa, *Il diritto privato nelle commedie di Plauto*, Roma 1890 (rist. an. 1968), 17 e ss.; C.St. Tomulescu, *La “mancipatio” nelle commedie di Plauto*, in *Labeo* 17 (1971), pp. 284 e ss.; G. Rotelli, *Ricerca di un criterio metodologico per l'utilizzazione di Plauto*, in *BIDR* 75 (1972), pp. 97 e ss.; L. Manna, “*Actio redhibitoria*” e responsabilità per vizi della cosa nell'editto de mancipii vendundis, Milano 1995, p. 23; É. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf*, München 1997, pp. 123 e ss.

7 Sobre esse ponto, veja-se as observações críticas de R. Dareste, *Le droit romain et le droit grec dans Plaute*, in *Nouv. Études d'Hist. du droit*, Paris 1902, pp. 149 e ss., o qual é contrário a considerar totalmente romanos as referências ao direito presentes nas comédias de Plauto. L'A. considera que a base da *palliata* plautina seja a representação da realidade grega e não romana tanto é verdade que os diálogos geralmente correspondem a uma tradução fiel dos modelos áticos. Para tanto, Dareste individua, sobretudo, elementos de direito ático nas alusões jurídicas contidas nos versos das *fabulae* de Plauto, ainda que em algumas ocasiões não se possa negar a existência de referências a institutos típicos do direito romano. Da mesma opinião, C. Ferrini, *Sull'origine*, cit., pp. 60 e ss., o qual tende a aplicar a teoria de Dareste para os pontos em matéria de compra e venda. Mais recentes são as críticas sobre a opinião de Costa feitas por L. Labruna, *Plauto*, cit., p. 26.

8 Veja-se, sobretudo, U.E. Paoli, *Comici latini e diritto attico*, Milano 1962, pp. 1 e ss.; G. Rotelli, *Ricerca*, cit., pp. 97 e ss.

schema tipico di ampliamento giuridico”⁹.

Paoli, por sua vez, mediante a combinação da análise filológica e jurídica, procede a uma divisão dos dados jurídicos contidos nos versos plautinos em três categorias: áticos, romanos e áticos romanizados¹⁰.

As metodologias elaboradas por Paoli e por Rotelli, caracterizadas por muitos elementos comuns, têm o mérito de permitir a individualização de numerosos passos, nos quais é certa a intervenção plautina em matéria jurídica.

O comediógrafo, nascido em Sarsina, por volta dos anos 259-251 a.C., e que viveu em Roma até 184 a.C., ano de sua morte, compôs suas *fabulae* entre 204 e 184 a.C.¹¹: vendo-se bem, suas comédias podem ser consideradas fontes úteis para a reconstrução de alguns institutos jurídicos romanos relativos ao século III a.C.

O comediógrafo de Sarsina faz referências à concepção do mar na comédia *Rudens*, escrita entre o fim do século III e os anos iniciais do século II a.C. A comédia,

- 9** G. Rotelli, *Ricerca*, cit., p. 132. O autor acredita que as adições plautinas de matriz jurídica foram inseridas mediante a extensão do esquema típico que já fazia alusão ao direito, ou através da inserção de novas referências jurídicas em contextos que, originalmente, não as continham. Da distinção, segundo Rotelli, a análise filológica, em alguns casos, deverá ser combinada com o exame “delle testimonianze di oratori attici”, a fim de estabelecer com certeza quais conteúdos eram tipicamente romanos e quais, por sua vez, pertenciam ao direito grego.
- 10** U.E. Paoli, *Comici*, cit., p. 46. *Contra* G. Rotelli, *Ricerca*, cit., p. 100. O método de Paoli é assumido e aplicado por F. Treves, v. *Plaut...*, in *NNDI* 13, Torino 1966, pp. 130 e ss.; M.V. Giangrieco Pessi, “*Agentarii*” e *trapeziti nel teatro di Plauto*, in *AG* 201, 1981, p. 45, a qual, além disso, segue a opinião segundo a qual as adições de Plauto aos esboços da comédia ática são justificadas pela exigência de “avvicinare il testo e la trama alla comprensione dei suoi spettatori; cosicché, l’intreccio delle commedie plautine, anche se tratto da un originale greco, riceve, comunque, apporti rilevanti ed originali del poeta latino” (p. 47) e vislumbra no exame do ‘estilo’ das adições plautinas um possível novo critério para suas individualizações: “infatti, pur tenendo presente che lo stile non necessariamente si riconnette al contenuto, tale spirito innovativo potrebbe testimoniare l’esigenza sentita dai commediografi latini ad avvicinarsi agli spettatori” (p. 51). No tocante ao público das comédias de Plauto e à estreita ligação existente entre os espectadores e representação as *palliata*, veja-se os recentes estudos de R.C. Beacham, *The Roman Theatre and its Audience*, London 1991, p. 33; L. Cicu, *Spectator in fabula. Ut aequae mecum sitis gnarures (Poen. 47)*, in *Sandalion*, 18 (1995), pp. 67 e ss.; R. Raffaelli, *Spectator in fabula*, in *Aufidus*, 10 (1996), pp. 7 e ss.
- 11** Sobre a data de início da atividade do comediógrafo de Sarsina, investigada até 204 a.C., v. M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte*, cit., p. 55. Veja-se, entretanto, Cic., de rep. 4.11 (*fragmentum*): *patiamur, inquit, etsi eiusmodi cives a censore melius est quam a poeta notari; sed Periclen, cum iam suae civitati maxima auctoritate plurimos annos domi et belli praefuisset, violari versibus et eos agi in scaena non plus decuit, quam si Plautus, inquit, noster voluisset aut Naevius Publio et Gnaeo Scipioni aut Caecilius Marco Cato maledicere*, no qual Plauto é unido a Névio pelos ataques apertados aos dois Scipione. A partir disso, poder-se-ia deduzir que a produção de Plauto possa alcançar alguns anos antes da morte destes, ocorrida na Hispânia em 212 a.C.: sobre esse ponto, veja-se L. Ferrero, *La letteratura latina*, Firenze 1959, p. 40; E. Flores, *Letteratura*, cit., p. 58 n. 16, o qual é propenso a identificar, nos anos sucessivos a 215 a.C., o início da atividade literária de Plauto. No que se refere à cronologia das comédias plautinas, refiro-me a F. Della Corte, *Da Sarsina*, cit., pp. 47 e ss., o qual acredita que a *Asinaria* se reporta a 207, o *Miles gloriosus* a 205, a *Cistellaria* e o *mercator* a poucos anos anteriores a 200, enquanto, com alguma reserva, o *Stichus* é datado do ano 200 e *Pseudolus* no ano 191. Por sua vez, em relação ao restante da produção de comédias. Della Corte é da opinião segundo a qual devem ser datadas a partir dos anos posteriores a 200 até o ano da morte de Plauto. No mesmo sentido, E. Flores, *Letteratura*, cit., pp. 59 e ss. Sobre a cronologia das *fabulae* plautinas, veja-se, ainda, E. Costa, *Il diritto*, cit., pp. 40 e ss.

que se desenvolve em cinco atos, desenrola-se significativamente na praia (*litus*) de Cirene e, no quarto ato, se lê:

Plaut., Rud. 975 (4.3.5): *Mare quidem commune certost omnibus.*

... *in mari inventust communi* (4.3.38)

... *dicant in mari communi captos* (4.3.42).

O dado interessante, rebatido em mais versos, é que o mar é considerado com certeza (*certost*) bem comum por todos. *Commune* é o termo utilizado pelo comediógrafo para caracterizar, de maneira constante, o mar o aquilo que é ligado a ele.

Nos versos da comédia, o valor de *commune* retorna, seguramente, à noção clássica do termo, segundo a qual *commune*, também nesse contexto, contrapõe-se ao significado de *proprium*¹². Além disso, segundo minha opinião, o testemunho de Plauto deve ser entendido como um daqueles lugares em que o comediógrafo se refere a elementos ‘áticos romanizados’¹³, atestando “un’opinione corrente nel mondo romano già dal III sec. a.C. e generalmente ammessa con continuità in tutto il Mediterraneo”¹⁴. Plauto, portanto, acaba por ser testemunha de uma concepção do mar comum no mundo antigo, difundida e recorrente não somente entre os Romanos, mas também entre os Gregos, os Egípcios e os povos do Oriente Mediterrâneo¹⁵.

12 Nesse sentido, A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine*, v. «*munis*», Paris 1932, p. 421. A esse respeito, veja-se, também, E. Costa, *Il diritto*, cit., pp. 40 e ss., o qual acredita que o termo *commune* encontrado nos versos de Rudens deve ser entendido “come ciò che è di tutti i membri dell’umano consorzio, anche all’infuori degli appartenenti ad un determinato organismo politico”. Na sequência de Costa, também A. Dell’Oro, *Le res communes omnium dell’elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *Studi Urbinati* 31 (1962-1963), pp. 237-290 [ora in I. Fagnoli, C. Luzzatti, R. Dell’Oro, *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di Aldo Dell’Oro*, Milano 2015, pp. 178 e ss.].

13 Veja-se U.E. Paoli, *Comici*, cit., p. 46; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, Roma 1928, p. 598, percebe que a concepção do ‘mar como bem comum para todos’ exprimida por Plauto deriva dos modelos gregos.

14 G. Purpura, “*Liberum mare*”, *acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico*, in *AUPA*, 49 (2004), pp. 165 e ss.

15 Cfr. G. Purpura, “*Liberum mare*”, cit., pp. 165 e ss., o qual delinea em maneira bem ampla e precisa a concepção do mar assumida pelos povos do Mediterrâneo, concentrando-se, particularmente, sobre a visão do mar, do ambiente marítimo e as concessões de pesca no mundo grego, no qual se afirma: “un’istintiva e naturale concezione di libertà in mare, riflessa in un brano delle Leggi di Platone o in un frammento superstite del commediografo Fenicide di Megara in cui, nel III sec. a.C., si dichiara ancora come cosa ben nota, l’appartenenza esplicita del mare alla comunità umana”. L’A., por sua vez, sustenta que “la prassi greco orientale e quella egiziana, ... sembrano in generale in sintonia con la concezione romana non patrimonialistica del mare e delle spiagge. In base alle testimonianze attualmente disponibili, appare infatti possibile riconoscere la persistenza in tutto il bacino del Mediterraneo antico - tanto in Oriente che in Grecia, sia a Roma che in Egitto - della concezione del mare come cosa comune a tutti gli uomini fin da un tempo assai remoto. Sembra poi possibile contestare l’esistenza nell’ambito greco, orientale ed egiziano di un concetto astratto di sovranità sul mare e dunque di acque territoriali e di riserve di pesca, se non limitato alle acque interne, come è stato correttamente indicato per il mondo romano” (pp. 168 e ss.).

B_ CÍCERO

Também no pensamento de Cícero, exprimido em *Pro Roscio*¹⁶, é possível encontrar uma noção do mar estritamente presa aos conceitos de *commune* e de uso comum, e assimilada ao ar, à terra e ao litus:

Cic., *Pro Roscio* 26.72: *Etenim quid tam est commune quam spiritus vivis, terra mortuis, mare fluctuantibus, litus eiectis?*

Uma concepção bem enquadrada na visão ciceroniana de modelo universal¹⁷, fortemente condicionada pela filosofia estoica¹⁸, a qual trará o grande orador a teorizar, em *De officiis*¹⁹, a concessão a todos do uso dos bens gerados pela natureza para o bem comum a todos os homens e por eles desfrutados “como patrimônio de todos e de cada um”:

Cic., *De off.* 1. 51-52: *Ac latissime quidem patens hominibus inter ipsos, omnibus inter omnes societas haec est; in qua omnium rerum, quas ad communem hominum usum natura genuit, est servanda communitas... [52]Una ex re satis praecipit, ut, quicquid sine detrimento commodari possit, id tribuatur vel ignoto. Ex quo sunt illa communia: non prohibere aqua profluente, pati ab igne ignem capere, si qui velit, consilium fidele deliberanti dare, quae sunt iis utilia, qui accipiunt, danti non molesta. Quare et his utendum est et semper aliquid ad communem utilitatem afferendum.*

16 Sobre a data da oração, bastante controversa, a qual é colocada, genericamente, nos anos 83-66 a.C., v. M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte der römischen Literatur*, cit., pp. 489 e ss.; C. Marchesi, *Storia della letteratura latina*, vol. I, rist. Milano 1966, pp. 310 e ss.

17 Sobre a estreita ligação entre a vocação universal e *humanitas*, aponto F. Sini, *Persone*, cit., p. 4, o qual afirma que: “autorevolissimi studiosi hanno sottolineato la forte valenza della nozione romana di *humanitas*; in concreto essa si manifestava come autentica vocazione universalistica che trovò la sua piena ed originaria collocazione nello *ius naturale*”. Sobre a noção romana de *humanitas* nesse período histórico, encaminho a C. Giachi, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l’editto*, Milano 2005, pp. 565 (há uma ampla bibliografia sobre o tema. Mas veja-se, ainda, L. Garofalo, *L’humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 4 (2005), <<http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Garofalo-Humanitas.htm>>, o qual, ao sublinhar as ligações entre *humanitas* e filosofia histórica, escreve: “Con questo termine, nato nel circolo del giovane Scipione, console nel 147 a.C., nel quale la filosofia greca era coltivata accanto alla lingua e alla letteratura latina, si dava espressione, sotto l’impulso di talune correnti di pensiero riconducibili soprattutto a Panezio, a un sentimento forte: quello della dignità e sublimità che sono proprie della persona umana e la pongono al di sopra di tutte le altre creature del mondo. L’*humanitas* coglie dunque il singolare valore dell’uomo, che lo obbliga a costruire la propria personalità, a educarsi sul piano culturale e morale, ma anche a rispettare e favorire lo sviluppo della personalità altrui”.

18 A respeito da influência filosófica estoica sobre o pensamento de Cícero, aponto A. Steinwerter, *Utilitas publica – utilitas singulorum*, in *Festschrift P. Koschaker*, I, Weimar 1939, pp. 84 e ss.

19 Entende-se, de maneira comum, que o *De officiis* seja do ano 44 a.C. Sobre a data da ópera, encaminho a M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte*, cit., pp. 489 e ss.; C. Marchesi, *Storia della letteratura latina*, 8ª ed., vol. I, rist. Milano 1966, pp. 310 e ss. Veja-se, também, em relação aos aspectos jurídicos: F. Hernández-Tejero, *El pensamiento jurídico en Cicerón: de officiis (libro II)*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 15 (1971), pp. 7 e ss.; P.A. Brunt, *Cicero’s officium in the Civil War*, in *JRS* 76 (1986), pp. 12 e ss.

Da passagem de Cícero, emerge, de maneira evidente, como tal concepção universal era “radicada nella mentalità giuridica e nella coscienza civile dei Romani: l'*utilitas communis* sarebbe ‘naturalmente’ anche del singolo, il quale vedrebbe in tal modo tutelati i propri diritti attraverso la tutela di quelli collettivi, in quanto appunto anche suoi, per la parte di propria pertinenza: *eadem sit utilitas uniuscuiusque et universorum*”²⁰, visão que se armoniza com a notável definição de *res publica* ciceroniana, na qual é mencionada a *utilitas communio* entre os elementos constitutivos do *populus*²¹:

Cic., De re publ. 1.39: ‘*Est igitur,*’ inquit Africanus, ‘*res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*’.

Parece evidente que, no pensamento ciceroniano, o mar é enquadrado em uma visão bem precisa e de mais amplo alcance, do qual deriva uma utilidade jurídica comum aos homens considerados singularmente como cidadãos e coletivamente como *Populus*.

C_ OVÍDIO

A doutrina romanista²², desde os tempos mais remotos, cita uma passagem das Metamorfoses²³, de Ovídio²⁴, como exemplos de testemunhos do uso comum do mar:

Ovid., Met. 6.349-355: *Quid prohibetis aquis? Usus communis aquarum est
Nec solem proprium natura nec aera fecit
Nec tenues undas, ad publica munera venit.*

No texto, na realidade, não se menciona literalmente o mar, mas se refere,

20 G. Sanna, *Il mare patrimonio dell’umanità: l’esperienza giuridica romana*, in *IV settimana della cultura scientifica*, Sassari 1996, p. 2. A visão de Sanna é completamente compartilhada por F. Sini, *Persone*, cit., p. 4.

21 Cfr. G. Sanna, *Il mare*, cit., p. 2; F. Sini, *Persone*, cit., p. 4.

22 Veja-se, entre outros, E. Costa, *Le acque nel diritto romano*, Bologna 1919, p. 95; B. Biondi, *La condizione giuridica del mare e del «litus maris»*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi*, vol. I, Palermo 1925, p. 4, n. 3; V. Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. II, Roma 1928, p. 131; A. Dell’Oro, *Le res*, cit., p. 179; G. Sanna, *Il mare*, cit., p. 1; F. Sini, *Persone*, cit., p. 15, n. 9.

23 Sobre as Metamorfoses, veja-se M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte der römischen Literatur*, vol. II, cit., pp. 235 e ss.; L. Castiglioni, *Studi intorno alle fonti e alla composizione delle Metamorfosi*, Pisa, 1906; A. Rostagni, *Il verbo di Pitagora*, Torino 1924, pp. 248 e ss.; A. Menzione, *Ovidio. Le metamorfosi. Sintesi critica e contributo per una rivalutazione*, Torino 1964.

24 Sobre o poeta Ovídio, aponto M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte*, cit., pp. 206 e ss., (há literatura precedente).

genericamente, ao uso comum da água: no contexto específico, as palavras pronunciadas pela filha do Titã aludem ao uso da água lacustre que, como outros bens naturais gerados pela natureza (cita-se como exemplos, também, o sol e o ar), não são de propriedade de indivíduos, mas de uso comum.

O pensamento de Ovídio é interessante porque o autor latino, que viveu no período entre os séculos I a.C. e I d.C., incluía a água limpa, útil para beber, como um bem de uso comum, confirmando, totalmente, a visão ciceroniana.

D_ VIRGÍLIO

A visão do mar por parte de Virgílio²⁵ pode ser verificada em alguns versos de Eneida:

Verg., Aen. 7.228-230: *Diluvio ex illo tot vasta per aequora vecti / dis sedem exiguam patriis litusque rogamus / innocuum et cunctis undamque auramque patentem*, nos quais o grande poeta fala sobre extensões marinhas, do litus, e augura água e ar livres para todos.

E_ SÊNECA

Finalmente, o pensamento de Sêneca²⁶ no tocante ao mar, fortemente marcado pela filosofia estoíca²⁷: em *De beneficiis*, obra habitualmente situada pelos estudiosos

25 No tocante à biografia e as obras de P. Virgílio Maro, encaminha-se a M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte der römischen Literatur*, vol. II, cit., pp. 31 e ss. Sobre a obra de Virgílio nos estudos romanistas veja-se F. Stella Maranca, *Il diritto romano nell'opera di Virgilio*, in *Historia*, 4 (1930), pp. 577 e ss.; F. Sini, *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"*, Sassari 1991, (há esmerada bibliografia virgiliana à qual se encaminha).

26 Sobre o filósofo, veja-se M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte der römischen Literatur*, vol. II, cit., 679 e ss.; C. Marchesi, *Seneca*, Milano-Messina, 1944, pp. 217 e ss.; I. Lana, *L. Anneo Seneca*, Torino 1965. Sobre o pensamento jurídico de Sêneca, veja-se F. Stella Maranca, *Seneca giureconsulto*, Lanciano 1926; R. Düll, *Seneca iureconsultus*, in *ANRW* II.15, Berlin-New York 1976, pp. 364 e ss. (sobre este, veja-se as considerações críticas de M. Talamanca, *Per la storia della giurisprudenza romana...*, cit., pp. 195 e ss.); A. Mantello, *'Beneficium' servile - 'debitum' naturale. Sen.*, de ben. 3.18.1 e ss. - *D. 35.1.40.3 (lav., 2 ex post. Lab.)*, Milano 1979; P. Grimal, *Seneca*, trad. it., Milano 1992; M. Brutti, *Il potere, il suicidio, la virtù. Appunti sulla 'Consolatio ad Marciam' e sulla formazione intellettuale di Seneca*, in A. Calore (a cura di), *Seminari di storia e di diritto*, Milano 1995, pp. 65 e ss. Do último, C. Giachi, *Studi*, cit., pp. 563 e ss.

27 Cfr. C. Giachi, *Studi*, cit., 563 e ss., observa que "Seneca, ad esempio fu una sorta di collettore e filtro e, con il suo vasto e vario orizzonte culturale, oltre che grazie alla sua posizione a fianco del principe, operò come mediatore, veicolando idee e tensioni nella cultura a lui contemporanea. La sua formazione principalmente, ma non unicamente, stoica lo condusse a una profonda ricerca etica".

entre os anos 54-64 d.C.²⁸, o filósofo escreve:

Sen., De ben. 4.28: *Deus quoque quaedam munera in universum humano generi dedit, a quibus excluditur nemo; nec enim poterat fieri ut ventus bonis viris secundus esset, contrarius malis: commune autem bonum erat, patere commercium maris, et regnum humani generis relaxari.*

Na óptica filosófica da obra, na qual se analisa o sentido de dar e de receber, Sêneca observa que também Deus deu como dom a todo o gênero humano algumas coisas das quais ninguém é privado e cita diretamente o mar, atestando sua utilidade comum. Da análise das fontes literárias examinadas nesse parágrafo, referindo-se especificamente ao mar e, em geral, à água, parece evidente como este, se comparado aos outros entes naturais, a partir do século III a.C. até o século I d.C., foi considerado pelos autores antigos bem comum, do qual a comunidade consegue a utilidade comum do ambiente marinho pelos seres humanos.

3_ LINHAS DE INTERPRETAÇÕES JURISPRUDENCIAIS: A) O MAR NO IUS CIVILE

Dos testemunhos com maior destaque emitidos pelos juristas romanos, é possível delinear uma configuração do mar capaz de enquadrá-lo do ponto de vista jurídico no âmbito do *ius civile*²⁹ (na sua acepção *stricto sensu* de *ius proprium civitatis*, aplicável somente aos cives romanos) entre as *res publicae*³⁰.

Em tal óptica, é possível posicionar a visão jurídica do mar que emerge seja em uma passagem de Labeão³¹, como em um texto de Aristão³².

28 Sobre a data da obra, veja-se M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte*, cit., pp. 679 e ss.

29 Para uma visão do mar no âmbito do *ius civile*, encaminho a um interessante ponto de vista de P. Maddalena, *Il diritto dell'uomo alla conservazione e gestione del mare: azione e giurisdizione*, in *Les zones protégées en Méditerranée: espaces, espèces et instruments d'application des conventions et protocoles de la Méditerranée (Actes de colloque, Tunis - Novembre 1993)*, Tunis 1995, pp. 251 e ss.

30 Sobre a *res publicae*, remeto a M.G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino 1999, com ampla bibliografia precedente sobre o tema. Mas veja-se, também, F. Sini, *Persone...*, cit., pp. 6 e ss., o qual, a respeito do significado da expressão *res publicae*, escreve: “è oltremodo semplice e pregnante nello stesso tempo: come insegnano i linguisti, la etimologia dell'espressione porta a *res populi* (*populicae*, *populicae*), cioè alle *res* del Popolo romano; ma l'espressione *res publica populi Romani* stava anche a designare l'organizzazione politica del *Populus Romanus*, che noi moderni siamo soliti distinguere tra repubblica e impero”.

31 Sobre Labeão, encaminho a A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo. Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 1, Halle 1873, pp. 68 e ss. Para os fragmentos das obras de Labeão, encaminho a O. Lenel, *Paltingenesia iuris civilis*, vol. I, Lipsiae 1889, col. 544 e ss. Veja-se, ainda, F.P. Bremer, *Jurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, II, I, Lipsiae 1898, 142; Ph. Huschke, E. Seckel, B. Kübler, *Jurisprudentiae Anteiustinianae reliquiae*, 6a ed., vol. I, Lipsiae 1908, p. 61, e também H. Funaioli, *Grammaticae Romanae fragmenta*, Lipsiae 1907, p. 557.

32 Para os fragmentos de Aristão, encaminho a O. Lenel, *Paltingenesia*, vol. I, cit., col. 70 e ss.

A opinião de Labeão é transmitida por um fragmento de Ulpiano³³:

D. 43.12.1.17 (Ulp. 68 *ad ed.*): *Si mari aliquid fiat, Labeo competere tale interdictum: ne quid in mari inve litore quo portus, statio interve navigio deterius fiat.*

Ulpiano, no texto do comentário ao livro 68 *ad edictum*, inserido pelos compiladores justinianeus no título XII do livro 43 do Digesto “*De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*”, reporta-se ao pensamento de Labeão, o qual atesta que ao fim do século I a.C. e ao início do século I d.C. concedia-se, em via útil³⁴, o interdito popular para a navegabilidade dos rios. Labeão, de maneira muito clara, escreve que “quando se fizer alguma coisa no mar, compete o *interdictum* que estabelece a proibição de se fazer qualquer coisa no mar, na praia, que torna ou possa tornar pior o porto ou a passagem das embarcações”: *interdictum*, como já foi dito, previsto para os rios notoriamente considerados bens públicos pelos juristas³⁵. Nesse caso, a aplicação em via útil do interdito atestaria uma equiparação do mar e da praia aos rios, resultando que, no pensamento de Labeão, o mar apresentava um carácter público³⁶.

Além do mais, os interditos populares, como observa Andrea Di Porto, foram “introdotti in relazione a quelle *res publicae*, che, per il fatto di essere destinate all’uso comune (che coincide con l’uso pubblico), vengono dai giuristi classificate come *res in usu publico*. E di tali *res* gli interdetti popolari caratterizzano il regime, differenziandolo dalle altre *res publicae*”³⁷. À luz dessas considerações, poder-se-ia, portanto, formar uma hipótese segundo a qual, já nos tempos de Labeão, o carácter público do mar era mais orientado a uma concepção na qual prevalece a característica de bem comum de uso público³⁸.

Tal visão é, posteriormente, confirmada pelas palavras de Aristão:

33 A respeito dos fragmentos das obras de Ulpiano, veja-se O. Lenel, *Palingenesia*, vol. II, cit., col. 632 e ss.

34 Sobre a extensão em via útil do interdito sobre a navegabilidade dos rios ao mar, prevista no fragmento de Labeão, veja-se A. Di Porto, *Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino 2013, p. 35, n. 67. Em relação à tutela das *res publicae* mediante os interditos, veja-se F. Sini, *Personae*, cit., p. 7, o qual, justamente, observa: in sostanza, nel sistema giuridico-religioso romano al cittadino, al *quavis* e *populo*, era affidata la gran parte della responsabilità nella tutela delle *res publicae*, attraverso la possibile utilizzazione di strumenti come gli interdetti popolari e *operis novi nuntiatio publici iuris tuendi gratia*. Si trattava di strumenti giuridici che tutelavano un diritto proprio di qualsiasi cittadino, in quanto parte del Popolo romano: un diritto cioè che apparteneva al *civis* (a ciascun cittadino) come membro del popolo e non già al popolo come ente diverso e distinto dal cittadino. I citati interdetti si fondano dunque sulla sovranità dei *cives* e sul generale diritto dei cittadini romani all’uso comune delle *res publicae*. Sobre a tutela dos rios e mares, encaminho a M. Fiorentini, *Fiumi e mari nell’esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano 2003. Veja-se, ainda, G. Santucci, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova 2001, sobre o *operis novi nuntiatio*.

35 A tal propósito, veja-se, entre todos, M. Fiorentini, *Fiumi*, cit., pp. 54 e ss.

36 Veja-se A. Dell’Oro, *Le res*, cit., 194 e ss.; P. Maddalena, *Il diritto*, cit., pp. 251 e ss.

37 A. Di Porto, *Res*, cit., p. 34

38 P. Maddalena, *Il diritto*, cit., pp. 251 e ss.

D. 1.8.10 (Pomp. 6 ex Plaut.): *Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum,*

o qual afirma que assim como se torna privado, aquilo que é edificado no mar, do mesmo modo se torna público o que foi ocupado pelo mar³⁹.

O pensamento de Aristão confirma o caráter público do mar, o qual, nas palavras de Maddalena, “è pubblico e perciò appartiene al *Populus*”⁴⁰. Além disso, da combinação dos dados contidos nos dois textos, de Labeão e de Aristão, e em virtude dessa conotação de bem público, conseqüentemente pertencente ao *Populus*, “ai singoli è concesso edificare nel mare (o sulla spiaggia) purché non si ostacolino gli usi comuni del mare. È in sostanza una forma di uso comune di un bene pubblico”⁴¹. Parece, portanto, que, ao fim da idade republicana e ao início do principado, inicia a traçar seu caminho uma concepção jurídica do mar o qual, por obra dos juristas, é colocado, no âmbito do *ius civile*, entre os bens públicos, e mais especificamente entre os bens públicos de uso comum, substancialmente coincidente com a noção de bens de uso público⁴².

Parece claro que, nesse momento histórico, a atenção dos juristas é voltada a afirmar a possibilidade de uso público pelos particulares em direção ao mar, considerado de per si bem público, em uma acepção que compreende, também, os espaços ocupados pelo mar, desde que isso não piore a utilização do bem público mar para outros sujeitos da coletividade.

A concepção de Labeão e de Aristão encontra reflexos no pensamento de Celso⁴³, o qual, como é sabido, foi membro do *Consilium* de Adriano:

D. 43.8.3 pr.-1 (Cels. 39 dig.): *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, Populi Romani esse arbitror. Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*

O jurista adrianeu confirma o pertencimento da praia ao *Populus Romanus*, nos casos em que se encontra no *imperium* do *Populus Romanus*. Além disso, Celso

39 A propósito desse texto de Aristão, B. Biondi, *La condizione*, cit., p. 279, aponta um evidente contrate lógico. Veja-se, ainda, G. Branca, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, Trieste 1941, p. 218, o qual observa que, nesse contexto, o termo *publicum* é usado apenas para uma imediata contraposição a *privatum* e aquilo que é ocupado pelo mar não é bem privado e encontra-se fora do patrimônio de particulares. Sobre o fragmento de Aristão, veja-se A. Dell’Oro, *Le res*, cit., pp. 194 e ss.

40 P. Maddalena, *Il diritto*, cit., p. 251.

41 P. Maddalena, *Il diritto*, cit., *ibidem*.

42 Veja-se A. Di Porto, *Res*, cit., p. 34.

43 Sobre Celso e as técnicas interpretativas do jurista, encaminho a M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1975. Veja-se, também, C. A. Cannata, *Lo splendido autunno delle due scuole*, in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di Letizia Vacca, vol. II, Torino 2012, pp. 334 e ss.

o uso comum do mar por todos os homens, sublinhando a possibilidade de realizar construções no mar (na passagem que cita, textualmente, a edificação de molhes) desde que tais construções não impeçam o uso do mar ou da praia.

Também nesse texto, emerge uma concepção que prevê o uso público do bem, explicado também na possibilidade de se realizar construções como os molhes, com a única limitação de não impedir o uso comum do mar ou da praia. Nesse caso, vale a pena observar que o princípio privatístico *superficies solo cedit* não encontra aplicação, pois a atribuição do bem a todos e o uso comum de tal bem exercido por todos incluem, também, a possibilidade de construir⁴⁴, e, além do mais, desse princípio deriva o pertencimento do que fora construído ao seu construtor, assim como se entendia no tocante às construções edificadas sobre o *litus maris*, citadas por Nerácio em D. 41.1.14.pr-1:

D. 41.1.14 pr.-1 (Nerat. 5 membr.): *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt. Illud videndum est, sublato aedificio, quod in litore positum erat, cuius condicionis is locus sit, hoc est utrum maneat eius cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam recidit perindeque publicus sit, ac si nunquam in eo aedificatum fuisset, quod proprius est, ut existimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem.*

No fragmento do jurista adrianeu, além da certificação da natureza de bem público do *litus maris*, é confirmada a regra jurisprudencial acerca dos edifícios construídos na praia: o edifício pertence àquele que o construiu e, se o edifício cair e o *litus* readquirir seu estado original, conseguir-se-ia que a praia retornasse à disponibilidade dos *cives* e, portanto, qualquer pessoa poderia utilizá-la para realizar uma nova construção. Uma parte da doutrina acredita que, nesse fragmento, Nerácio qualifica os *litora publica* como *res nullius*, mas, na minha opinião, parece convincente a interpretação proposta por Dell’Oro, o qual, justamente, atendo-se ao dado textual, sustenta que, para o jurista adrianeu, a condição dos *litora publica* não coincide com a das *res nullius*, mesmo que, por alguns versos, possa ser aproximada à da *res nullius*, “nel senso cioè che di esse può appropriarsi il primo occupante: ma, se viene meno la giustificazione della occupazione, che nella specie si trova solo nell’edificazione di

44 Sobre o ponto, encaminho, em particular, a B. Biondi, *La condizione*, cit., p. 277; A. Dell’Oro, *Le res*, cit., p. 195; P. Maddalena, *Il diritto*, cit., pp. 252 e ss. Por fim, veja-se G. Sanna, *Il mare come patrimonio comune dell’umanità: dalla tradizione alcuni spunti per un regime giuridico di tutela ambientale*, in *RDN* 2012, pp. 184 n. 121, o qual aponta, a propósito do regime de aquisição: “che innanzitutto, esso dà luogo ad una inversione del principio generale per cui *superficies solo cedit*, che è alla base dell’acquisto della proprietà *inter privatos*; inoltre, la suddetta proprietà viene meno una volta che *aedificio funditus diruto* sia (cfr. D. 41, 3, 45 pr.-Papin. X Resp.) e la porzione di mare o di lido torni ad essere una *res publica* a tutti gli effetti”.

una costruzione, il lido ritorna ad essere pubblico e proprio per questa conseguenza prevale il carattere pubblico rispetto al carattere di *res nullius* del lido stesso”⁴⁵.

Pode-se, então, concluir que, no âmbito do pensamento dos juristas do final da época republicada até à época de Adriano, o mar, enquadrado no sistema de *ius civile*, era qualificado como bem público e os *prudentes* destacam, em várias ocasiões, o uso comum/uso público que alcança dessa qualificação, atestando também a vigência de uma tutela dos interditos que, como sustentado por Labeão, concretizava-se com a concessão em via útil do interdito popular para a navegabilidade dos rios, nas hipóteses em que ‘se fizesse alguma coisa no mar, na praia, prejudicasse ou pudesse prejudicar o porto ou a passagem das embarcações’.

4_ B) O MAR NO IUS GENTIUM

A partir do século II d.C., a concepção jurídica do mar e de seu uso, no pensamento dos juristas, encontra uma posição no âmbito do *ius gentium*⁴⁶, sistema delineado de forma exemplar por Gaio, em contraposição com o do *ius civile*, em uma célebre passagem das *Institutiones*:

Gai 1.1.: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quae quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*

No tocante ao mar, é interessante a visão de Gaio, o qual, em um trecho das *Res Cottidiane*⁴⁷, cuja leitura, tendo-se em conta as incongruências presentes no

45 A. Dell’Oro, *Le res...*, cit., p. 195.

46 Sobre o *ius gentium* veja-se, entre todos, G. Lombardi, *Ricerche in tema di “ius gentium”*, Milano 1946; M. Kaser, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien 1993.

47 No atinente à paternidade da obra, uma parte da doutrina acredita que não deva ser atribuída a Gaio, esse sentido, exprime-se G. Lombardi, *Ricerche*, cit., pp. 54 e 80. Veja-se, também, A. Dell’Oro, *Le res*, cit., p. 185, o qual afirma que “è comunemente seguita l’opinione che le *res cottidianae* non risalgono a Gaio e che in particolare vi sia un contrasto tra le *Institutiones gaiane* e *res cottidianae*”. Por outro lado, G. Scherillo, *Lezioni*, cit., p. 79, acredita que os materiais da obra sejam de Gaio e não se pode excluir que representam o pensamento de Gaio. Por fim, no mesmo sentido de Scherillo, têm-se o trabalho mais recente de G. Sanna, *Il mare come patrimonio...*, cit., p. 183, o qual destaca que “a prescindere, in questa sede, dalla diatriba dottrinarica sulla paternità dell’opera in esame, comunque correntemente attribuita a Gaio, deve rilevarsi come le *Res cottidianae* siano ritenute l’espressione corrente dei giurisperiti dell’epoca in cui quest’opera vide la luce”.

texto⁴⁸, deve ser integrada por um trecho das Institutas de Justiniano, cujo conteúdo, no dizer de Maddalena, “sembra più vicino all’originale del giurista classico di quanto non lo sia il passo del Digesto”⁴⁹.

D. 1.8.5 pr.-1 (Gai. 2 r. cott. Sive aur.): *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietas⁵⁰ illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt. 1. In mare piscantibus⁵¹ liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant,*

I. 2.1.4-5: *Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietates earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt. Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est causam ibi imponere, in qua se recipiant, sicuti retia siccare et ex mare deducere. Proprietates autem eorum potest intellegi nullius esse, sed eiusdem iuris esse, cuius et mare et quae subiacent mari, terra vel harena.*

As integrações ao texto de Gaio, com base no trecho das Institutas de Justiniano, contribuem para melhor delinear o conteúdo do fragmento do jurista antoniniano:

48 Em relação às incongruências contidas no texto de Gaio, veja-se: G. Branca, *Le cose*, cit., p. 6; G. Lombardi, *Ricerche*, cit., 81; A. Dell’Oro, *Le res*, cit., 183 e ss.; P. Maddalena, *Il diritto*, cit., 253 e ss.

49 P. Maddalena, *Il diritto...*, cit., p. 253 e ss., o qual, a tal propósito, mostra seguir a orientação de A. Dell’Oro, *Le res*, cit., p. 184.

50 Para G. Lombardi, *Ricerche*, cit., p. 81, seria oportuno adicionar *earum*.

51 Segundo G. Branca, *Le cose*, cit., p. 6, a expressão *in mare piscantibus* não seria originária. *Contra*, G. Lombardi, *Ricerche*, cit., p. 81, o qual sustenta a genuinidade das palavras *in mare piscantibus*.

estende-se ao mar e ao *litus maris* a disciplina prevista para os rios e suas encostas, em relação à sua utilização, atestando um uso comum a todos os homens, segundo os princípios do *ius gentium*.

Em poucas palavras, na óptica do jurista antoniniano, o mar e a praia, enquanto mantêm a conotação de bens públicos e, portanto, seu pertencimento ao *Populus*, podem ser, contudo, destinados ao uso comum de todos os seres humanos por direito dos povos (*ius gentium*), que é, contudo, parte do sistema do direito romano, mas considerado, diferentemente do *ius civile, stricto sensu*, aplicável a todos os homens, não somente aos cidadãos romanos⁵², contanto que não se limite o uso público, como destacado também por Scevola em D. 43.8.4, a respeito do *litus maris*.

D. 43.8.4 (Scaev. 5 resp.): *Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur*⁵³.

O jurista antoniniano reitera a regra segundo a qual se permite edificar no *litus*, entretanto, a respeito da validade da mesma regra vigente em época anterior, muda a perspectiva derivada do enquadramento da disciplina no *ius gentium*⁵⁴, pela qual tal possibilidade não se concedia apenas aos *cives*, mas a todos os seres humanos, com o único limite de não impedir o uso público do bem.

Parece evidente, já nesse primeiro reconhecimento de fontes, como na época antoniniana foi delineada a disciplina de uma nova e autônoma tipologia de *res*, tendo como característica sua destinação ao uso por todos os seres humanos: uma categoria de bens como o mar, a praia, os rios e seu leito definidos pelas fontes como *res publicae iuris gentium*, a partir do trecho de Gaio D. 1.8.5 pr.-1, retirado das *Res cottidianae*, examinado pouco acima⁵⁵.

Deve ser destacado, ainda, confirmando o surgimento de tal categoria de *res* nesse momento histórico, como o mesmo Gaio, sempre nas *Res cottidianae* (cujo trecho foi trazido pelos compiladores justinianeus em D. 41.1.1 pr.), mostrou delinear as

52 Veja-se P. Maddalena, *Il diritto*, cit., p. 254. Cfr. Também G. Sanna, *Il mare come patrimonio*, cit., p. 183 n. 117, o qual destaca que “nel III secolo le *res* sottratte al commercio giuridico (*nullius in bonis*, nel linguaggio dei prudentes: cfr. D. 1, 8, 1, pr.-Gai II *Inst.*), e dunque non soggette a divenire oggetto di proprietà civilistica, ma connotate in quanto categoria giuridica a sè, sulla base della destinazione all’uso comune di tutti, sono dette sì di uso pubblico, ma per diritto delle genti (*iuris gentium*)”

53 Uma parte da doutrina acredita que a parte final introduzida por *nisi* não seja genuína e que se trata de uma adição dos compiladores justinianeus. Exprimem-se nesse sentido: E. Costa, *Le acque*, cit., p. 105 n. 1; e F. Maroi, *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1919, p. 164. *Contra*, P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. II [La proprietà], 1, [Opere complete di Pietro Bonfante, IV] Ristampa corretta della I edizione a cura di G. Bonfante e di G. Crifò, con l’aggiunta degli indici delle fonti, Milano 1966, p. 55; G. Branca, *Le cose*, cit., p. 93, n. 1; G. Scherillo, *Lezioni di diritto romano: le cose*, vol. I, Milano 1945, p. 79.

54 É plenamente convencido que, nesse contexto, Scevola faz referência ao *ius gentium* em relação à uma *res* que, posteriormente, será incorporada na categoria das *res communes omnium*, A. Dell’Oro, *Le res*, cit., p. 185

55 Veja-se G. Sanna, *Il mare come patrimonio*, cit., p. 182 n. 117.

características específicas de uma categoria autônoma de *res*, caracterizadas por sua destinação ao uso de todos os homens, atestando-lhes, então, uma titularidade coletiva baseada nos princípios de *ius gentium: quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili [...] et [...] antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est*⁵⁶.

5_ C) O MAR NO IUS NATURALE

A partir do século III d.C., inicia-se um caminho jurisprudencial que dará vida a uma concepção do mar plenamente inserida no âmbito do *ius naturale*⁵⁷.

No século III d.C., a reflexão dos juristas em torno da noção de *ius naturale* assume uma relevância notável, como demonstrado por Paulo⁵⁸:

D. 1.1.11 (Paul. 14 *ad sab.*): *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale,*

o qual, a respeito do *ius naturale*, escreve tratar-se de um *ius semper aequum ac bonum*⁵⁹, com um forte apelo à definição celsina de *ius*⁶⁰ na rerepresentação do *hendíadis bonum et aequum*, o qual, para o jurista, evocaria de maneira específica o direito natural.

As divisões do *ius*, sabiamente formuladas sempre no século III d.C. por Ulpiano em D. 1.1.1, encontram, nos parágrafos 3-4 do fragmento, o enunciado da distinção entre *ius naturale* e *ius gentium*, a qual seguirá no fragmento D. 1.1.6 com a definição de *ius civile*, que completa o discurso ulpiano desenvolvido no primeiro livro das duas *Institutiones*, que informo abaixo:

D. 1.1.1.3-4 (Ulp. 1 *inst.*): *3. Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam*

56 D. 41. 1. 1 pr. (Gai 2 *rer. cott. sive aurer.*). Veja-se G. Sanna, *Il mare come patrimonio*, cit., p. 182 n. 116.

57 Existem inúmeros estudos acerca da concepção de *ius naturale*, entre todos se vê: A. Burdese, *Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 7 (1954), p. 407 e ss.; G. Nocera, *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*, Milano 1962. Por fim, entre os mais recentes, veja-se, P. P. Onida, *Prospettive romanistiche del diritto naturale*, Napoli 2012.

58 Para os fragmentos sobreviventes das obras de Paulo, encaminho a O. Lenel, *Palingenesia*, vol. II, cit., col. 591 e ss.

59 Sobre a noção de *ius naturale* de Paulo, veja-se G. Lobrano, *Uso dell'acqua*, cit., p. 1 e ss.

60 D. 1.1.1pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.* Por fim, sobre a definição celsina de *ius*, veja-se F. Gallo, *Definizione celsina e dottrina pura del diritto*, in *TSDP*, 4 (2011), p. 36 e ss.

istius iuris peritia censeri. 4. Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.

D. 1.1.6 (Ulp. 1 *inst.*): *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur.*

O *ius naturale*, segundo Ulpiano, é o direito comum a todos os seres vivos (*omnia animalia docuit*) e se distingue seja a respeito do *ius gentium*, comum a todos os homens, seja em relação ao *ius civile* que, por sua vez, “è *proprium ipsius civitatis* e che *quisque populis ipse sibi constituit*”⁶¹. Como sustenta Lobrano, “nella concezione giuridica romana, espressa nel *Corpus Juris Civilis*, il diritto si articola in tre grandi sfere concentriche, la più ampia e risalente delle quali è il *ius naturale*, ... cui fanno seguito il *ius gentium*, ... ed il *ius civile*”⁶².

O direito natural surge, portanto, como um novo quadro no qual se posicionam, também, as concepções jurídicas do mar, do ambiente marítimo e, conseqüentemente, o seu uso.

Interessante, a esse respeito, o pensamento de Ulpiano o qual, em D. 47.10.13.7, faz referência à qualificação jurídica do mar e do *litus* no momento em que o jurista avalia a possível concessão da *actio iniuriarum* nas hipóteses nas quais alguém proíba a pesca no mar, ou de lançar as redes de pesca:

D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*): *Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? Sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patitur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. Conductor autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? Me iniuriarum iudicio teneri an non? Et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi*⁶³.

61 G. Lobrano, *Usa dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistemica e de iure condendo*, in *Diritto@Storia. Quaderni di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 3 (2004), pp. 1 e ss. [www.dirittoestoria.it].

62 G. Lobrano, *Usa dell'acqua*, cit., pp. 1 e ss.

63 A respeito das interpolações presentes no texto, particularmente a frase “*Et quidem mare commune omnium est et litora*”, v. E. Costa, *Le acque*, cit., p. 111; S. Perozzi, *Istituzioni*, cit., p. 596, n. 1. Contra, A. Dell'Oro, *Le res*, cit., p. 181.

Para além das problemáticas inerentes à concessão da ação por iniúria para a *fattispecie* prevista no fragmento⁶⁴, no qual se cita, também, a influente doutrina de Pompônio⁶⁵, o dado interessante é que Ulpiano afirma que o mar *commune omnium est*, como as praias e o ar e, em virtude dessa classificação, segundo o jurista, não é admissível proibir a pesca.

Portanto, na concepção do jurista Severiano, o mar aparece qualificado como “una *res di cui tutti possono fruire, e posto nella proprietà di tutti*”⁶⁶. Ulpiano, embora não mencione uma classificação do mar no *ius naturale*, parece ter, contudo, bem presente as características de tal *ius*, já teorizadas em D. 1.1.1.3-4 (Ulp. 1 *inst.*), as quais bem se adaptam à noção de bem que *commune omnium est*, ainda que na óptica do jurista ainda permaneça uma referência ao *ius gentium* no momento no qual refere-se à regra que rege a edificação no mar e no *litus maris* exposta no seguinte fragmento:

D. 39. 1. 1. 18 (Ulp. 52 *ad ed.*): “...*si quis in mare vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, iure tamen gentium suum facit*”,

no qual se reforça a atribuição da propriedade da construção, por *ius gentium*, àquele que construir no mar (ou no *litus maris*). Obviamente, não se trata de um *dominium* de *ius civile*, e tal possibilidade é concedida desde que a construção não tenha causado danos a terceiros, como escreve o mesmo Ulpiano em:

D. 43.8.2.8 (Ulp. 68 *ad ed.*): ... *si autem nemo damno sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit.*

Para completar o quadro do século III d.C. a pouco delineado, pode-se citar, ainda, um texto de Marciano⁶⁷, no qual se confirmam os mesmos princípios presentes em Ulpiano:

D. 1.8.4 pr. (Marcian. 3 *inst.*): *Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen ullius et aedificiis et monumentis abstinenceatur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescripsit.*

O jurista Marciano tem, no entanto, o mérito de ter elaborado uma nova teoria que o levará a superar a visão das *res publicae iuris gentium* e a individualizar uma

64 Veja-se A. Dell’Oro, *Le res*, cit., pp. 180 e ss.

65 Segundo A. Dell’Oro, *Le res*, cit., pp. 192 e ss., o fragmento de Ulpiano testemunharia não apenas o parecer de Pompônio, mas, também, o dos veteres da época republicana.

66 P. Maddalena, *Il diritto*, cit., pp. 251 e ss.

67 Sobre o jurista Marciano, encaminho, entre todos, a L. De Giovanni, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli 1989.

nova categoria de res, independente desta⁶⁸, as *res communes omnium*⁶⁹, as quais são colocadas pelo jurista no âmbito mais geral do *ius naturale*:

D. 1.8.2 pr.-1 (Marcian. 3 *inst.*): *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. 1. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

Trata-se de uma categoria de res cujos elementos caracterizantes já foram enunciados seja por autores latinos⁷⁰ ou por juristas⁷¹, mas o mérito Marciano, provavelmente mediado, também, pelo pensamento de Ulpiano⁷², e fortemente permeado de princípios filosóficos⁷³, foi o de evidenciar uma categoria de bens comum a todos os seres vivente, e, então, a todos os animais, seja na propriedade ou no uso. Nessa categoria de res, própria do *ius naturale*, o jurista, com uma operação lógica bem precisa, introduz imediatamente todos os bens que não têm a ver com a propriedade privada, seguindo uma rígida sistemática: o ar, a *aqua profluens*, o mar com aquilo que lhe é conexo, representado pelo *litora maris*.

A classificação das res nas *Institutiones* de Marciano foi incluída, posteriormente, na Compilação justinianeia, seja no trecho do Digesto trazido acima⁷⁴, ou nas Institutas

68 A respeito, veja-se A. Dell'Oro, *Le res*, cit., pp. 182 e ss.

69 Há um amplo debate na doutrina sobre o valor das *res communes omnium*, sobre o regime jurídico que as caracteriza e sobre sua distinção das *res publicae*. Uma parte da doutrina acredita que *res communes omnium* seriam completamente inexistentes no direito clássico, nesse sentido: E. Costa, *Le acque*, cit., p. 105; S. Perozzi, *Istituzioni*, cit., p. 596; V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., rist. an., Napoli 1978, p. 171; alguns autores, no entanto, sustentam que a categoria seria obra apenas do jurista Marciano, assim P. Bonfante, *Corso*, cit., p. 55; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 237; por sua vez, colocam a origem da categoria no direito clássico V. Scialoja, *Teoria*, cit., p. 131; G. Branca, *Le cose*, cit., pp. 93 e ss.; G. Grosso, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose. Contratti*, a cura di L. Lantella, Torino 1974, p. 93. Sobre a distinção das *res communes omnium* das *res publicae*, encaminho A. Dell'Oro, *Le res*, cit., pp. 188 e ss.

70 Encaminho supra, às fontes literárias no item 2 deste estudo.

71 Veja-se, de modo particular, o testemunho de Celso trazida em D. 43.8.3 pr.-1 (Cels. 39 *dig.*): ... *maris communem usum omnibus...*; e o de Ulpiano em D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*): ... *mare commune omnium est...*, discutidos supra.

72 A. Dell'Oro, *Le res*, cit., p. 180, acredita que Marciano, na configuração das *res communes omnium* tenha sido influenciado pelo conteúdo do fragmento de Ulpiano D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*), no qual o jurista Severiano afirma que: "*mare commune omnium est...*".

73 Veja-se A. Pernice, *Die sogenannten res communes omnium*, in *Festgabe für Dernburg*, Berlin 1900, p. 5 e n. 9; P. Bonfante, *Corso*, cit., p. 46. Sobre esse ponto, cfr. também F. Sini, *Personae*, cit., p. 6, o qual escreve que da più parti è stato rilevato il fatto che Marciano fosse il giurista più imbevuto di cultura letteraria, o almeno il più ricco di allusioni letterarie e filosofiche, e che la categoria delle *res communes* sembra essere non tanto una categoria giuridica, quanto piuttosto un prodotto della speculazione filosofico-letteraria".

74 Uma parte da doutrina acredita que no fragmento D. 1.8.2 pr.-1 (Marcian. 3 *inst.*) tivesse ocorrido uma mescla no trecho original das *Institutiones* de Marciano. Expressam-se nesse sentido os autores com maior destaque a partir de G. Noodt, *ad lib. 1,8 de r. div.*, in *Opera omnia*, vol. I, Napoli 1786, p. 43; C. Ferini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere*, vol. II, Milano 1929, p. 354; F. Maroi, *Sulla condizione*, cit., p. 167. Outros autores, por sua vez, são da opinião de que o texto original de Marciano tenha sido inserido nas Institutas de Justiniano, assim G. Branca, *Le cose*, cit., p. 240; G. Lombardi, *Ricerche*, cit., p. 81; A. Dell'Oro, *Le res*, cit., p. 177.

de Justiniano, na qual se lê:

I. 2.1 pr.-1: *Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit. Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.*

Parece claro que na óptica do imperador Justiniano haja uma ordem bem precisa na *summa divisio rerum*, a qual coincide substancialmente com a enunciada por Marciano, que compreendia, também, as *res publicae*⁷⁵. São citadas *in primis* as *res* comuns a todos por direito natural; depois, seguem-se as *res* públicas (*res* do povo Romano); as *res* de uma coletividade (*universitas*); as *res* de ninguém (*nullius*) e, por último, as *res* dos particulares, as quais representam significativamente a grande parte de todas as *res* (*pleraque*).

O imperador Justiniano reitera, portanto, a inclusão definitiva do mar e do *litus maris* na categoria das *res communes omnium* por direito natural, concluindo, assim, um percurso de interpretação jurisprudencial iniciado por Labeão no final do século I a.C.

6_ CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS. DO USUS OMNIUM AO DOMINIUM OMNIUM: O MAR COM PATRIMÔNIO COMUN DA HUMANIDADE

A este ponto é possível traçar a fila do percurso jurisprudencial reconstruído neste breve caminho, no qual emergiram dados bastante interessantes a respeito da configuração jurídica do mar e do ambiente marinho.

Das fontes literárias, emergem claramente um sentimento comum na direção do mar que, a partir do século III a.C., com o testemunho de Plauto, o qual por primeiro afirma “*mare quidem commune certost omnibus*”, substancia-se uma concepção caracterizada pela qualidade de bens comuns dos quais se alcança, também, uma *utilitas* comum a todos.

75 Sobre a inclusão das *res publicae* no elenco de Marciano, encaminho a A. Dell’Oro, *Le res*, cit., pp. 176 e ss. Em relação ao conhecimento da categoria das *res publicae* por Marciano, veja-se M. G. Zoz, *Riflessioni*, cit., pp. 44 e ss., a qual observa que o jurista “doveva conoscere la categoria delle *res publicae*, e non avrebbe chiamato *res communes omnium* quelle che per altri erano *res publicae iuris gentium*, dal momento che egli dichiara di considerare pubblici i fiumi (D. 8.1.4.1)”.

Cícero terá como mérito o enquadramento dessa qualidade do mar num contexto mais amplo, no qual se evidencia a ligação entre o mar (considerado como bem comum por ser gerado pela natureza, com uso concedido a todos, para o benefício comum de todos os homens e, portanto, fruído pelos homens “como patrimônio de todos e de cada um”) e a organização política da *civitas*: uma utilidade jurídica comum aos homens considerados singularmente como *cives* e coletivamente como *Populus*.

Posteriormente, em Sêneca prevalece uma visão fortemente marcada por valores desenhados pela filosofia estoica, na qual domina o princípio da igualdade de todos os homens na disponibilidade de alguns bens doados ao gênero humano: obviamente, o filósofo alude aos bens comuns como o mar, que é citado textualmente na passagem de *De Beneficiis*.

Na visão dos autores antigos, portanto, evidenciam-se algumas características encontradas de maneira diferente também no pensamento dos juristas e que encontrarão total acolhida no enquadramento do mar, a partir da idade severinana, entre as *res communes omnium* de *ius naturale*.

Um caminho lógico desenvolve-se no arco de três séculos, nos quais os juristas começaram a considerar o mar no âmbito do *ius civile*, com o escopo de dar respostas imediatas aos *cives* sobre as questões inerentes não apenas à qualificação jurídica do mar, mas também em relação ao seu uso. O mar é conseqüentemente considerado *res publicae*, bem do *Populus Romanus*, em pertencimento e em fruição do *Populus*. Em virtude de tal concepção, é possível realizar obras no mar, desde que não prejudiquem o uso comum do bem. Uma regra jurisprudencial que a partir de Labeão é compartilhada por outros juristas, os quais na época dos Antoninos, seguindo a afirmação do conceito de *ius gentium*, chegaram a qualificar o mar como *res publica iuris gentium*, bem pertencente ao *Populus Romanus*, mas de uso comum a todos os homens, em plena sintonia com os princípios característicos do *ius gentium* evidenciados sabiamente por Gaio naquele momento histórico.

O percurso jurisprudencial encontrará um ponto de chegada com a compilação justinianeia, que recebeu *in toto* a teoria das *res communes omnium* de Marciano, o qual teve o mérito de sintetizar o sentimento comum enraizado no século III d.C. com os preceitos do *ius naturale* bem teorizados pelos juristas da época Severiana: o mar encontrará, portanto, uma colocação definitiva entre as *res communes omnium* de *ius naturale* e será, assim, considerado como um bem de todos os seres vivos por pertencimento e uso.

Graças a esse longo percurso de *interpretativo prudentium*, que procurei reconstruir de maneira sumária nesta contribuição, iniciado com Labeão e concluído com a compilação justinianeia, o mar e o ambiente marinho aparecerão aos olhos

dos intérpretes sucessivos⁷⁶ como res que serão subtraídas à inicial disciplina geral das *res publicae*, e que, graças ao enquadramento no âmbito do *ius naturale*, serão consideradas, definitivamente, como bens comuns a todos os seres vivos, compreendidos os animais: do *usus omnium* se chegará, portanto, a conceber um *dominium omnium*⁷⁷.

A classificação jurídica do mar, reincorporado na categoria das *res communes omnium*, sobreviverá sucessivamente e, a partir da Idade Média, assume grande relevância, com reflexos importantes também no âmbito político. Os glosadores atestaram, assim, a existência do princípio da aquisição da propriedade das *res communes* por parte daquele que houvesse feito construções sobre o mar, reconhecendo nisso um caso excepcional de acessão de imóvel à superfície e, em virtude de tal princípio, Baldo⁷⁸ afirma que, nos séculos XIV e XV, a Sereníssima República de Veneza pode reivindicar a própria liberdade em relação ao Imperador do “Sacro Império Romano” e ao Pontífice Romano “su una base giuridica solidíssima”⁷⁹.

A categoria das *res communes omnium*, como se nota, representou o fundamento jurídico da teoria da liberdade do mar, elaborada no século XVII pelo jurista holandês Huig van Groot (Hugo Grócio)⁸⁰. Deve-se notar, contudo, que o princípio da liberdade do mar, “nato come naturale portato della classificazione del mare quale *res communis omnium*”⁸¹, tenda a ser, nos dias de hoje, para dizer nas palavras de Francesco Sini, “sempre più sfumato a causa dell’avanzare dell’opposto principio della sovranità degli Stati rivieraschi”⁸².

76 A esse respeito, vale a pena sublinhar que, como justamente observado por *Persone*, cit., p. 6, “nella *Summa Institutionum* attribuita ad Ilerio le *res communes* sono intese come cose comuni a uomini e animali, seguendo una logica applicazione del concetto di *ius naturale*, quale risultava da Ulpiano e Giustiniano: *Summa Inst.* 2.1: *Res communes communia omnium animalium dicuntur: publica hominum tantum*, ma avuto riguardo per usi degli uomini, le *res communes* tornano a confondersi nel pensiero del giurista con quelle pubbliche”.

77 Veja-se P. Maddalena, *Il diritto*, cit., pp. 251 e ss.; G. Sanna, *Il mare come patrimonio*, cit., p. 183, n. 118

78 Ch. Baldus, in *Rubric h tit: De iure gentium civitates in mari aedificatae sunt ipsorum qui aedificant ... Sic etiam licet in Mari aedificare, l. in tantum 6. in princ. ubi Dd. ff. h. Ita Veneti praetendunt libertatem, quia non aedificaverunt in solo alicuius, sed ipso in Mari*.

79 Sobre esse ponto, envio às considerações de P. Bonfante, *Corso*, cit., p. 320, o qual ressalta que “l’indipendenza di Venezia dalle due potestà veniva dai giuristi curiosamente giustificata col fatto che la città delle lagune sorgeva sul mare, il quale è res communis, non soggetto all’impero, né alla giurisdizione di principi e di pontefici”; G. Sanna, *Il mare*, cit., pp. 4 e ss.; F. Sini, *Persone*, cit., pp. 6 e ss., o qual observa que: “i Veneziani ritenevano che fosse la stessa natura lagunare dei luoghi, in cui era stata edificata la città di Venezia, a renderli legittimamente padroni del proprio territorio e, dunque, liberi da ogni potere superiore”.

80 Veja-se Vedi G. Sanna, *Il mare*, cit., pp. 4 e ss.; G. Purpura, “Liberum mare”, cit., pp. 165 e ss.; F. Sini, *Persone*, cit., pp. 6 e ss.

81 F. Sini, *Persone*, cit., *ibidem*.

82 F. Sini, *Persone*, cit., *ibidem*.

A concepção romana do mar como *res communes omnium*, de qualquer como, não se encontra exaurida em sua função e, vendo-se bem, pode representar a base conceitual e cultural da noção moderna de mar, que, a nível internacional, é considerado como patrimônio comum da humanidade⁸³, do qual alcança, como sabido, uma garantia de tutela ambiental do mar e de seu fundo⁸⁴.

À luz destas últimas considerações, parece evidente como os versos de *Rudens* de Plauto (Plaut. *Rud.* 975: *Mare quidem commune certost omnibus*), que representaram o ponto de partida das minhas reflexões em relação à qualificação jurídica do mar no mundo antigo, contêm uma concepção surpreendente de modernidade.

83 A primeira evidência do uso da expressão remete-se a 1º de novembro de 1967, na sede das Nações Unidas, quando o embaixador da República de Malta junto às Nações Unidas, Arvid Pardo, em uma intervenção, realizada no decorrer da XXI sessão ordinária de trabalhos da Assembleia Geral, sustenta que o leito do mar e dos oceanos deveria constituir o patrimônio comum da humanidade inteira. O conceito de patrimônio comum da humanidade, retomado nos documentos das Nações Unidas, posteriormente incluído na Convenção de Montego Bay, de 10 de dezembro de 1982, sobre direito do mar (CNUDM). Sobre a noção do mar como patrimônio comum da humanidade, veja-se, também para ampla bibliografia sobre o tema, G. Sanna, *Il mare come patrimonio*, cit., p. 149, o qual afirma que: “il diritto del mare è il settore in cui è stato elaborato, in primis con riferimento alle risorse dei fondi oceanici, il concetto di «patrimonio comune dell’umanità». Tale nozione è sorta e si è inserita entro un contesto internazionale che, particolarmente sotto un profilo storicopolitico, è costantemente caratterizzato dalle crescenti rivendicazioni di ampliamento delle aree di controllo da parte degli Stati rivieraschi, da cui sono derivati ripetuti, successivi avanzamenti della fascia di mare territoriale o di mare comunque soggetto a controllo statale, portando così sempre più all’allontanamento dalla costa del limite del mare aperto all’uso di tutti”.

84 Sobre esse propósito, encaminho ao tratamento do tema desenvolvido por G. Sanna, *Il mare come patrimonio*, cit., pp. 198 e ss., o qual, justamente, ressalta que “Deve peraltro rilevarsi come il concetto di patrimonio comune dell’umanità non si presenti del tutto sovrapponibile a quello delle *res communes omnium* del diritto romano, si può pensare, in tal senso, all’odierno comune dovere di tutela – correlato al comune diritto di uso – delle risorse che costituiscono il patrimonio comune dell’umanità, che ne circoscrive così la libera disponibilità, ciò che era ignoto al regime giuridico delle *res communes omnium*. È appunto la finalizzazione verso la tutela ambientale – che fonda il comune dovere di tutela – a differenziare il regime del patrimonio comune dell’umanità rispetto a quello delle *res communes omnium*: queste non potevano essere difese da un soggetto – semplicemente in quanto prive di titolare secondo il *ius civile*, essendo le medesime per natura escluse dal commercio giuridico – né era prevista al riguardo una forma di tutela collettiva, laddove il patrimonio comune dell’umanità è invece composto di beni giuridici, in quanto tali dunque tutelabili”.

Às origens da legislação italiana sobre crimes de informática: a recomendação do Conselho da Europa de 9 de setembro de 1989 n.º R (89)9 e a lei n.º 547 de 1993

Alle origini della legislazione italiana in tema di computer crimes: la raccomandazione del Consiglio d'Europa del 9 settembre 1989 n. R (89)9 e la legge n. 547 del 1993

SALVATORE PILIU'

UNISS - Università degli Studi di Sassari
piliu@uniss.it

Resumo²

No final dos anos 80, na sequência da difusão massiva das tecnologias informáticas, e em concomitância com o desenvolvimento do comércio eletrônico e o aumento das comunicações via *web*, surgiu a necessidade de desenvolver normativa ad hoc, para sancionar a criminalidade informática, que, explorando as vantagens da globalização, perseguiu e continua a perseguir formas de enriquecimento ilícito nos mercados internacionais e na rede. A nível europeu, a Recomendação do Conselho da Europa n.º. R (89)9, de 13 de setembro de 1989 representa o ponto de referência essencial para o assunto no campo do direito internacional, pois pela primeira vez foram indicadas as diretrizes sobre *computer crimes* dirigidas aos Países Membros da União Europeia, dando assim impulso à adaptação de regulamentos internos e delineando uma série de novos crimes informáticos. Na Itália, essa adaptação à recomendação do Conselho da Europa concretizou-se na fundamental Lei n.º. 547 de 1993, contendo “Modificações e integrações às regras do Código Penal e do Código

1 Salvatore Piliu, PhD UniSS, é Sociólogo e Antropólogo do Direito, atualmente Investigador Integrado junto ao IURIS (Instituto de Investigação Interdisciplinar) e Investigador Principal junto ao CIJIC (Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço), ambos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Autor das obras: PILIU, S. As Comunidades Intencionais. Uma análise sociológica e jurídica. Ribeirão Preto: Altai Edições, 2020; e PILIU S., The Intentional Communities. A sociological and legal analysis. Ribeirão Preto: Altai Edições, 2022. É Sócio Fundador do Centro Internazionale di Studi Giuridici e Umanistici Αληθής (Alethis).

2 Tradução para a língua portuguesa de Laudevino Bento dos Santos Neto da Silveira, doutor em ciências jurídicas pela Università degli Studi di Sassari.

de Processo Penal em matéria de criminalidade informática”, que pela primeira vez regulamentou e sancionou os *computer crimes*, através da qual o legislador italiano introduziu novos e específicos tipos de crimes no Código Penal. O presente trabalho, propondo uma análise comparativa, reconstrói o percurso metodológico de adequação às diretrizes ditadas pela legislação supranacional colocadas em prática pelo legislador italiano, a partir da Lei nº. 547 de 1993. Será tida em conta a transição do conceito de *computer crime* para o de *cyber crime*, intimamente ligada a uma visão mais alargada do conceito de crime informático, motivada pelas potencialidades da internet, que se identifica com qualquer ato criminoso inerente às redes informáticas e aos computadores. Serão também tidas em consideração algumas das mais recentes inovações normativas em matéria de ilícitos informáticos, nomeadamente a Lei nº. 48, de 18 de março de 2008, que contém a “Ratificação e execução da Convenção do Conselho da Europa sobre a criminalidade informática, de Budapeste, de 23 de novembro de 2001, e regras para a adaptação do ordenamento jurídico interno”, na sequência da qual foram introduzidas alterações significativas no Código Penal, no Código de Processo Penal.

Palavras-chave

Computer crimes. Legislação europeia e italiana sobre crimes informáticos.

Abstract

Alla fine degli anni '80 è emersa, a seguito della diffusione massiccia delle tecnologie informatiche, ed in concomitanza con lo sviluppo del commercio elettronico e dell'incremento delle comunicazioni attraverso il *web*, l'esigenza di elaborare una normativa *ad hoc*, al fine di sanzionare la criminalità informatica, che sfruttando i vantaggi della globalizzazione, ha perseguito e continua a perseguire forme di arricchimento illecito nei mercati internazionali e nella rete. A livello europeo la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 9 settembre 1989 n. R (89)9 rappresenta il punto di riferimento imprescindibile per la materia nel campo del diritto internazionale, poiché per la prima volta sono state indicate le linee guida in materia di *computer crimes* indirizzate ai Paesi membri dell'Unione Europea, dando così impulso all'adattamento delle normative interne e delineando una serie di nuovi reati informatici. In Italia tale adeguamento alla raccomandazione del Consiglio d'Europa si è concretizzato con la fondamentale Legge n. 547 del 1993, recante “Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica”, che per la prima volta ha disciplinato e sanzionato i *computer crimes*,

através da qual o legislador italiano ha introduzido novas e específicas modalidades de crime no Código penal. O presente contributo, propondo uma análise comparativa, reconstrói o percurso metodológico de adequação aos orientamentos ditados pela normativa supranacional posto em vigor pelo legislador italiano, a partir da Legge n. 547 del 1993. Será dada conta do percurso do conceito de *computer crime* para o de *cyber crime*, estreitamente ligado a uma visão mais ampla do conceito de crime informático, suscitada pelas potencialidades da rede Internet, que se identifica com qualquer ato criminoso inerente às redes informáticas e aos computadores. Serão também em consideração algumas das mais recentes inovações normativas em matéria de ilícitos informáticos, no âmbito da Legge 18.3.2008, n. 48, que contém a “Ratificação e execução da Convenção do Conselho da Europa sobre a criminalidade informática de Budapeste de 23 novembro 2001, e normas de adequação do ordenamento interno”, a seguir da qual foram introduzidas significativas alterações ao Código Penal, ao Código de Procedura Penal.

Parole chiave

Computer crimes. Criminalidade informática. Legislação europeia e italiana em matéria de ilícitos informáticos.

1_ INTRODUÇÃO

Desde a década de 1990, a difusão cada vez mais massiva das tecnologias de informação levou o legislador europeu a preparar importantes orientações sobre o tema dos crimes informáticos, com o objetivo de harmonizar as regulamentações dos Estados Membros da União Europeia em matéria de *computer crimes* e combater a chamada criminalidade cibernética³. A Recomendação do Conselho da Europa n.º R (89)9, de 13 de setembro de 1989, representa a referência essencial para o assunto no campo do direito internacional, pois deu impulso ao florescimento de normas nacionais, ainda em vigor, que introduziram *ex novo* no âmbito do direito penal dos Estados Membros da União Europeia novas modalidades criminais com a tarefa principal de combater a criminalidade informática.

No presente trabalho, desenvolverei uma investigação reconstrutiva da

³ Vide PICOTTI, L. La nozione di “criminalità informatica” e la sua rilevanza per le competenze penali europee. *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, v. 24, n. 4, pp. 827-864, 2011.

influência desta fundamental Recomendação do Conselho da Europa no ordenamento jurídico italiano, partindo da tão relevante Lei n.º. 547 de 1993, contendo “Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica”⁴, que pela primeira vez regulamentou e sancionou os *computer crimes* na Itália.

2_ COMPUTER CRIMES: A RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA N.º R (89)9, DE 13 DE SETEMBRO DE 1989 E A LEI N.º. 547 DE 1993

Entre os Estados Membros da União Europeia, a Itália foi um dos últimos países a emitir uma série de disposições normativas sobre crimes informáticos.

A Alemanha e a França elaboraram legislação penal referente aos ilícitos informáticos, respetivamente em 1986 e 1988, ao passo que a Inglaterra o fez em 1990 (com a aprovação do *Computer misuse act*), imediatamente após a promulgação da Recomendação do Conselho da Europa⁵.

Com a aprovação pelo Parlamento da lei n.º. 547 de 1993⁶, a Itália também se adequou aos princípios gerais propostos pelo órgão supranacional, depois de ter apresentado uma longa série de projetos de lei ao Parlamento ao longo dos anos desde 1984, e atualmente podemos nos referir a um “*corpus normativo*” codificado do direito penal da informática. A este propósito, importa sublinhar que o legislador italiano optou por uma integração normativa do Código Penal, procurando reconduzir os novos crimes aos tipos penais já existentes no referido código⁷. Dessa forma, evitou-se a criação de uma seção separada dedicada aos crimes informáticos (até porque isso criaria problemas de escolha para inclusão em qualquer título do código, pois os delitos em questão tendem a lesar bens jurídicos de natureza diversa) e, aos poucos, foram realizadas integrações legislativas pontuais tendo em vista que

4 Trad. Alterações e adições às regras do Código Penal e do Código de Processo Penal em matéria de crimes informáticos.

5 Vide BORRUSO, R.; BUONOMO, G.; CORASANITI, G.; D’AIETTI, G. *Profili penali dell’informatica*. Milano: Giuffrè, 1994. p. XII ss.; TOSI, E. Computer crimes: il Computer Misuse act 1990. *Rivista Penale*, n. 10, pp. 825 ss., 1992.

6 O texto da lei n.º. 547/1993 foi elaborado durante um período muito longo. Com efeito, o projeto de lei a ela correspondente foi elaborado por uma Comissão nomeada pelo Ministro da Justiça prof. Vassalli em 1989. A Comissão concluiu seus trabalhos em 1991, mas em 1993 foi “repescada” pelo novo Ministro da Justiça prof. Conso. Para mais informações sobre o processo legislativo, vide: SARZANA, C. *Informatica e diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1994. pp. 196-206; GIANNANTONIO, E. *Manuale di diritto dell’informatica*. Padova: Cedam, 1994. p. 412.

7 Vide BORRUSO, R.; BUONOMO, G.; CORASANITI, G.; D’AIETTI, G. *Profili penali dell’informatica*, op. cit., p. XIV.

os crimes informáticos, objetos de interesse, podiam ser diferenciados em dois subgrupos: os cometidos em detrimento de sistema informático e os praticados por meio de sistema informático.

Parece útil realizar uma análise comparativa entre as disposições contidas na Recomendação do Conselho da Europa e a legislação italiana em matéria de *computer crimes*⁸, a fim de averiguar como as “sugestões” vindas do órgão supranacional têm sido recebidas pelo italiano legislador.

A Recomendação previa duas listas de crimes que cada nação poderia implementar: uma lista mínima e uma lista opcional.

3_ A LISTA MÍNIMA DA RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA N° R (89)9, DE 13 DE SETEMBRO DE 1989 E A RECEPÇÃO DOS ILÍCITOS INFORMÁTICOS PELA LEI N°. 547 DE 1993: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

Procurar-se-á agora fazer uma comparação direta entre os particulares tipos de crimes previstos na Recomendação e os delitos correspondentes contidos no sistema penal italiano, a fim de verificar se existem diferenças significativas entre os dois textos normativos⁹.

A _ O CRIME DE FRAUDE INFORMÁTICA

Essa figura de crime é prevista pela alínea a) da lista mínima de crimes indicados na Recomendação:

L'entrée, l'altération, l'effacement ou la suppression de données ou de programmes informatiques, ou toute autre ingérence dans un traitement informatique, qui en influence le résultat, en causant par

⁸ Para uma definição de *computer crimes*, vide PECORELLA, C. *Diritto penale dell'informatica*. Padova: Cedam, 2006. pp. 1 ss.

⁹ Para a análise comparativa entre os crimes previstos na Recomendação e as correspondentes figuras criminais contidas no ordenamento jurídico italiano, foram de grande auxílio as obras de GIANNANTONIO, E. *Manuale di diritto dell'informatica*, op. cit., pp. 409 ss.; SARZANA, C. *Informatica e diritto penale*, op. cit., pp. 197 ss.; e BORRUSO, R.; BUONOMO, G.; CORASANITI, G.; D'AIETTI, G. *Profili penali dell'informatica*, op. cit., pp. 1 ss.

là meme un préjudice économique ou matériel à une autre personne (variante: dans l'intention de priver illicitement cette personne de son patrimoine) dans l'intention d'obtenir un avantage économique illégitime pour soi-même ou pour autrui¹⁰.

A norma pode ser comparada com o art. 640 ter, inserido ex novo no Código Penal italiano pelo art. 10 da lei n.º. 547, de dezembro de 1993:

Art. 640 ter (Frode informatica). Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico ad esso pertinenti, procura a se o ad altri in ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con multa da Euro 51 a Euro 1032¹¹.

Da leitura das duas normativas, nota-se de imediato que o legislador italiano recebeu integralmente os princípios propostos pelo Conselho da Europa. Na verdade, o art. 10 da lei n.º. 547 de 1993 prevê a fraude informática como crime específico, sancionado por um novo artigo do Código Penal.

A fraude informática, configurada pelo legislador como um tipo particular de estelionato (crime previsto no artigo 640 do Código Penal), foi enquadrada no Título XIII do código (Crimes contra o patrimônio), Capítulo III (Crimes contra o patrimônio mediante fraude). A art. 640 ter também foi colocado no Código Penal após a previsão de “truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche”¹². Tanto o art. 640 bis quanto o art. 640 ter regulamentam casos particulares do crime de estelionato.

Pode-se notar que, no art. 640 ter, a conduta de fraude, que tipicamente se dá por meio de condutas cujos elementos caracterizadores são as artimanhas e enganosa, assume a forma de alteração ou intervenção ilícita com o fim de obter lucro injusto para si ou para outrem com prejuízo alheio.

A conduta do agente deve ser dolosa, ou seja, deve ser caracterizada por

10 Trad. A introdução, alteração, eliminação ou supressão de dados ou programas informáticos, ou qualquer outra interferência no tratamento informático, que influencie o seu resultado, causando assim prejuízo econômico ou material a outrem (variação: com intenção de privar illicitamente essa pessoa de seu patrimônio) com a intenção de obter uma vantagem econômica ilegítima para si ou para outros.

11 Trad. Quem, alterando de qualquer forma o funcionamento de um sistema informático ou telemático ou intervindo sem direito a qualquer título sobre dados, informações ou programas contidos num sistema informático ou telemático que lhe pertença, obtém para si ou para outrem lucro injusto com prejuízo a outrem é punido com pena de reclusão de seis meses a três anos e multa de 51 a 1032 euros.

12 Trad. Fraude agravada para obtenção de fundos públicos.

um comportamento voluntário e consciente visando enganar a vítima e obter um lucro injusto. O legislador criou uma espécie normativa em que a estrutura básica do crime de estelionato é remodelada de acordo com os princípios enunciados na Recomendação do Conselho da Europa.

B _ O CRIME DE FALSIDADE INFORMÁTICA

O crime de falsificação informática é considerado na alínea b) da Recomendação:

L'entrée, l'altération, l'effacement ou la suppression de données ou de programmes informatiques, ou toute autre ingérence dans un traitement informatique, d'une manière ou dans des conditions qui, d'après le droit national, constitueraient l'infraction de falsification s'ils avaient été commis au regard d'un objet traditionnel de ce type d'infraction¹³.

No que diz respeito ao crime em questão, deve-se observar que podem ser aplicadas todas as disposições contidas no Capítulo III (Sobre a falsidade em atos) do Título VII do Código Penal (Crimes contra a fé pública), tendo em vista que o legislador italiano no art. 3 da lei n.º 547 de 1993 previu a inserção de um dispositivo, o art. 491 *bis*, que estende todos os casos de falsificação previstos no Capítulo III também aos casos em que a falsificação em atos diga respeito a um documento informático.

Art. 491 bis (Documenti informatici): Se alcune delle falsità previste dal presente capo riguardano un documento informatico pubblico o privato, si applicano le disposizioni del capo stesso concernenti rispettivamente gli atti pubblici e le scritture private. A tal fine per documento informatico si intende qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli¹⁴.

13 Trad. A introdução, alteração, eliminação ou supressão de dados ou programas informáticos, ou qualquer outra interferência no processamento informático, de forma ou em condições que, pelo direito nacional, constituam crime de falsificação se tiverem sido cometidas relativamente a um objeto tradicional desse tipo de infração.

14 Trad. Se alguma das falsidades previstas neste capítulo diga respeito a documento informatizado público ou particular, aplicar-se-á o disposto no mesmo capítulo quanto, respectivamente, aos atos públicos e às escrituras privadas. Para tal fim, entende-se por documento informático qualquer suporte informático que contenha dados ou informações com valor probatório ou programas especificamente destinados ao seu tratamento

Pode-se notar que o legislador italiano recebeu integralmente a indicação do Conselho da Europa. Na lista mínima da Recomendação, previa-se a possibilidade de regulamentar o crime de falsificação informática através das disposições normativas elaboradas por cada nação individualmente para a referida matéria (desde que houvesse correspondência exata entre o que é considerado crime de falsificação para o órgão supranacional e aquele assim considerado pela legislação nacional).

Tendo verificado que no ordenamento jurídico italiano existia uma série de regras que regulavam detalhadamente todos os casos de falsificação em atos, o legislador em 1993 optou pela inserção de uma disposição que pudesse operar a adaptação das referidas regras às novas necessidades vinculadas à criminalidade informática em matéria de falsidade, até porque o princípio geral vigente no ordenamento jurídico italiano proíbe o uso de analogia em matéria penal.

Para sancionar o crime de falsificação informática, portanto, aplicar-se-ão todos os artigos que vão do 476 do Código Penal ao 493 bis, os quais contêm os requisitos exigidos pela Recomendação para configurar o crime de falsificação (a título de exemplo, veja-se os artigos 476 - 478 do Código Penal em caso de alteração, ou o artigo 490, sobre “Soppressione, distruzione, occultamento di atti veri”¹⁵ para as hipóteses de supressão e eliminação contidas na alínea b) do texto elaborado pelo Conselho da Europa).

Por fim, pode-se fazer menção ao objeto da tutela penal, que, no caso em questão, pode ser identificado na fé pública¹⁶. O dolo exigido para a punibilidade da conduta deve consistir na vontade de mudar a verdade com a consciência de prejudicar os terceiros.

C _ O CRIME DE DANO A DADOS E PROGRAMAS INFORMÁTICOS

A alínea e) da Recomendação do Conselho da Europa dispõe o seguinte: “L’effacement, l’endommagement, la détérioration ou la suppression sans droit de données ou de programmes informatiques”¹⁷.

A eliminação, dano, deterioração ou supressão sem direito de dados ou

15 Trad. Supressão, destruição, ocultação de documentos verdadeiros.

16 Vide ANTOLISEI, F. *Manuale di diritto penale*. v. 2. Milano: Giuffrè, 1994. pp. 527 ss.; COCCO, G; AMBROSETTI, E. M. *Trattato breve di diritto penale: parte speciale*. Padova: Cedam, 2014. pp. 90 ss.; 303 ss.

17 Trad. A eliminação, dano, deterioração ou supressão indevida de dados ou programas informáticos.

programas informáticos.

O legislador italiano seguiu a indicação do órgão internacional e incluiu no Código Penal, por meio do art. 9º da lei 547/1993, uma norma *ad hoc* para regular casos de danos a dados e programas informáticos. Tal disposição está contida no art. 635 *bis* que foi incluído no Capítulo I (Crimes contra o patrimônio mediante violência a coisas ou pessoas) do Título XII do Código Penal (Crimes contra o patrimônio), após o artigo 635, que regula os casos de danos em geral.

O novo artigo assim dispõe:

Art. 635 bis (Danneggiamento di sistemi informatici e telematici): Chiunque distrugge, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili sistemi informatici o telematici altrui, ovvero programmi, informazioni o dati altrui, è punito salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Se ricorre una o più delle circostanze di cui al secondo comma dell'art.635, ovvero se il fatto è commesso con abuso delle qualità di operatore del sistema, la pena è della reclusione da uno a quattro anni¹⁸¹⁹.

De imediato, pode-se notar que a norma italiana também estende a disciplina aos casos de danos a sistemas de informática ou telemáticos.

O art. 635 *bis* está estruturado de acordo com o esquema do art. 635, ainda que a nova norma não preveja a hipótese de “dispersão”. É um crime patrimonial que implica a piora da situação patrimonial do sujeito passivo.

Já o objeto do crime é representado por sistemas informáticos ou telemáticos, programas, informações e dados de terceiros.

Além disso, é necessária uma conduta dolosa, que deve atuar pela vontade de destruir, deteriorar ou inutilizar o “bem informático” com a consciência de que pertence a terceiros.

A regra do art. 635 *bis* tem caráter genérico, cessando sua aplicabilidade quando o dano for elemento constitutivo de outro crime mais grave (pensa-se, a título de exemplo, nos casos de dano qualificado contemplados no art. 420 do Código Penal - “Attentato a

18 Trad. (Danos a sistemas informáticos e de telecomunicações): Quem destruir, deteriorar ou inutilizar, no todo ou em parte, sistemas informáticos ou de telecomunicações alheios, ou programas, informações ou dados alheios, salvo se o fato constitui crime mais grave, é punido com pena de reclusão de seis meses a três anos. Se ocorrer uma ou mais das circunstâncias referidas no n.º. 2 do artigo 635, ou se o fato for cometido com abuso das qualidades de operador de sistema, a pena é de reclusão de um a quatro anos.

19 O parágrafo segundo do artigo 635 bis foi posteriormente alterado pela Lei 48/2008: Se il fatto è commesso con violenza alla persona o con minaccia ovvero con abuso della qualità di operatore del sistema, la pena è della reclusione da uno a quattro anni. Trad. Se o facto for cometido com violência conta a pessoa ou com ameaças ou com abuso do papel de operador do sistema, a pena é de prisão de um a quatro anos.

impianti di pubblica utilità”²⁰ – que serão analisados no parágrafo seguinte).

D _ O CRIME DE SABOTAGEM INFORMÁTICA

A sabotagem informática é considerada na alínea d) da Recomendação:

L’entrée, l’altération, l’effacement ou la suppression de données ou de programmes informatiques, ou l’ingérence dans des systèmes informatiques, dans l’intention d’entraver le fonctionnement d’un système informatique ou d’un système de télécommunications²¹.

A hipótese de sabotagem informática, prevista na lista mínima, foi recebida por várias normas no âmbito da lei nº. 547/1993. De fato, o legislador italiano optou por uma solução indireta. Não criou um artigo sob o título “sabotagem informática”, regulando explicitamente essa hipótese específica de dano (como, ao contrário, o legislador alemão havia estabelecido em 1986, que no § 303b StGB sancionou a propriamente dita sabotagem informática)²².

No Código Penal italiano, existem apenas duas regras que regem esse tipo específico de dano definido pelo legislador com o termo “sabotagem”: o art. 508 (sabotagem de empresas agrícolas e industriais), que está incluída entre os “crimes contra a economia pública”; e o art. 253 (sabotagem de obras militares), que se posiciona entre os “crimes contra a personalidade do Estado”.

Nas normas sobre a sabotagem acima referidas, o bem jurídico protegido é sempre de utilidade pública (por exemplo, no caso do artigo 508, o interesse protegido é a economia pública do ponto de vista da ordem de trabalho).

Posto isto, é possível encontrar essas características gerais do crime de sabotagem também no art. 420 do Código Penal (totalmente modificado pelo art. 2º da lei 547/1993), estando presentes todos os elementos típicos de dano qualificado, ou seja, a destruição realizada para interromper, ainda que parcialmente, o funcionamento de uma instalação, de um sistema bem como dados, ou programas informáticos de utilidade pública:

20 Trad. atentado a instalações de utilidade pública.

21 Trad. Entrar, alterar, apagar ou suprir dados ou programas informáticos, ou interferir em sistemas informáticos, com a intenção de interferir na operação de um sistema informático ou de um sistema de telecomunicações.

22 A tal propósito, vide PICOTTI, L. La rilevanza penale degli atti di “sabotaggio” ad impianti di elaborazione dati. *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, v. 2, n. 3, p. 969, 1986. O Autor, na nota à sentença do Tribunal de Firenze de 27/01/1986, refere-se também às hipóteses de sabotagem informática previstas na legislação alemã.

Art. 420 (Attentato a impianti di pubblica utilità). Chiunque commette un fatto diretto a danneggiare o distruggere impianti di pubblica utilità, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da uno a quattro anni.

La pena di cui al primo comma si applica anche a chi commette un fatto diretto a danneggiare o distruggere sistemi informatici o telematici, di pubblica utilità, ovvero dati, informazioni o programmi in essi contenuti o ad essi pertinenti.

Se dal fatto deriva la distruzione o il danneggiamento dell'impianto o del sistema, dei dati, delle informazioni o dei programmi ovvero l'interruzione anche parziale del funzionamento dell'impianto o del sistema la pena è della reclusione da tre a otto anni²³.

A leitura da norma mostra que a hipótese de sabotagem diz respeito aos dois últimos parágrafos do artigo. No entanto, deve-se notar que o tipo de crime configurado na alínea d) da Recomendação não especifica que os bens sujeitos a sabotagem devem ser de utilidade pública.

Justamente por isso, a sabotagem informática descrita na Recomendação (que pode ser enquadrada como caso de dano qualificado) também pode ser reconhecida na hipótese regida pelo art. 615 *quinquies*, inserido *ex novo* pelo art. 4º da lei nº. 547/1993, que pune a difusão de programas destinados a danificar ou interromper sistema informático; bem como na agravante prevista no art. 615 *ter*, parágrafo segundo, nº. 3 (também contemplado no artigo 4º da lei de 1993).

É significativa a hipótese prevista no art. 615 *quinquies*, cujo bem jurídico tutelado é o domicílio (com efeito, a disposição está incluída na seção dedicada aos crimes contra a inviolabilidade do domicílio que mais especificamente protegem a liberdade individual no Capítulo III do Título XII do Código Penal). Nesse caso, o efeito da conduta é a sabotagem, conforme previsto na Recomendação, que afeta a liberdade do indivíduo em seu próprio domicílio.

23 Trad. (Ataque a instalações de utilidade pública). Quem praticar ato que vise danificar ou destruir instalações de utilidade pública é punido, salvo se o facto constituir infracção mais grave, com pena de prisão de um a quatro anos. A pena referida no número anterior aplica-se também a quem praticar ato destinado a danificar ou destruir sistemas informáticos ou telemáticos de utilidade pública, ou dados, informações ou programas neles contidos ou a eles pertinentes. Se do fato resultar a destruição ou dano da instalação ou sistema, dos dados, das informações ou dos programas ou a interrupção, ainda que parcial, da instalação ou sistema, a pena é de reclusão de três a oito anos.

E _ O CRIME DE ACESSO NÃO AUTORIZADO

Na lista mínima da Recomendação, na alínea e), o acesso não autorizado é considerado como ilícito penal: “L'accès sans droit à un système ou un réseau informatique par violation des règles de sécurité”²⁴.

Em tal caso, o legislador italiano recebeu integralmente a indicação contida na Recomendação. O art. 4º da lei nº. 547/93 introduziu três novos artigos na Seção IV, dedicada aos crimes contra a inviolabilidade do domicílio, do Capítulo III (crimes contra a liberdade individual), do Título XII do Código Penal (crimes contra a pessoa): art. 615 *ter* (acesso abusivo a um sistema informático ou telemático); art. 615 *quater* (detenção e divulgação abusiva de códigos de acesso a sistemas informáticos ou telemáticos); e art. 615 *quinquies* (disseminação de programas destinados a danificar ou interromper um sistema informático).

As novas disposições ampliam o âmbito de aplicação das normas já contidas no código de proteção da liberdade pessoal e, em particular, da inviolabilidade do domicílio face à ingerência de terceiros.

Os três artigos, incluídos no código penal pela lei nº. 547/93, regulam detalhadamente o acesso ilícito a um sistema informático ou a uma rede, em violação das regras de segurança.

De imediato, pode-se notar que as disposições normativas elaboradas pelo legislador italiano se baseiam em todos os requisitos indicados na Recomendação, os quais são utilizados de tempos em tempos para regular especificamente casos de vários tipos. Com efeito, as três disposições normativas regulam a matéria em causa introduzindo princípios que constituem uma proteção integral contra o particular lesado pela ingerência ilícita de terceiros. A disciplina afigura-se, assim, mais articulada em relação à indicada na Recomendação do Conselho da Europa, na medida em que a divulgação de códigos de acesso a sistemas informáticos e a divulgação de programas destinados a danificar ou interromper um sistema informático são também consideradas condutas criminosas. O legislador foi além das “sugestões” dadas pelo órgão internacional, pois predispôs normas que também sancionam as condutas perigosas de quem dissemina os chamados programas de vírus capazes de destruir grandes quantidades de dados.

24 Trad. O acesso indevido a um sistema ou rede informática por violação das regras de segurança.

F _ O CRIME DE INTERCEPTAÇÃO NÃO AUTORIZADA

A alínea f) da Recomendação do Conselho da Europa estabelece como crime a interceptação não autorizada: “L’interception, sans droit et par des moyens techniques, de communications à destination, en provenance et au sein d’un système ou d’un réseau informatique”²⁵.

A indicação genérica contida na lista mínima da Recomendação foi amplamente acolhida pelo legislador italiano. A lei n.º. 547/93, no art. 6.º, prevê a inclusão de três novos artigos no Código Penal: o art. 617 *quater* (interceptação, impedimento ou interrupção ilícita de comunicações informáticas ou telemáticas); o art. 617 *quinquies* (instalação de equipamentos aptos a interceptar, impedir ou interromper comunicações informáticas ou telemáticas); e o art. 617 *sexies* (falsificação, alteração ou supressão de conteúdo de comunicação informática ou telemática).

As regras acima mencionadas foram incluídas na Seção V (crimes contra a inviolabilidade dos sigilos) do Capítulo III (crimes contra a liberdade individual) do Título XII do Código Penal, a fim de regular detalhadamente as interceptações não autorizadas.

A escolha do legislador italiano de inserir as três normas na seção dedicada ao julgamento dos crimes contra a inviolabilidade dos sigilos é justificada pelo fato de que, dentro da referida seção, já existem várias disposições destinadas a tutelar a proteção da liberdade individual de interferências realizadas através da utilização de instrumentos de gravação e de recuperação visual e sonora.

Do ponto de vista estrutural, os novos artigos foram formulados fazendo referência aos esquemas já presentes nos artigos que regulavam a matéria, sem nunca descurar as indicações dadas na Recomendação em matéria de interceptações não autorizadas. Então, pode-se observar que o art. 615 *ter* nada mais é do que o correspondente, para bens de informática, dos artigos 614 e 615, e que o art. 615 *quater* é estruturado como art. 615 *bis*.

Assim, permite-se a aplicação das referidas normas aos casos de instalação de instrumentos capazes de interceptar comunicações provenientes ou dentro de sistemas ou redes informáticas. Deve-se observar também que o art. 615 *sexies* vai além do ditado regulatório hipotetizado pela Recomendação, pois pune tanto a falsificação quanto os danos decorrentes de interceptações não autorizadas.

25 Trad. A interceptação, indevida e por meios técnicos, de comunicações para, vindo de e dentro de um sistema ou rede informática.

G _ O CRIME DE REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA DE PROGRAMA INFORMÁTICO PROTEGIDO

Na lista mínima de infracções constante da Recomendação do Conselho da Europa, alínea g), são consideradas como crime as seguintes condutas: “La reproduction, la diffusion ou la communication au public, sans droit, d’un programme informatique protégé par la loi”²⁶.

A este respeito, deve-se notar que na Itália foi emitido um Decreto Legislativo que, entre as muitas normas contidas, prevê uma destinada a regulamentar a reprodução não autorizada de um programa informático protegido. Na verdade, o art. 10 do decreto legislativo n.º 518, de 29 de dezembro de 1992, estabelece a inserção de um novo artigo, o 171 *bis*, na lei n.º 633, de 22 de abril de 1991 sobre a proteção dos direitos autorais. O decreto em questão foi emitido para implementar a Diretiva CEE n.º 250 de 1991, que visava a regulamentação jurídica dos programas de computador.

O art. 10 do decreto legislativo introduziu o art. 171 *bis* na lei de 1941, para punir todas as condutas criminosas destinadas a duplicar programas de computador ou importar, distribuir, vender ou alugar cópias de programas reproduzidos ilicitamente.

Pode-se notar, portanto, que o dispositivo configura uma hipótese de crime que contém as mesmas características definidas pelo Conselho da Europa na Recomendação de 1989. O preceito normativo sancionado pelo decreto legislativo de 1992 é mais complexo do que o genérico contido na lista mínima. De fato, o art. 171 *bis* sanciona não só a conduta de quem duplica, com fins lucrativos, programas informáticos protegidos por lei, mas também pune quem vende (novamente com fins lucrativos) cópias não autorizadas dos referidos programas.

A hipótese de crime do art. 171 *bis*, sendo ao mesmo tempo mais articulada do que a previsto na alínea g) da Recomendação, é mais circunscrita, uma vez que a conduta do infrator se caracteriza pela realização de fins lucrativos.

H _ O CRIME DE REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA DE “TOPOGRAFIA”

A reprodução não autorizada de uma “topografia” é considerada tipo penal pela alínea h) da Recomendação do Conselho da Europa:

26 Trad. A indevida reprodução, distribuição ou comunicação ao público de um programa informático protegido por lei.

La reproduction sans droit de la topographie, protégée par la loi, d'un produit semi-conducteur, ou l'exploitation commerciale ou l'importation à cette fin, sans droit, d'une topographie ou d'un produit semi-conducteur fabriqué à l'aide de cette topographie²⁷.

Relativamente à referida disposição normativa, o legislador italiano não entendeu oportuno intervir. Com efeito, a lei n.º. 547/93 não contém nenhum artigo que preveja sanção para o caso indicado na alínea h) da lista mínima.

A omissão do legislador em intervir nesse caso pode ser justificada pelo fato de que, na Itália, em 1989, foi promulgada uma lei (anterior à Recomendação) contendo regras para a proteção legal de topografias e produtos semicondutores. Na lei em questão, n.º. 70 de 21 de fevereiro de 1989, há duas disposições normativas, no art. 17 e no art. 18, que indicam respectivamente quais são os atos de contrafação – dentre estes a reprodução não autorizada, bem como o uso, importação e a detenção – e as respectivas ações de tutela.

Pode-se notar que as referidas ações são de natureza cível e, portanto, preveem a reparação de danos ao titular dos direitos sobre a topografia ou sobre o produto semicondutor.

Em tal caso, portanto, a hipótese de crime prevista na Recomendação não foi implementada pelo ordenamento jurídico italiano, uma vez que este classifica a temática em questão entre os ilícitos civis, amparados com ações voltadas apenas obter a reparação do dano ou justa compensação.

4_ OS ILÍCITOS PENAIS ESTABELECIDOS NA LISTA FACULTATIVA DA RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA DE 1989

Esgotado o exame das hipóteses de crime constantes na lista mínima contida na Recomendação de 1989, convém voltar a atenção para os casos indicados na lista facultativa, a fim de averiguar se existem figuras criminais que lhes correspondam no ordenamento jurídico italiano.

Nesse sentido, depois de lidos os relatórios dos trabalhos preparatórios

27 Trad. A reprodução não autorizada de uma topografia, protegida por lei, de um produto semicondutor, ou a indevida exploração comercial ou importação para esse fim de uma topografia ou de um produto semicondutor fabricado usando essa topografia.

da lei nº. 547/93, pode-se afirmar que a vontade do legislador foi essencialmente no sentido de acatar as sugestões contidas na lista mínima, deixando de lado as presentes na lista facultativa. Nesta última, foram propostas como casos a sancionar penalmente as seguintes condutas criminosas: “a. Altération de données ou de programmes informatiques; b. Espionnage informatique; c. Utilisation non autorisée d’un ordinateur; d. Utilisation non autorisée d’un programme informatique protégé”²⁸.

Entre as previsões de crimes mencionadas, apenas a relativa à espionagem informática pode encontrar uma tutela mínima no Código Penal italiano.

A conduta de espionagem informática é assim descrita pela alínea b) da lista facultativa da Recomendação:

L’obtention par des moyens illégitimes ou la divulgation, le transfert ou l’utilisation sans droit ni autre justification légale d’un secret commercial ou industriel dans l’intention de causer un préjudice économique à la personne ayant droit au secret, ou d’obtenir pour soi-même ou pour autrui un avantage économique illicite²⁹.

Nesse caso, o legislador italiano não quis criar uma norma explícita para garantir uma tutela específica contra a espionagem informática.

A tal respeito, porém, ainda pode ser feita referência às normas já presentes no Código Penal italiano, que normalmente se aplicam aos casos que podem ser incluídos nas hipóteses de espionagem industrial ou científica. É necessário, portanto, avançar para as disposições normativas dos artigos 621, 622 e 623 do Código Penal. Essas normas estão incluídas na Seção V (crimes contra a inviolabilidade dos sigilos), do Capítulo III, dedicado aos crimes contra a liberdade individual, do Título XII do Código Penal.

O art. 621 foi modificado pela lei nº. 547/93, a qual introduziu um novo parágrafo, especificando que a divulgação de documentos sigilosos também abrange os documentos eletrônicos.

O art. 623, em vez disso, contém disposições específicas em matéria de espionagem industrial e científica. No artigo, não se faz referência explícita a bens informáticos, mas, segundo Giannantonio, é possível aplicar as normas nele contidas

28 Trad. a. Alteração de dados ou programas informáticos; b. espionagem informática; c. utilização não autorizada de um computador; e d. utilização não autorizada de um programa informático protegido.

29 Trad. A obtenção por meios ilegítimos ou a divulgação, transferência ou uso indevido ou sem outra justificativa legal de um segredo comercial ou industrial com a intenção de causar dano econômico à pessoa que tem direito ao segredo, ou obter para si ou para outros uma vantagem econômica ilícita.

quando os dados e programas constituem um dos bens mencionados no mesmo artigo, ou seja, aqueles que representam uma descoberta, uma invenção científica ou uma aplicação industrial³⁰. Na ausência desses requisitos, aplicar-se-á ao autor do crime apenas o art. 622 do Código Penal (“Revelação do segredo profissional): ou seja, uma configuração diferente do crime³¹.

Da análise até aqui realizada, pode-se constatar que grande parte dos princípios contidos na Recomendação do Conselho da Europa de 1989 foram incorporados ao ordenamento penal italiano.

A adequação às diretrizes normativas propostas pela Recomendação ocorreu com considerável atraso em relação aos demais Estados membros da União Europeia. Atualmente, o sistema regulatório italiano prevê uma série de regras que são capazes de sancionar os comportamentos ilícitos mais perigosos relacionados à informática.

5_ CONCLUSÕES. DOS COMPUTER CRIMES AOS CYBER CRIMES: LINHAS DE EVOLUÇÃO DA NORMATIVA ITALIANA

A partir da adequação feita pelo legislador italiano com a Lei nº. 547 de 1993 à Recomendação do Conselho da Europa, algumas figuras criminosas importantes ficaram sem sanção penal, como por exemplo os previstos na lista facultativa, bem como a hipótese de furto informático (salvo os casos que podiam ser incluídos na hipótese geral regulada pelo artigo 624 do Código Penal)³².

Neste sentido, porém, ao longo do tempo têm surgido algumas intervenções por parte do legislador, no sentido de evitar a presença de lacunas legislativas e garantir a tutela integral no domínio dos crimes informáticos.

Vale a pena notar que o legislador na década de 1990 havia abordado os crimes informáticos como uma espécie de apêndice dos crimes tradicionais: a preocupação maior era a de alcançar a proteção do bem jurídico, que só o direito

30 GIANNANTONIO, E. *Manuale di diritto dell'informatica*, op. cit., pp. 437-440.

31 Vide Id. p. 439.

32 Para problemas relacionados ao furto informático, vide Id. p. 419; SARZANA, C. *Informatica e diritto penale*, op. cit., pp. 202-205. O Autor defende que a construção de uma fatispécie penal relativa ao furto de informação cria notáveis dificuldades e, portanto, “*il modo indiretto con il quale si è cercato di ovviare alla illecita presa di conoscenza di dati o informazioni o programmi è stato quello relativo alla introduzione di una norma che punisce l'accesso non autorizzato*”. [Trad. O modo indireto com que se tentou remediar o conhecimento ilícito de dados ou informações ou programas foi o relativo à introdução de uma norma que pune o acesso não autorizado].

penal pode garantir, por ser o único dotado com notável eficácia dissuasiva. Quando surgem os crimes informáticos, o legislador coloca-os imediatamente ao lado dos crimes com os quais “se assemelham” devido ao bem jurídico que tais normas pretendem proteger (e.g. fraude/estelionato informático, acesso abusivo/violação de domicílio).

Após a promulgação da lei nº. 547/1993, abriu-se uma realidade completamente nova, a da Internet, que ampliou completamente a possibilidade de configurar novos ilícitos informáticos.

Como se sabe, a primeira real afirmação da Internet remonta ao alvorecer dos anos 1990 e é justamente nesse momento histórico que a necessidade de superar o conceito de computer crime começa a se afirmar para atingir a nova e mais ampla configuração de *cyber crime*³³.

O novo conceito de crime cibernético (*cyber crime*) coincide com o de crime informático cometido na Internet, qualificando-o como um tipo de ilícito com âmbito consideravelmente mais amplo do que o original do *computer crime*: o *cyber crime* é identificado com qualquer ato criminoso inerente às redes informáticas e computadores.

Também deve ser notado que o direito penal cibernético também prefigura novas tipologias de bens jurídicos. Em relação ao bem protegido, cabe destacar que, embora a segurança informática tenha se tornado um tema central no debate público e científico, é um objeto de proteção com contornos bastante amplos e vagos. Com efeito, na legislação italiana não constitui um bem em si, mas é um valor transversal, um bem instrumental para a proteção de diversos bens finais³⁴, desde a confidencialidade informática aos dados pessoais, desde a integridade dos dados e sistemas telemáticos, até a fé pública. Um crime informático pode, de fato, envolver uma violação de sistemas informáticos, ofender propriedade ou pessoa, violar direitos de propriedade intelectual³⁵ ou mesmo integrar o *cyber terrorismo* e a *cyber warfare*.

33 A respeito, vide WEISMANN, M. F. International Cybercrime: Recent Developments in the Law. In: CLIFFORD, R. D. (ed.). *Cybercrime*. 3 ed. Durham: Carolina Academic Press, 2011. pp. 257-258; PICOTTI, L. Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione di insieme. In: CADOPPI, A.; CANESTRARI, S.; MANNA, A.; PAPA, M. (dir.). *Trattato di diritto penale: Cybercrime*. Torino: UTET, 2019. p. 75.

34 Sobre a segurança informática enquanto bem jurídico, vide PICOTTI, L. Sicurezza informatica e diritto penale. In: DONINI, M.; PAVARINI, M. (org.). *Sicurezza e diritto penale*. Bologna: Bononia University Press, 2011. pp. 230 ss. Sobre a relação entre bem instrumental e final, vide FIORELLA, A. verbete Reato in generale. *Enciclopedia del diritto*, v. 38, pp. 779 ss., 1987.

35 Sobre tal ponto, a respeito da responsabilidade das entidades, vide D'ADAMO, G.; NAJ-OLEARI, M., La proprietà intellettuale e la violazione dei marchi ex d.lgs. 231/2001 nel settore della moda. *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, v. 9, n. 4, p. 117, 2014.

Uma etapa muito importante na evolução da disciplina sobre crimes informáticos e cibernéticos remonta a 2001. A nível internacional, surge a Convenção de Budapeste* (Cyber crime Convention), emitida pelo Conselho da Europa e ratificada pela Itália com a Lei n.º. 48 de 2008, que delineou as fatispécies de crimes cibernéticos de forma abrangente, adotando uma ótica diferente da utilizada anteriormente na lei de 1993. Se esta última lei de 1993 representou o primeiro passo do legislador italiano nas questões relativas aos crimes informáticos, constituindo o marco da legislação nacional sobre a matéria, no sentido de combater concretamente os crimes informáticos, a Lei n.º. 48 de 2008 significou que o ordenamento jurídico italiano poderia criar *ex novo*, reformular e adaptar o quadro dos crimes cibernéticos às indicações provenientes em âmbito internacional por meio da Convenção de Budapeste.

Para dar alguns exemplos, podemos citar o fato de que no art. 1º da Convenção são citadas algumas definições muito importantes para fins de enquadramento dos casos a serem sancionados penalmente, dentre elas a de sistema de informática, dados informáticos, *service provider* e transmissão de dados.

Do art. 2º em diante, são elencados os crimes que os Estados membros da União Europeia são obrigados a incluir no seu ordenamento jurídico. O art. 2º, em especial, é dedicado ao acesso ilegal a um sistema informático, enquanto o art. 3º refere-se à interceptação abusiva, e por fim o art. 8º refere-se à fraude informática. É interessante observar que no art. 2º, o termo “introdução” não é mencionado, como, por sua vez, estava previsto na lei italiana de 1993.

Ressalta-se, ainda, que a disciplina instituída pela lei de 1993, a qual introduziu o art. 640 *ter* do Código Penal, em matéria de fraude informática, está em plena consonância com o art. 8º da Convenção.

A Convenção de Budapeste, quanto ao dano, previu no art. 4º o ataque à integridade dos dados; enquanto no art. 5º, previu o ataque à integridade de um sistema, ainda mais grave se este for de utilidade pública (e.g. banco de dados ministerial). A esse respeito, o legislador italiano, com a lei n.º. 48 de 2008, além de substituir o art. 635-*bis* do Código Penal, introduziu mais três casos aos artigos 635

36 O preâmbulo da Convenção de Budapeste esclarece que o objetivo do acordo é a prossecução de uma política comum entre os Estados europeus, também no campo penal, destinada à proteção da sociedade contra a criminalidade informática, também tendo em conta as mudanças dependentes da introdução da tecnologia digital e a globalização dos crimes informáticos. Assim, por um lado, trata-se de tutelar o sigilo, a integridade e a disponibilidade dos sistemas informáticos, redes e dados conexos. Por outro lado, de combater a utilização indevida desses sistemas. Por outro lado, ainda, de assegurar o equilíbrio entre a repressão de condutas ilícitas e o respeito aos direitos humanos fundamentais, incluindo, obviamente, o direito de procurar, receber, transmitir informações, ideias e opiniões.

ter, 635 quater, 635 quinquies do Código Penal, os chamados *digital crimes*, que são idealmente divididos em três grupos. A primeira classe de hipóteses compreende o dano de *hardware* e *software*; o segundo grupo é integrado pela detenção e difusão de *software* ou *hardware* com o escopo de cometer crimes. Por fim, com o terceiro agrupamento, foram incluídos no Código a violação da integridade de dados e os danos a sistemas informáticos ou telemáticos, ampliando assim a tutela original prevista Convenção de Budapeste.

Alguns exemplos de crimes informáticos também consistem em delitos contra a fé pública. Para tanto, são relevantes a falsificação de documentos informáticos, nos termos do art. 491-*bis* do Código Penal (e.g. falsificação da assinatura digital), e o art. 495-*bis* do Código Penal, relativo à falsa declaração ou atestado ao certificador de assinatura eletrônica. No plano processual, a lei n.º. 48/2008 introduziu então um novo e interessante caso de confisco, dessa vez relativo a ferramentas informáticas ou telemáticas utilizadas para a prática de crimes contra o patrimônio nos termos do parágrafo 1-*bis* do art. 240 do Código Penal.

Parece evidente como o legislador italiano, desde 1993, tentou identificar novos tipos de crimes informáticos com o objetivo principal de combater a criminalidade informática, sem, no entanto, proceder à criação de um *corpus* normativo autônomo, que pudesse ter o mérito de regulamentar a matéria de forma unificada.

Tais figuras criminosas estão em constante evolução, aumentando exponencialmente, graças à polivalência múltipla da Internet, à conseqüente difusão do desenvolvimento das redes sociais e *social media* em geral, e afetam não só o patrimônio, mas cada vez mais também a pessoa. Como confirmação da atenção do legislador para com os perigos inerentes à utilização da *web* e das redes sociais, tem-se a lei n.º. 71, de 29 de maio de 2017, que regulamentou o alarmante fenômeno do *cyberbullying*³⁷, entendido como

(...) qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti online aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di

37 Vide PANICALI, C. Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenali) predisposti dalla legge n. 71/2017 e la tutela penale. *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 6, p. 2081, 2017.

isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo³⁸.

Trata-se de uma definição que contém uma espécie de catálogo de crimes que podem ser cometidos pelo *cyberbully*: pensa-se na chantagem que normalmente é uma expressão sinônima de extorsão; pensa-se no conceito muito amplo e genérico de “qualquer forma de pressão”, que inclui também o conceito de ameaça e o de violência privada; pensa-se no conceito de conspurcação que remete para os crimes de difamação ou de injúria, aliás expressamente indicado na mesma lista; por fim, pensa-se no conceito de “qualquer forma de agressão”, que inclui, entre outras coisas, espancamentos e ferimentos muito leves.

Mas também as questões relativas à segurança dos sistemas informáticos e à segurança das redes, a chamada *cyber security*³⁹, são objeto de particular atenção por parte do legislador nacional⁴⁰, ainda que a nível mundial se lamente a ausência de uma regulamentação supranacional unificada com base em regras comuns para julgar os criminosos informáticos e sancionar os crimes informáticos que atentem contra a *cyber security*. A tal propósito, importa referir a recente iniciativa da Comissão Europeia, que fundou o *European Cybercrime Centre (EC3)*⁴¹ em 2013 para resolver problemas relacionados com a *cyber security*, tendo como principal objetivo o combate aos crimes informáticos por parte da União Europeia. Tal iniciativa pode ser um bom presságio para a criação de disciplinas normativas unificadas para combater a criminalidade informática a nível global.

38 Trad. Qualquer forma de pressão, agressão, assédio, chantagem, injúria, conspurcação, difamação, usurpação de identidade, alteração, aquisição ilícita, manipulação, tratamento ilícito de dados pessoais em detrimento de menores, efetuado por via eletrônica, bem como a divulgação de conteúdo online também relativo a um ou mais membros da família do menor cujo objetivo intencional e predominante seja isolar um menor ou um grupo de menores por meio de um abuso grave, um ataque prejudicial ou sua ridicularização.

39 Cfr. MARCHETTI, R.; MULAS, R. *Cyber security. Hacker, terroristi, spie e le nuove minacce del web*, Roma: Luiss University Press, 2017.

40 Vide BALDONI, R.; DE NICOLA, R.; PRINETTO, P. *Il Futuro della Cybersecurity in Italia: Ambiti Progettuali Strategici*. Roma: Laboratorio Nazionale di Cybersecurity, 2018; BALDONI, R.; MONTANARI, R. *2015 Italian Cybersecurity Report. Un Framework Nazionale per la Cybersecurity*. Roma: Research Center of Cyber Intelligence and Information Security - Sapienza Università di Roma, 2017; DE LUCA, V.; TERZI DI SANT'AGATA, G.; VOCE, F. *Il ruolo dell'Italia nella sicurezza cibernetica. Minacce, sfide e opportunità*. Milano: Franco Angeli, 2018.

41 *European Cybercrime Centre - EC3, Combating crime in a digital age*. Disponível em: <<https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3>>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTOLISEI, F. *Manuale di diritto penale*. v. 2. Milano: Giuffrè, 1994.
- BALDONI, R.; DE NICOLA, R.; PRINETTO, P. *Il Futuro della Cybersecurity in Italia: Ambiti Progettuali Strategici*. Roma: Laboratorio Nazionale di Cybersecurity, 2018.
- BALDONI, R.; MONTANARI, R. *2015 Italian Cybersecurity Report. Un Framework Nazionale per la Cybersecurity*. Roma: Research Center of Cyber Intelligence and Information Security - Sapienza Università di Roma, 2017.
- BORRUSO, R.; BUONOMO, G.; CORASANITI, G.; D'AIETTI, G. *Profili penali dell'informatica*. Milano: Giuffrè, 1994.
- COCCO, G; AMBROSETTI, E. M. *Trattato breve di diritto penale: parte speciale*. Padova: Cedam, 2014.
- D'ADAMO, G.; NAJ-OLEARI, M., La proprietà intellettuale e la violazione dei marchi ex d.lgs. 231/2001 nel settore della moda. *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, v. 9, n. 4, pp. 117-129, 2014.
- DE LUCA, V.; TERZI DI SANT'AGATA, G.; VOCE, F. *Il ruolo dell'Italia nella sicurezza cibernetica. Minacce, sfide e opportunità*. Milano: Franco Angeli, 2018.
- FIORELLA, A. verbete Reato in generale. *Enciclopedia del diritto*, v. 38, pp. 770-816, 1987.
- GIANNANTONIO, E. *Manuale di diritto dell'informatica*. Padova: Cedam, 1994.
- MARCHETTI, R.; MULAS, R. *Cyber security. Hacker, terroristi, spie e le nuove minacce del web*, Roma: Luiss University Press, 2017.
- PANICALI, C. Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenali) predisposti dalla legge n. 71/2017 e la tutela penale. *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 6, pp. 2081-2099, 2017.
- PECORELLA, C. *Diritto penale dell'informatica*. Padova: Cedam, 2006.
- PICOTTI, L. La rilevanza penale degli atti di "sabotaggio" ad impianti di elaborazione dati. *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, v. 2, n. 3, pp. 969-979, 1986.
- _____. La nozione di "criminalità informatica" e la sua rilevanza per le competenze penali europee. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 24, n. 4, pp. 827-864, 2011.
- _____. Sicurezza informatica e diritto penale. In: DONINI, M.; PAVARINI, M. (org.). *Sicurezza e diritto penale*. Bologna: Bononia University Press, 2011. pp. 230 ss.
- _____. Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione di insieme. In: CADOPPI, A.; CANESTRARI, S.; MANNA, A.; PAPA, M. (dir.). *Trattato di diritto penale: Cybercrime*. Torino: UTET, 2019. pp. 35-97.
- SARZANA, C. *Informatica e diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1994.
- TOSI, E. Computer crimes: il Computer Misuse act 1990. *Rivista Penale*, n. 10, pp. 825 ss., 1992.
- WEISMANN, M. F. International Cybercrime: Recent Developments in the Law. In: CLIFFORD, R. D. (ed.). *Cybercrime*. 3 ed. Durham: Carolina Academic Press, 2011. pp. 257-258.

Quem tem medo de Lina Khan?

VINÍCIUS KLEIN, JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES, EDUARDO MOLAN GABAN

Resumo

A nomeação da Professora Lina Khan para a presidência do Federal Trade Commission tem gerado inúmeros debates. A implantação de uma agenda de mudanças ligada ao movimento Hipster Antitruste como uma resposta aos desafios dos mercados digitais é vista por alguns como um distanciamento da teoria econômica e uma superação dos conceitos econômicos desenvolvidos pela Escola de Chicago. Entretanto, a agenda transversal desenvolvida não representa uma fuga da teoria econômica. Afinal, trata-se muito mais da sua adaptação ao contexto institucional atual e aos desafios dos mercados digitais do que o seu abandono.

Palavras Chave

Hipster Antitruste, mercado digitais,

Key Words

Hipster Antitrust, digital markets,

1_ INTRODUÇÃO

O memorando de 22 de setembro de 2021 do FTC ligou os holofotes sobre os desafios da defesa da concorrência e o papel da teoria econômica nos mercados digitais. Um dos principais nomes do movimento chamado “*hipster antitruste*” Khan tem sido uma das principais vozes da nova geração de pesquisadores que defendem um *enforcement* mais rígido do Direito Concorrencial, o que ficou evidente com a publicação de seu famoso artigo de 2016 intitulado «*Amazon’s Antitrust Paradox*»¹. A nomeação em 15 de junho de 2021 da Professora Lina Khan – a principal expoente do movimento *Hipster Antitruste* – para assumir a presidência da Federal Trade Commission - FTC pelo Presidente norte-americano Joe Biden e a nomeação de outro

¹ KHAN, Lina M. Amazon’s Antitrust Paradox. *Yale Law Journal*, 126 (3) 2016, p. 710-805.

grande nome desse movimento, o Professor Tim Wu, para o Conselho Econômico Nacional são sinais claros nesse sentido.

Em 2016, Khan já argumentava que o atual modelo focado no bem-estar do consumidor seria inadequado para avaliar empresas de tecnologia dominantes. O artigo ganhou grande repercussão e manchetes nos principais veículos especializados.

Após os desafios enfrentados nos primeiros meses que seguiram desde a sua nomeação, Khan descreveu no recente Memorando os cinco princípios de seu plano: i) promover uma “abordagem holística para identificar danos, reconhecendo que as violações ao direito antitruste e à proteção ao consumidor prejudicam trabalhadores e empresas, bem como consumidores² ; ii) concentrar-se nas “causas raízes”, em vez de olhar para os efeitos pontuais³; iii) integrar mais “ferramentas analíticas” para promover avaliações mais empíricas das práticas de negócios⁴; iv) olhar para o futuro» e agir rapidamente para mitigar os danos (incluindo atenção especial às tecnologias e inovações indústrias nascentes em todos os setores)⁵; v) “democratizar” o FTC, garantindo que o órgão esteja «em sintonia com os problemas reais que os americanos enfrentam em suas vidas diárias»⁶.

2 First, we need to take a holistic approach to identifying harms, recognizing that antitrust and consumer protection violations harm workers and independent businesses as well as consumers. Focusing on power 1 asymmetries and the unlawful practices those imbalances enable will help to ensure our efforts are geared towards tackling the most significant harms across markets, including those directed at marginalized communities. Broadening our frame can also help surface the macro effects of our policy decisions, such as the relationship between market structure and supply chain fragility, or data consolidation and security vulnerabilities. USA. FTC. Memorandum. Vision and Priorities for the FTC. Sept. 22,2021.

3 Second, we need to orient our enforcement efforts around targeting root causes rather than looking at one- off effects. This means focusing on structural incentives that enable unlawful conduct—be it certain conflicts of interest, business models, or structural dominance—as well as looking upstream at the firms that are enabling and profiting from this conduct. Focusing enforcement efforts towards targeting and rectifying root causes can avoid a whack-a-mole approach that imposes significant enforcement burden with few long-term benefits. USA. FTC. Memorandum. Vision and Priorities for the FTC. Sept. 22,2021.

4 Third, we need to invest in a more rigorous and empiricism-driven approach to understanding market behaviors and business practices. While enforcers routinely suffer from information asymmetries, adopting a more interdisciplinary approach can help mitigate blind spots and narrow the gap between theory and practice. To achieve this, we need to incorporate a greater range of analytical tools and skillsets into the agency’s work and foster greater collaboration among disciplines. USA. FTC. Memorandum. Vision and Priorities for the FTC. Sept. 22,2021.

5 Fourth, we need to be forward-looking in anticipating problems and taking swift action. On both the competition and the consumer protection sides, this means being especially attentive to next-generation technologies, innovations, and nascent industries across sectors. Timely intervention—be it checking anticompetitive conduct that would lead markets to tip, or targeting unfair practices before they become widely adopted—can help us tackle problems at their inception, both limiting harms and saving resources over the long term. USA. FTC. Memorandum. Vision and Priorities for the FTC. Sept. 22,2021.

6 Finally, we need to further democratize the agency. This means recognizing the agency as a public body whose work shapes the distribution of power and opportunity across our economy. It also means ensuring the Commission is in tune with the real problems that Americans are facing in their daily lives and using that understanding to inform our work. USA. FTC. Memorandum. Vision and Priorities for the FTC. Sept. 22,2021.

Sem entrarmos na definição das três prioridades políticas específicas com base nessas metas recentemente divulgadas, vamos retomar um passado histórico fundamental para compreender o alvoroço que a jovem líder do FTC tem causado nos bancos acadêmicos e nos *boards* das empresas. Afinal de contas, como ficam as diretrizes e fundamentos construídos pela teoria econômica em mais de 100 anos de aplicação do Sherman Act?

A construção e a imposição da legislação concorrencial estão muito ligadas à teoria econômica. Tanto é assim que o debate concorrencial desempenhou um papel central no surgimento do *Law and Economics*⁷ na sua versão atual, na década de 1960, ou no que se convencionou chamar de primeira onda de Law and Economics em 1890 (não por acaso ano de publicação do Sherman Act). Por outro lado, a trajetória histórica da legislação concorrencial é marcada por embates de teoria econômica, em especial na sua gênese nos EUA.

Esses embates podem ser observados por meio, inicialmente, da Escola de Harvard⁸ e posteriormente com a construção concomitante de uma nova teoria microeconômica e de Organização Industrial pela Escola de Chicago⁹, que passaria a ser prevalente. Atualmente, tem-se um momento bastante interessante de renascimento do debate concorrencial na esfera pública e de debates mais intensos quanto aos seus fundamentos.

Assim, neste artigo também chamamos os leitores às seguintes provocações: i) o paradigma do bem-estar do consumidor ficou ultrapassado? e ii) qual será o papel dos conceitos econômicos e, portanto, do *law and economics* na era digital?

Afinal, o Direito Concorrencial está vivendo um momento de críticas aguerridas à Escola de Chicago e ao seu conceito central, o paradigma do bem-estar do consumidor (*consumer welfare*), como se pode observar no cenário norte-americano. Assim, abordagens rivais à Escola de Chicago, como o já mencionado movimento Hipster Antitruste tem ganhado espaço¹⁰. Mesmo que as diversas propostas legislativas de ajuste mais ou menos intensos na legislação concorrencial norte-

7 Esta classificação foi apresentada por HOVENKAMP. Cf. HOVENKAMP (1990). The First Great Law & Economics Movement. *Stanford Law Review*, 42 (1), p. 993- 1058.

8 “A Escola de Harvard, também denominada escola estruturalista, posicionava-se contra a concentração de poder de mercado. Essa escola considera importante evitar as excessivas concentrações de poder de mercado, em razão das disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas”. Ver mais em: DOMINGUES, Juliana; GABAN, Eduardo. Direito Antitruste. 4 ed. Saraiva. São Paulo, 2016. P.88

9 (...) os teóricos da Nova Escola de Chicago enfatizaram as explicações sobre eficiência para vários fenômenos, incluindo concentrações industriais, fusões e restrições contratuais (...). Ver mais em: DOMINGUES, Juliana; GABAN, Eduardo. Direito Antitruste. 4 ed. Saraiva. São Paulo, 2016, p. 91.

10 DOMINGUES, J.; GABAN, E. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “neobrandeisiano”. Revista Justiça do Direito, v. 33, n. 3, p. 222-244, 31 dez. 2019.

americana não sejam aprovadas, a legislação concorrencial em vigor pode sofrer mudanças significativas no tocante à sua interpretação e abrangência na aplicação.

O presente artigo não se ocupará da perspectiva europeia uma vez que para a análise de mercados digitais a Comissão Europeias tem sido mais arrojada há algum tempo. A grande novidade tem sido a postura norte-americana e as expectativas são elevadas diante capacidade de influência do direito antitruste brasileiro pelo norte-americano, sobretudo no tocante aos critérios de análise de casos concretos.

Diferentemente do que ocorre nos EUA, a questão concorrencial não ocupa um espaço de destaque no espaço público brasileiro, mas os efeitos desse movimento nos EUA tem potencial de influência global, notadamente no Brasil. Esse fenômeno já foi percebido no passado e, provavelmente, deve se repetir mesmo diante do nível de heterogeneidade das legislações concorrenciais em vigor mundo afora.

O fenômeno da exacerbada concentração de poder econômico por meio dos trusts Standard Oil e US Steel Corporation motivara a fundação do movimento anti-trust e a criação da figura dos *trust-busters* (caçadores de trustes). A publicação do Sherman Act, em 1890 foi seu primeiro marco normativo e Theodore Roosevelt, o primeiro *trust-buster*. 130 anos depois, o avanço dos mercados digitais, dos ecossistemas digitais e o aumento exacerbado do poder econômico das *Big Techs* motivaram o ressurgimento do movimento *anti-trust* e reacenderam o esquecido papel dos *trust-busters* dos anos 1900, só que agora essa mistura de ideologia retrô com contemporaneidade (também conhecida como o movimento *Hipster Antitruste*) conta com uma massa crítica de conhecimento do enfrentamento do poder econômico da mesma faixa etária.

Este artigo se ocupará de atribuir olhar para esse fenômeno com enfoque nos mercados digitais. Para tanto, revisitaremos o histórico da linguagem do conhecimento decorrente da aplicação centenária da teoria econômica e da teoria jurídica. Na sequência, trataremos das repercussões das políticas públicas definidas como prioritárias pelo memorando de setembro de 2021 do FTC para, ao final, respondermos qual seria o papel da teoria econômico-jurídica diante deste movimento “disruptivo” da atual política antitruste nos EUA.

2_ TEORIA ECONÔMICA E TEORIA JURÍDICA EM DEFESA DA CONCORRÊNCIA: DOS BABY BOOMERS AOS CORONA-BABIES

A construção e a aplicação da legislação concorrencial passam, inevitavelmente, por conceitos econômicos e por teorias econômicas¹¹. Afinal, a compreensão do funcionamento do sistema de mercado demanda um olhar transversal e holístico dos setores e mercados. A própria definição do “mercado relevante” foi, por muito tempo, o coração da análise antitruste, sendo que, quando tratamos das *big techs*, este desafio se torna ainda mais evidente. O desafio que muitos tratam se refere aos critérios atuais que “deixam passar” operações que não são submetidas à autoridade concorrência¹², mas existem outros desafios mais complexos como alguns estudos recentes procuraram evidenciar a dificuldade de definição de mercado relevante em mercados que são movidos a dados e não necessariamente concorrem no que seria o “mercado relevante tradicional¹³”.

No âmbito da Escola de Chicago, os argumentos econômicos produziram um isolamento de questões políticas e generalistas (tais como a influência política das grandes corporações e os seus aspectos redistributivos) e a aplicação de parâmetros exclusivamente econômicos transformaram o Direito Concorrencial “uma tecnocracia¹⁴”. Aliás, não foi a inserção de conceitos econômicos criação

11 Nesse sentido, afirmam Kovacic e Shapiro: “By enlisting the courts to elaborate the Sherman Act’s broad commands, Congress also gave economists a singular opportunity to shape competition policy. Because the statute’s vital terms directly implicated economic concepts, their interpretation inevitably would invite contribution from economists. What emerged is a convergence of economics and law without parallel in public oversight of business. As economic learning changed, the contours of antitrust doctrine and enforcement policy eventually would shift, as well. (KOVACICI, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of Economic Perspectives*, 14 (1), 2000, p. 43.)

12 DOMINGUES, Juliana. Big techs e o direito antitruste 4.0. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, jun. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2019/06/big-techs-e-o-direito-antitruste-40.shtml>>. Acesso em: 14 out. 2021.

13 “Assim sendo, para que se possa criar uma orientação de análise de casos de conduta unilateral é necessário, antes de tudo, especificar como se dará a definição de mercado relevante no ambiente digital. Sobre este assunto, é preciso adaptar o teste do monopolista hipotético[viii], muito utilizado para a definição dos mercados relevantes. Mercados de plataforma, por exemplo, não se encaixam perfeitamente no teste, merecendo especial cuidado para considerarem-se as externalidades decorrentes dos múltiplos agentes envolvidos nos vários lados do mercado – já que podem ser entendidos como mercados de múltiplos lados”. DOMINGUES, Juliana; GABAN, Eduardo; SILVA, Breno. *Direito Antitruste 4.0. e o abuso de posição dominante nos mercados digitais*. JOTA. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniaio-e-analise/artigos/direito-antitruste-4-0-e-o-abuso-de-posicao-dominante-nos-mercados-digitais-17122018>>. Acesso em: 14 out. 2021.

14 Nesse sentido afirma CRANE: “This Article argues that antitrust has undergone a technocratic shift in the more general sense of the word. The antitrust enterprise has become more technocratic in the sense that antitrust decision making is increasingly insulated from popular political pressures and delegated to industrial-policy specialists and problem solvers. Ironically, although the original technocrats favored displacing private-market ordering with centralized governmental administration, the technocratic shift in antitrust has tended to correlate with a trend in just the opposite direction—toward greater faith in private-market ordering and deregulation and toward a rejection of central planning as an administrative modality. Antitrust’s modern technocrats see their task largely as enforcing a set of legal industrial norms predicated on a competitive-market capitalist system.” Cf. CRANE, Daniel A. *Technocracy and Antitrust*. *Texas Law Review*, 86 (6), 2008, p. 1163.

da Escola de Chicago, já que a legislação concorrencial é um substrato da união entre o direito e a economia. Desde sempre foi orientada para questões econômicas e não comporta aversões à economia¹⁵.

Vale lembrar que a tese do “*to big to regulate*” tantas vezes utilizada no debate atual também não é recente: mesmo no âmbito da Escola de Harvard a teoria econômica definia a imposição antitruste¹⁶, como por exemplo a cisão da *Standard Oil* em 34 companhias por decisão da Suprema Corte dos EUA em 1911¹⁷.

Para além da questão da eficiência como objetivo primordial do Direito Concorrencial, alguns outros conceitos “heterodoxos” (i.e., combate à pobreza, perda de empregos etc.) passaram a ser avaliados. Ninguém pode negar a relevância de combater a pobreza ou de preservar os empregos. Entretanto, há uma preocupação legítima com este potencial “alargamento” do antitruste: afinal, tudo pode se tornar uma questão a ser tratada pelo antitruste?

O próprio histórico do antitruste não está alinhado com essa interpretação. Afinal de contas, o antitruste não é a única ferramenta normativa existente para se perseguir os objetivos de uma nação.

Dando um salto para o século XXI e com a aceleração do movimento disruptivo, temos novos conceitos novos como inovação predatória¹⁸, o surgimento de Mavericks, entre outros fenômenos novos nunca deixaram de ter relação com a teoria econômica.

3_ OS DESAFIOS DOS MERCADOS DIGITAIS E A ANSIEDADE POR NOVOS PARADIGMAS

Tal como vem sendo debatido à exaustão, a economia digital e as *big techs* (i.e., *Amazon, Facebook, Apple, Google*) produziram novos desafios ao Direito Antitruste. Neste contexto, e especialmente a partir das obras livro de Wu e de um artigo de

15 EISNER, Marc Allen. **Antitrust and the Triumph of Economics**: institutions, expertise and policy change. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1987, p. 117-118.

16 HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**: the law of competition and its practice. 3.ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005, p. 59-61.

17 **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1 (1911).

18 DOMINGUES, Juliana; GABAN, Eduardo; SILVA, Breno. Direito Antitruste 4.0. e o abuso de posição dominante nos mercados digitais. JOTA. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-antitruste-4-0-e-o-abuso-de-posicao-dominante-nos-mercados-digitais-17122018>>. Acesso em: 14 out. 2021.

Khan acendeu-se a chama do denominado *Hipster Antitrust*¹⁹.

A proposta Hipster Antitruste parte da premissa de restringir o objetivo do antitruste ao bem-estar do consumidor (consumer-welfare approach) impõe-lhe sérias limitações ao seu alcance material²⁰. Como historicamente o bem-estar do consumidor acaba sendo medido por menores preços, o critério da consumer-welfare não foi capaz de barrar movimentos de extrema concentração econômica, bem como comportamentos abusivos que acabaram por deteriorar sobremaneira as condições de concorrência. Isso, em última análise, teria implicado redução no bem-estar dos consumidores, piorado as condições dos trabalhadores e aumentado a pobreza²¹.

O movimento *Hipster Antitrust* não traz apenas essa questão, mas levanta uma série de problemas sociopolíticos que defendem sejam mitigados pelo direito antitruste. Tais problemas são velhos conhecidos, tais como: i) o aumento da desigualdade²², ii) as preocupações com diminuições salariais²³ e iii) a concentração do poder político²⁴.

O movimento também costuma ser conhecido como “*New Brandeis Movement*²⁵” e ganhou adesão com os movimentos de concentração econômica que

-
- 19** “Hipster Antitrust é uma terminologia que fora cunhada pelo advogado Konstantin Medvedovsky, em junho/2017, tendo sido popularizada com o auxílio do ex-conselheiro do FTC, Joshua D. Wright. [...] Medvedovsky chamou atenção mundial ao usar a expressão *Hipster Antitrust* para relacionar as expressivas multas sobre condutas unilaterais anticompetitivas das empresas de tecnologias impostas pela Comissão Europeia às preocupações dos anos 60 nos EUA, em que “ser grande é ruim necessariamente”. *Hipster* expressa, assim, um movimento de retorno, *vintage*” Cf. SCHMIDT; Christiane Alkmin J. Hipster Antitrust: poder de mercado e bem-estar do consumidor na Era da Informação. **Antitruste Law and Economics**. JOTA, 28/12/2018. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/hipster-antitrust-poder-de-mercado-e-bem-estar-do-consumidor-na-era-da-informacao-28122018>> Acesso em: 20 nov. 2019.
- 20** WU, Tim. After Consumer Welfare, Now What? The “Protection of Competition” Standard In Practice. **The Journal of Competition Policy International**, 2018, p. 1-12. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3249173>
- 21** WU, Tim. **The Curse of Bigness: antitrust in the new gilded age**. New York: Columbia Global Reports, 2018, p. 91.
- 22** HOVENKAMP, Herbert, Antitrust Policy and Inequality of Wealth (October 2017). **CPI Antitrust Chronicle**, October 2017, P. 1.; U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 17-26. De outro ponto de vista, veja-se: BAKER, Jonathan; SALOP, Steven. Antitrust, Competition Policy, and Inequality. **Georgetown University Law Center**, 104 Georgetown Law Journal, 2015, p. 27. Disponível em: < <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2474&context=facpub>> Acesso em: 27 nov. 2019.
- 23** Veja-se nos EUA: NAIDU, S.; POSNER, E. A.; WEYL, E. G. Antitrust Remedies for Labor Market Power. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, 23 fevereiro 2018. No Brasil, vale observar: O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste. **Revista do IBRAC**, v. 24, n. 2, p. 65/93, 2018. Ver também: DOMINGUES, Juliana Oliveira; RIVERA, A. A. L.; MENDONÇA; N. **Acordos de Não contratação: o antitruste o e Direito do Trabalho**. Jota. Opinião & Análise. 2019.
- 24** Veja-se: WU, Tim. **The Curse of Bigness: antitrust in the new gilded age**. New York: Columbia Global Reports, 2018. Veja-se, também: PITOFSKY, Robert. The Political Content of Antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, 127 (4), 1979, p. 1051-1075.
- 25** “GLICK, Mark. The Unsound Theory Behind the Consumer (and Total) Welfare Goal in Antitrust. **Roosevelt Institute Working Paper**, 2018, p. 3. Disponível em: <<https://rooseveltinstitute.org/wp-content/uploads/2018/11/The-Unsound-Theory-Behind-the-Consumer-and-Total-Welfare-Goal-in-Antitrust-final-1.pdf>>
-

motivam diversas investigações às chamadas *Big Techs* em diversas jurisdições.

E como tudo hoje se tornou campo para polarização, de um lado, há quem defenda que o movimento *hipster* reforça rejeição à metodologia econômica e da política baseada em evidências²⁶ em razão de premissas como «grande é ruim». Entretanto, de outro, há quem defenda o momento atual seja oportuno para colocar a adaptação da teoria econômica aplicada a concorrência para a economia digital²⁷.

Não se nega que a concentração exacerbada de poder econômico potencializa comportamentos oportunistas. Nessa linha, inegável é que há hipóteses concretas de abusos de poder econômico. Assim, as políticas públicas direcionadas ao antitruste sempre foram instrumentos importantes em qualquer democracia²⁸. A criação de uma política de defesa da concorrência pavimenta um ambiente mais competitivo e a busca de maior concorrência nos mercados. Não sem razão, na prática, as leis de defesa da concorrência coíbem não apenas abusos, mas também podem limitar uma concentração excessiva de poder econômico.

Mirando brevemente o passado, é inegável que houve excessos. A análise do histórico dos primeiros grandes trustes que motivaram o movimento anti-trust nos EUA evidencia muito bem como funcionou (e ainda funciona) a relação simbiótica e de retroalimentação entre a concentração de poder econômico e a concentração de poder político²⁹. Esse fenômeno persuadiu (e ainda persuade) as nações sobre a necessidade de haver mecanismos de controle, crendo-se ser o antitruste grande protagonista nesse sentido.

Observamos, todavia, que o fenômeno da concentração econômica na era digital possui características e dinâmicas próprias que destoam da exacerbada concentração experienciada nos EUA nos anos 1890 e, assim, desafiam os padrões tradicionais de análise econômico-jurídica subjacentes ao antitruste. Há, por exemplo, empresas de tecnologia ou “*Mavericks Firms*” que não possuem faturamento

26 WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice. **Fordham Law Review**. Disponível em: < https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/goals-antitrust-welfare-trumps-choice/130320goalsofantitrustbp4.pdf> Acesso em: 20 nov. 2019.

27 NEWMAN, John M., Reactionary Antitrust. **Concurrences Reveu**, 4, 2019, p. 66-72. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3454807>

28 Neste sentido: DOMINGUES, Juliana Oliveira e GABAN, Eduardo Molan. Livre Iniciativa, Livre Concorrência e Democracia: Valores Indissociáveis do Direito Antitruste? In. NUSDEO, Fábio (Coord.) PINTO, Alexandre Evaristo (Org.). **A Ordem Econômica Constitucional – Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 111 – 130.

29 DOMINGUES, Juliana Oliveira e GABAN, Eduardo Molan. Livre Iniciativa, Livre Concorrência e Democracia: Valores Indissociáveis do Direito Antitruste? In. NUSDEO, Fábio (Coord.) PINTO, Alexandre Evaristo (Org.). **A Ordem Econômica Constitucional – Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 111-130

suficiente e que, por essa razão, não passam no crivo do controle de estruturas³⁰ das autoridades que aplicam o Direito Antitruste. O cenário que se desenha diante dessas novas questões estimulam os argumentos que a teoria econômica limitaria tanto a compreensão quanto a análise da concorrência em alguns mercados “não tradicionais”, baseados em “dados” ou em “atenção” o que, supostamente, poderia favorecer uma concentração de poder de grandes empresas de tecnologia.

Seria correta, assim, a presunção de que a teoria econômica do antitruste seria incapaz de responder a esses desafios? Ou, dito de outra forma, seriam tais críticas à economia antitruste desenvolvida a partir da Escola de Chicago suficientes para afirmar uma fragilidade do modelo econômico atual? Ao que parece, alguns autores partem de pressupostos e premissas relacionadas à ausência de neutralidade política e de racionalidade em muitas decisões dos agentes econômicos. Entretanto, não podemos negar que o uso da teoria econômica no próprio movimento de *law and economics* é bastante heterogêneo em seu escopo e métodos³¹, não se limitando a baseado em critérios de eficiência.

Se de um lado o *New Brandeis Movement* nos provoca a refletir sobre os fundamentos da legislação concorrencial e coloca em dúvida as premissas até então adotadas, de outro também provoca a defesa dos padrões tradicionais por grupos respeitados. Hovenkamp³², Orbach e Rebling³³, Whright e Ginsburg, por exemplo, defendem os pressupostos da Escola de Chicago e à orientação de Bork. Regra geral, sustentam que a *análise* deve se basear em critérios econômicos objetivos e mensuráveis. Além disso, o bem-estar do consumidor e o combate às práticas anticompetitivas devem ser os focos centrais sem se basear unicamente no tamanho das empresas³⁴.

30 Conforme Domingues (2019): “Na tradicional análise antitruste, as questões que emergem não são simples de endereçamento mesmo quando se trata de controle prévio. Note-se, por exemplo, que as leis antitruste possuem critérios de faturamento para determinar obrigatoriedade ou não de submissão de operações empresariais. Entretanto, os critérios tradicionais podem ser incapazes de detectar problemas de monopolização, como é o caso de algumas das big techs. A aquisição do WhatsApp pelo Facebook é um bom exemplo: uma operação avaliada em mais de US\$ 20 bilhões, mas que não despertou a atenção das autoridades antitruste, inclusive do Cade (onde sequer precisou ser notificada em razão do baixo faturamento do WhatsApp), uma vez que não cumpria os critérios da nossa lei antitruste. Vale recordar que, em 2012, antecipamos o problema no artigo “Nova lei antitruste permitirá a criação de monopólios”. Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Big Techs e o Direito Antitruste** 4.0. Folha de S. Paulo, 13 de jun. de 2019.

31 No próprio movimento de Law and Economics tem-se várias abordagens alternativas a desenvolvida por POSNER. Nesse sentido ver: KLEIN, Vinicius. Posner é a única opção?. In: RIBEIRO, Marcia Carla P.; KLEIN, Vinicius (orgs). **O que é a Análise Econômica do Direito – uma introdução**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 201, p. 173-180.

32 HOVENKAMP, H. **Antitrust Policy and Inequality of Wealth**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2017.

33 ORBACH, B; REBLING, G. The antitrust curse of bigness. **Southern California Law Review**, 85 (11), 2012, p. 605-655.

34 HOVENKAMP, H. **Antitrust Policy and Inequality of Wealth**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2017. p. 2.

Em sentido oposto temos autores da linha “new-brandeis” como Khan e Bogus que defende um novo paradigma antitruste. Aliás, a proposta de Bogus é instigante, pois o autor reforça a necessidade de estudo das eficiências de mercado e da manutenção do bem-estar do consumidor em casos com pressupostos para o exercício do poder econômico consolidado, mas defende, ao mesmo tempo, a consideração às consequências econômicas e possíveis efeitos sociopolíticos³⁵. Claramente há um pano de fundo em seus argumentos que busca conter o tamanho das empresas³⁶ o que o coloca em desacordo com a linha mais tradicional.

Certamente são grandes os desafios para o enfrentamento dos monopólios e das concentrações econômicas nos mercados digitais, o que vem despertando atenções necessárias das autoridades, da comunidade acadêmica em geral (e global), e das organizações internacionais (OCDE, ICN, UNCTAD entre outras). Entretanto, se partirmos de uma proposta baseada em evidências, aparentemente a onda *hipster* pode carecer de instrumentos seguros que fundamentem suas reivindicações³⁷. Portanto, por mais carismática que sejam as propostas, existem perigos não desprezíveis – e históricos - ao se buscar uma abordagem antitruste mais populista e menos fundada em instrumentos seguros de análise.

4_ A TEORIA ECONÔMICA NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA DIANTE DAS PRIORIDADES FIXADAS PELO FTC

Tal como indicado no início deste artigo, o FTC divulgou recentemente não apenas as diretrizes e metas da atual gestão, mas também estabeleceu prioridades específicas. Essas prioridades possuem relação direta com o debate que se propõe neste artigo e podem ser divididas em 03, tal como veremos a seguir: 1) Revisão dos

35 BOGUS, C. The new road of serfdom: the curse of bigness and the failure of antitrust. **University of Michigan Journal of Law Reform**, 49 (1), 2015. p. 1-120.

36 Em Estudo anterior tratando da discussão aquecida nos EUA sobre se Fake News deveria, ou não, ser um problema enfrentado pelo antitruste destacamos que “[...] vale a pena recuperar a discussão trazida por Pitofsky no final da década de 70, cuja visão era ampliada sobre a abrangência do antitruste ao se posicionar pela necessidade de “reconhecer que os critérios não-econômicos e políticos devem ser assimilados pelo instrumental antitruste como passíveis de aplicação” DOMINGUES; Juliana O.; SILVA, B. M. Fake news: um desafio ao antitruste? **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 06, 2018. Disponível em: < <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/411>> Acesso em: 04 de out. 2019
Veja-se também: PITOFSKY, R. The Political Content of Antitrust. **University of Pensilvania Law Review**, v. 127, pp. 1051-1075, 1979. p. 20-21.

37 Trata-se de questão também enfrentada no artigo: DOMINGUES; Juliana O.; SILVA, B. M. Fake news: um desafio ao antitruste? **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 06, 2018. Disponível em: < <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/411>> Acesso em: 04 de out. 2019

critérios de atos de concentração; 2) atenção ao papel dos intermediários e *gate-keepers*; 3) Foco nos contratos *take-it-or-leave-it*.

Uma das prioridades lançadas pelo FTC é a revisão das diretrizes de análise de fusões e aquisições. Aparentemente, o FTC pretende impedir o fechamento negócios antes de uma análise criteriosa e tem se preocupado com a sobrecarga diante dos seus recursos escassos (o dilema do coberto curto). Com o aumento do fluxo de transações, algumas fusões ocorreram à revelia da autoridade, mesmo antes da conclusão da análise, tal como Khan destaca em seu já mencionado Memo. O FTC pretende encontrar maneiras de concentrar seus recursos para escrutinar as empresas dominantes, isto é, aquelas com evidente poder de mercado onde a ausência de concorrência torna a potencial conduta abusiva mais provável.

De acordo com o FTC, há evidências crescentes sobre efeitos deletérios do poder de mercado dessas grandes empresas o que passou a ser visto como um “problema cada vez mais sistêmico em toda a economia”³⁸. Portanto, o Memo do FTC adianta que recursos serão concentrados para analisar os atores mais significativos, dada a onda de fusões e risco real de consolidação de mercados à revelia da autoridade. Assim, extrai-se do Memo que o FTC atuará com maior vigilância e uma postura mais assertiva com sinais de descaso à massa crítica jurisprudencial desenvolvida nos últimos 130 anos.

Das questões mais importantes figura a potencial revisão das diretrizes de fusão: trata-se de esforço que o FTC declarou que irá empreender em conjunto com o DOJ³⁹. O Memorando é objetivo ao afirmar que os critérios anteriores “representaram uma estrutura um tanto estreita e desatualizada para avaliar fusões, e revisar as diretrizes é uma oportunidade para fechar as lacunas entre a teoria e a prática, estabelecendo a base para um trabalho de fiscalização mais eficaz e empiricamente fundamentado”⁴⁰.

É um fato que este tema está na ordem do dia nos debates internacionais e que muito á foi produzido até mesmo no Brasil sobre este tema⁴¹. Khan não parece

38 O FTC pretende encontrar maneiras de concentrar seus recursos para escrutinar as empresas dominantes, isto é, aquelas com evidente poder de mercado onde a ausência de concorrência torna a potencial conduta abusiva mais provável.

39 FEDERAL TRADE COMMISSION; DEPARTMENT OF JUSTICE. Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC. Disponível em: < https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596664/agency_priorities_memo_from_chair_lina_m_khan_9-22-21.pdf />. Acesso em 14 de outubro de 2021.

40 Idem.

41 ZANCHETTA, Juliana. A nova lei antitruste brasileira (NLAB): uma análise dos critérios de notificação; Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014.

ter dúvidas sobre as deficiências dos critérios atuais - especialmente às *Big Techs* - e tem reiterado a necessidade de um processo de revisão. Khan também registrou a sobrecarga da agência que compromete a capacidade de investigação de fusões significativas, aumentando o risco de falsos negativos⁴².

Assim, fica claro o enfoque que também será dado à segunda área a ser priorizada pelo FTC: o tratamento dos intermediários dominantes e os modelos de negócios extrativos. A pesquisa documenta como os *gate-keepers* e intermediários dominantes em toda a economia têm sido capazes de usar sua posição no mercado para abusar de sua posição dominante, assim como proteger e ampliar seu poder de mercado.

Os modelos de negócios que centralizam o controle e os lucros ao mesmo tempo que terceirizam riscos, responsabilidades e custos também estão, portanto, na lista de prioridades. Khan destacou no memo que se trata de “*relacionamentos profundamente assimétricos entre a empresa controladora*”. Logo os “dependentes” ficam sujeitos aos potenciais abusos. Interessante observar que Khan enfatiza “*o papel cada vez maior de private equity e outros veículos de investimento*” que motivam o FTC a examinar esses modelos de negócios, uma vez que estes podem distorcer incentivos comuns de forma a privar a capacidade produtiva e facilitar distorções à concorrência e violações de proteção ao consumidor⁴³. As evidências sugerem que muitos desses abusos afetam os mais vulneráveis.

O terceiro enfoque estará na análise de cláusulas contratuais, nomeadamente as que são impostas nos contratos “de pegar ou largar”. Khan destacou no memo que tais cláusulas distorcem a concorrência e/ou resultam práticas desleais ou enganosas. Aqui vemos a clara interface da concorrência com o direito do consumidor como uma das metas da nova gestão de Khan⁴⁴.

42 De acordo com Khan: “Identificar maneiras de reduzir os recursos e encargos da agência associados à investigação e entrada de ações judiciais contra fusões ilegais será importante à medida que procuramos maneiras de virar a página.” FEDERAL TRADE COMMISSION; DEPARTMENT OF JUSTICE. Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC. Disponível em: < https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596664/agency_priorities_memo_from_chair_lina_m_khan_9-22-21.pdf />. Acesso em 14 de outubro de 2021

43 POSNER, Eric A.; WEYL, E. Glen. **Radical Markets**. Princeton University Press, 2019.

44 Nesse sentido, veja-se trecho do memo: “Vimos como os abusos de poder de mercado e as preocupações com a proteção do consumidor podem surgir quando disposições contratuais unilaterais são impostas por empresas dominantes. Não concorrência, restrições de reparo e cláusulas de exclusão são apenas alguns dos termos sobre os quais ouvimos em nossos comentários públicos. Consumidores, trabalhadores, franqueados e outros participantes do mercado estão em uma desvantagem significativa quando são incapazes de negociar livremente os termos e condições. Concentrar-se nas disposições contratuais nesses contextos deve ajudar a revelar os tipos de restrições ou requisitos que impedem uma economia livre e justa.”

5_ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfrentar essa agenda robusta proposta por Khan (2021) exigirá que um esforço significativo da FTC tanto na atualização das diretrizes (*guidelines*) e procedimentos internos quanto na sua própria estrutura organizacional, no sentido de atingir os operacionais descritos no Memorando. Esse movimento demandará um esforço para a inclusão de preocupações retiradas da agenda concorrencial por ser menos acessíveis a partir da teoria econômica prevalente quando da consolidação da Escola de Chicago. Isso deve demandar maior interlocução e integração com órgãos regulatórios em geral, em especial de proteção de dados e de defesa do consumidor. A inclusão de objetivos diversos da eficiência não precisa ocorrer em descompasso com a teoria econômica, mas irá demandar a incorporação de um aparato econômico diverso, como por exemplo o instrumental desenvolvido pela análise custo-benefício e de impacto regulatório. Ficou evidente que haverá um trabalho forte de proteção ao consumidor de forma integrada com a concorrência.

Quanto à preocupação com o consumidor, Khan declarou que a proteção ao consumidor e concorrência caminham juntas e que essa abordagem deve ser cada vez mais integrada na análise dos casos, regras, pesquisas e outras políticas públicas. O FTC pretende maximizar a coordenação entre os departamentos com treinamento cruzado diante das interconexões que dão origem à violações antitruste e de proteção ao consumidor. Afinal de contas, a consumer-welfare envolve muito mais que menores preços, como proteção à privacidade, respeito à vontade e à liberdade dos consumidores no tocante aos seus dados pessoais.

Essa atuação conjunta não afeta a teoria econômica, uma vez que a defesa do consumidor, a política regulatória e a regulação de dados também tem sido aplicadas dentro de uma lógica de racionalidade econômica. Afinal, a atuação conjunta e transversal depende de uma compatibilidade de abordagens e não se pode dizer que os reguladores setoriais, de defesa de dados e de proteção ao consumidor seriam avessos a teoria econômica enquanto a concorrência seria muito mais próxima de uma racionalidade econômica na atuação. Assim, essa atuação conjunta não deve se dar de forma a que se abandone a teoria econômica. A própria racionalidade do abuso de poder regulatório e da análise de impacto regulatório trazidos pela Lei da Liberdade Econômica apontam no sentido da possibilidade dessa atuação conjunta no Brasil.

Ainda, conceitos como *mavericks* e inovação predatória não foram construídos em oposição ou fora da teoria econômica, mas apenas com uma base econômica diversa daquela prevalente quando do avanço da Escola de Chicago

Os novos desafios trazidos pelo cenário econômico atual e a proposta do

movimento neo-brandeiseano não afastam a relevância da teoria econômica na defesa da concorrência com apontado anteriormente.

Afinal, os desafios da economia atual, seja em função dos mercados digitais, dos mavericks ou dos mercados de plataforma podem ser melhor tratados pelo Direito Concorrencial por meio da teoria econômica.

Afinal, analisar a capacidade inovativa e possibilidade de abertura de novos mercados em função de novas tecnologias com a flexibilização da definição de mercado relevante ou mesma da participação de mercado no caso de empresas inovadoras com as mavericks não implica um afastamento da teoria econômica.

Mesmo na análise de variáveis não tão tipicamente econômicas como a concentração do poder político das grandes corporações não leva necessariamente a uma fuga da teoria econômica. Afinal, a mensuração dos custos sociais da concentração de poder político pode ser trabalhada por meio da *public choice* e do conceito de *rent-seeking*⁴⁵.

Ainda, com os avanços da economia comportamental e o ganho de relevância na teoria econômica o seu uso também no Direito Concorrencial, apesar do ceticismo de parcela da literatura⁴⁶, tem sido objeto de atenção e debate. Afinal, relaxar a hipótese de que as firmas são racionais e maximizadoras implica em um rompimento com a teoria econômica que fundamenta o Direito Antitruste.

Por outro lado, a construção pelas autoridades antitruste de formas mais realistas de análise do comportamento das firmas podem ser bastante benéfica tanto a análise de condutas e estruturas quanto a eficácia de remédios. Por exemplo, ao relaxar a hipótese de racionalidade na perspectiva da economia comportamental, uma opção padrão pode ser vista como uma barreira à entrada em função da heurística do consumidor e um comportamento que na análise tradicional não seria considerado anticompetitivo passa a ser⁴⁷. Ainda, a mera forma pela qual uma informação é apresentada para o consumidor pode afetar os seus efeitos concorrenciais, o que pode permitir que a análise de uma conduta ou mesmo a eficácia de um remédio seja aperfeiçoada.

Existem outras contribuições potenciais da AED para o Direito Concorrencial no contexto da economia atual, mas estas são suficientes para ilustrar o raciocínio aqui exposto.

45 O conceito de rent-seeking foi desenvolvido por Tullock em: TULLOCK, Gordon. The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. **Western Economic Journal**, 5 (3), 1967, p. 224-232.

46 Para uma avaliação crítica da utilidade da economia comportamental ver: WRIGHT, Joshua D.; STONE II, Judd E. Misbehavioral Economics: the case against Behavioral Antitrust. **Cardozo Law Review**, 33 (4), 2012, p. 1517-1553.

47 Para uma defesa da relevância da economia comportamental no Direito Concorrencial atual ver: STUCKE, Maurice E. Behavioral Antitrust and Monopolization. **Journal of Competition Law and Economics**, 8 (3), p. 545-574.

Portanto, observa-se que nem os antecessores da Escola de Chicago e tampouco a principal alternativa atual defendem um abandono da teoria econômica no Direito Concorrencial. O movimento neo-brandeiseano, em realidade, questiona a capacidade de adaptação do instrumental econômico da Escola de Chicago aos desafios da economia atual. Ainda, para superar este desafio entende necessário o desenvolvimento de novos instrumentos econômicos e de forma conjunta a reinclusão de questões excluídas pelo *consumer welfare*, tais como a influência política das grandes corporações e a capacidade inovativa das firmas.

6_ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAKER, Jonathan; SALOP, Steven. Antitrust, Competition Policy, and Inequality. **Georgetown University Law Center**, 104 *Georgetown Law Journal*, 2015. Disponível em: < <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2474&context=facpub> > Acesso em: 27 nov. 2019.
- BERGH, Roger Van der. The Growth of Law and Economics in Europe. **European Economic Review**, 40 (3), 1996, p. 969-977.
- BLAIR, Roger D.; SOKOL, Daniel. The Rule of Reason and the goals of Antitrust: an economic approach. **Antitrust Law Journal**, 78 (2), 2012, p. 471-504.
- BOGUS, C. The new road of serfdom: the curse of bigness and the failure of antitrust. **University of Michigan Journal of Law Reform**, 49 (1), 2015. p. 1-120.
- BORK, Robert H. The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, Basic Books, New York, 1978.**
- CARLTON, Dennis W.; PERLOFF, Jeffrey M. **Modern Industrial Organization**. 4^a ed., Boston: Pearson, 2004.
- CRANE, Daniel. Antitrust's Unconventional Politics. **Virginia Law Review Online**, 118, 2018, p. 118-135.
- CRANE, Daniel A. The tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy. **Antitrust Law Journal**, 79 (3), 2014, p. 835-853.
- CRANE, Daniel A. Technocracy and Antitrust. **Texas Law Review**, 86 (6), 2008, p. 1159-1221.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira e GABAN, Eduardo Molan. Livre Iniciativa, Livre Concorrência e Democracia: Valores Indissociáveis do Direito Antitruste? In. NUSDEO, Fábio (Coord.) PINTO, Alexandre Evaristo (Org.). **A Ordem Econômica Constitucional – Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 111 – 130
- DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Big Techs e o Direito Antitruste 4.0**. Folha de S. Paulo, 13

- de jun. de 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2019/06/big-techs-e-o-direito-antitruste-40.shtml>> Acesso em: 25 nov. 2019.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira; RIVERA, A. A. L.; MENDONÇA; N. **Acordos de Não contratação: o antitruste o e Direito do Trabalho**. Jota. Opinião & Análise. 2019.
- DOMINGUES; Juliana O.; SILVA, B. M. Fake news: um desafio ao antitruste? Brasília: **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 06, 2018.
- DORSEY, E., RYBNICEK, J., & WRIGHT, J. D. (2018). Hipster antitrust meets public choice economics: The consumer welfare standard, rule of law, and rent-seeking. (July 5, 2018). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3165192.
- FOX, Eleanor M. The 1982 Merger Guidelines: when economists are kings. **California Law Review**, 71 (2), 1983, p. 281-302.
- FOX, E. M.; CRANE, D. **Global Issues in Antitrust and Competition Law**. New York: West, 2010.
- USA. FTC. Memorandum. Vision and Priorities for the FTC. Sept. 22,2021. Disponível em: < https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596664/agency_priorities_memo_from_chair_lina_m_khan_9-22-21.pdf> Acesso em: 10 out. 2021.
- GABAN, Eduardo; DOMINGUES; Juliana Oliveira; MIELE, Aluisio; SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0**. São Paulo: Singular, 2019.
- GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GLICK, Mark. The Unsound Theory Behind the Consumer (and Total) Welfare Goal in Antitrust. *Roosevelt Institute Working Paper*, 2018. Disponível em: <https://rooseveltinstitute.org/wp-content/uploads/2018/11/The-Unsound-Theory-Behind-the-Consumer-and-Total-Welfare-Goal-in-Antitrust-final-1.pdf>
- HOFSTADTER, Richard. **The Paranoid Style in American Politics and other essays**. New York: Vintage Books, 2008.
- HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Policy after Chicago. **Michigan Law Review**, 84 (2), 1985, p. 213-284.
- HOVENKAMP, Herbert. The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization. **Texas Law Review**, 68 (1), 1989, p. 105-168.
- HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. 3.ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005.
- HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and innovation: where we are and where we should be going. **Antitrust Law Journal**, 77 (3), 2011, p. 749-756.
- HOVENKAMP (1990). The First Great Law & Economics Movement. **Stanford Law Review**, 42 (1), p. 993- 1058.
- HOVENKAMP, Herbert, Antitrust Policy and Inequality of Wealth (October 2017). **CPI Antitrust Chronicle**, October 2017; University of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 17-26.
- KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, 126 (3) , 2016, p. 710-805.

- KLEIN, Vinicius. Posner é a única opção?. In: RIBEIRO, Marcia Carla P.; KLEIN, Vinicius (orgs). **O que é a Análise Econômica do Direito – uma introdução**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016
- KOVACICI, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: a century of economic and legal thinking. **Journal of Economic Perspectives**, 14 (1), 2000, p. 43-60.
- LANDES, William M. The Empirical Side of Law and Economics. **University of Chicago Law Review**, 70 (1), p. 167-180, 2003.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Influence of Economics on Law: a quantitative Study. **Journal of Law and Economics**, 36 (1), 1993, p. 385-424.
- MAY, James. Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918. **Ohio State Law Journal**, 50 (2), 1989, p. 257-395.
- MILLON, David. The First Antitrust Statute. **Washburn Law Journal**, 29 (2), 1990, p.141-149.
- NAIDU, S.; POSNER, E. A.; WEYL, E. G. Antitrust Remedies for Labor Market Power. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, 23 fevereiro 2018. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3129221>
- NEWMAN, John M., Reactionary Antitrust. **Concurrences Reveu**, 4, 2019, p. 66-72. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3454807>.
- OHLHAUSEN; Maureen K. Antitrust Enforcement in the Digital Age. Remarks Before the Global Antitrust Enforcement Symposium. **Georgetown University**. September 12, 2017. Disponível em: < https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1253163/georgetown_mko_9-11-17.pdf> Acesso em 20 de nov. 2019.
- ORBACH, B; REBLING, G. The antitrust curse of bigness. **Southern California Law Review**, 85 (11), 2012, p. 605-655.
- POSSAS, Mario Luiz (coord.). **Ensaios sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.
- PITOFISKY, Robert. The Political Content of Antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, 127 (4), 1979, p. 1051-1075.
- POSNER, Richard. **Antitrust Law: an economic perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little, Brow and Company, 1973
- REEVES, Amanda P.; STUCKE, Maurice E. Behavioral Antitrust. **Indiana Law Journal**, 86 (4), 2011, p. 1527-1586.
- SALGADO, Lucia Helena. **A Economia Política da Ação Antitruste**. São Paulo: Singular, 1997.
- SCHMIDT; Christiane Alkmin J. Hipster Antitrust: poder de mercado e bem-estar do consumidor na Era da Informação. **Antitruste Law and Economics**. JOTA, 28/12/2018. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/hipster-antitrust-poder-de-mercado-e-bem-estar-do-consumidor-na-era-da-informacao-28122018>> Acesso em: 20 nov. 2019.

-
- SHELANSKI, Howard A. Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet. **University of Pennsylvania Law Review**, 161 (4), 2013, p. 1663-1705.
- STUCKE, Maurice E. Behavioral Antitrust and Monopolization. **Journal of Competition Law and Economics**, 8 (3), p. 545-574.
- TOLLISON, Robert D. Antitrust in the Regan Administration: a report from the belly of the beast. **International Journal of Industrial Organization**, 1 (2) 1983, p. 211-221.
- TULLOCK, Gordon. The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. **Western Economic Journal**, 5 (3), 1967, p. 224-232.
- TREBILCOCK, Michael J.; WINTER, Ralf A.; COLLINS, Paul; IACOBUCCI, Edward M. **The Law and Economics of Canadian Competition Policy**. Toronto: University of Toronto Press, 2002.
- VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR, Joseph E. **Economics of Regulation and Antitrust**. 4^a ed, Cambridge: The MIT Press, 2005.
- WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice. **Fordham Law Review**. Disponível em: < https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/goals-antitrust-welfare-trumps-choice/130320goalsofantitrustbp4.pdf> Acesso em: 20 nov. 2019.
- WRIGHT, Joshua D.; STONE II, Judd E. Misbehavioral Economics: the case against Behavioral Antitrust. **Cardozo Law Review**, 33 (4), 2012, p. 1517-1553.
- WU, Tim. **The Curse of Bigness: antitrust in the new gilded age**. New York: Columbia Global Reports, 2018.

La nueva legislación europea orientada al “mercado digital de datos”: consideraciones estratégicas y jurídicas

The new european regulation oriented to the “digital data market”: strategic and legal considerations

PROF^a DRA. M^a PILAR DOPAZO FRAGUÍO,
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid (UCM, España)

Resumen

En este texto se examina y valora la nueva regulación europea en materia de datos, destacando sus principales aportaciones, así como el nuevo enfoque que se instaura en el Derecho de la Unión Europea (UE) con motivo de esta innovadora legislación. En especial, es objeto de análisis el pionero Reglamento europeo (UE) sobre Gobernanza del Dato (Data Governance Act, 2022) -también conocido como “Ley europea de Gobernanza del dato”- y, de igual modo, se pone en valor su complementario, el Reglamento (UE) de Datos (Data Act, 2023). La importancia de esta legislación común es clara, toda vez que se configuran las bases regulatorias del actual Sistema jurídico común aplicable en esta materia. Desde una perspectiva técnica y jurídica, cabe afirmar que ambas normas constituyen un binomio legal básico, pilar fundamental de la Estrategia europea emprendida y ante el futuro mercado digital que se posicionaría de una forma clara.

Palabras clave

Datos. Unión Europea (UE). Digitalización. Gobernanza del dato. Estrategia europea de datos. Mercado digital europeo.

Abstract

This text examines and evaluates the new European data regulation, highlighting its main contributions, as well as the new approach that is established in the Law of the

European Union (EU) due to this innovative legislation. In particular, the pioneering Data Governance Act, EU 2022 -also known as the “European Data Governance Law”- is analyzed and, in the same way, its complementary value is highlighted. the EU Data Regulation (Data Act, 2023). The importance of this legislation is clear, since they configure the regulatory bases of the current common legal system applicable in this matter. From a technical and legal perspective, it can be stated that both standards constitute a basic legal binomial, a fundamental pillar of the European Strategy undertaken and in the face of the future digital market that would be positioned in a clear way.

Keywords

Data. European Union (EU). Data governance. European Data Strategy. Digital market.

1_ INTRODUCCIÓN

La Unión Europea (UE, en adelante) al establecer la actual Estrategia de Datos, ha identificado unos claros objetivos prioritarios. En especial, los objetivos estratégicos se focalizan en atención al potencial valor que adquiere la denominada “economía del dato digital”, identificada como modelo económico impulsado por los datos como recurso o materia prima principal (*data driven economy*). Ello, sin duda, responde a lo que ya ha sido estimado como el nuevo paradigma económico y, como tal, queda vinculado al proceso de transformación digital que acontece.

Por ello, desde el Derecho de la UE resultaba necesario contar con una avanzada legislación europea en materia de datos, que discipline la gobernanza del dato y dando cobertura legal a su dinámica ante el “mercado europeo digital” ya encaminado.

Así las cosas, se sabe que los datos son un activo cada vez más apreciado, por lo que su regulación en el Ordenamiento común europeo es -y desde hace tiempo- una cuestión esencial. En este sentido, cabe señalar que se dispone de una destacada legislación UE vigente y consolidada en materia de protección de datos personales, pero, en el presente y a futuro, era preciso ampliar el marco regulatorio preexistente y, en particular, abordar el tratamiento jurídico de la gobernanza de los datos -personales y no personales- conforme a la nueva realidad y contexto estratégico descrito supra. Pues, el proceso de digitalización -ligado a la tecnología de última generación- es un hecho que avanza con celeridad. Por lo cual, debemos adaptarnos, tanto el Sector público como el Sector privado.

Asimismo, el emprendimiento y las distintas actividades evolucionan en

respuesta a estas premisas, observando como datos y tecnología son elementos claves para operar y ser competitivos. Al respecto, podemos citar el impacto que han supuesto los avances tecnológicos relativos -por ejemplo- al *big data*, el *blockchain*, el *cloud computing*, los sistemas de inteligencia artificial, entre otros. Con todo, es evidente que todas estas herramientas tecnológicas precisan contar con fuentes de información y datos para ser operativas. Esto es, sin datos no pueden operar o no resultarían funcionales.

En consecuencia, no hay duda sobre que los datos se erigen como bien de máximo interés y, por tanto, la gestión de datos constituye algo fundamental que, a su vez, requiere disponer de una legislación común, sólida y uniforme en la UE. Ello, además, teniendo en cuenta la Estrategia Europea que ha sido fijada y, en concreto, la arquitectura proyectada con respecto al “mercado único digital” o “mercado europeo digital”.

De este modo, se razona perfectamente la importancia que adquiere la nueva regulación europea sobre datos, tal y como a continuación analizamos, a saber: (1º) el Reglamento UE sobre Gobernanza de datos (**Data Governance Act, 2022**)¹ y (2º) el Reglamento UE de Datos (**Data Act, 2023**)². Este último, a su vez, complementa al primero e incorpora novedades relevantes.

Con ello, en suma, se siguen las líneas de acción y objetivos previstos por la Estrategia europea, tal y como exponemos. Así pues, desde la Unión Europea con esta regulación, se trataría de sentar las bases jurídicas para implementar un “Sistema jurídico de gobierno del dato” que aporte seguridad jurídica y resulte eficaz. Este nuevo modelo regulatorio rige en la actualidad con carácter preceptivo en la UE, a su vez, en atención al desarrollo del mercado digital europeo, lo cual, se muestra como objetivo UE prioritario. Por ende, con todo, queda patente el propósito de promover la denominada economía de dato como nuevo paradigma.

El propósito de este trabajo es aproximar el conocimiento sobre el valor de esta nueva regulación y destacar sus principales novedades considerando el innovador enfoque que aportan. No obstante, también se advierte que estamos ante un tema técnico y jurídico complejo, donde aún se plantean algunas cuestiones destacadas que convendrá tratar de resolver con eficacia.

1 Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos). DOUE L 152, de 3 jun. 2022. Texto normativo disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32022R0868>

2 REGLAMENTO (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023 sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos). DOUE L 2023/2854 de 22.12.2023, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302854&qid=1707293180746

2_ LA ESTRATEGIA EUROPEA DE DATOS ORIENTADA AL MERCADO DIGITAL

Antes de examinar las nuevas normas europeas reguladoras de los datos (precitadas), resulta de interés referenciar el marco estratégico trazado con el fin de conocer la motivación que ha impulsado esta nueva regulación UE, el contexto previsto y el cambio de enfoque que se observa en materia de datos de distinta tipología. Por tanto, desde la perspectiva jurídica, supone adoptar un nuevo planteamiento en el tratamiento de las distintas clases de datos. Esto es, tanto por lo que respecta a datos de carácter personal -o “datos personales”- como a otros tipos de información o datos “no personales”.

Con todo, se pretende lograr que el período 2020-2030 pueda ser calificado como “la década digital de Europa”³. En este sentido, como exponemos, podemos interpretar que con esta innovadora legislación europea se produciría una transición radical respecto al enfoque que recibe el tratamiento jurídico de los datos, y también en previsión a su valor potencial o posible consideración económica. Toda vez que ahora estos son estimados como recurso principal, objeto de gestión, empleo, reutilización y/o eventual “tráfico” para diferentes fines, comerciales o no.

Al respecto, nótese como la Comisión Europea en su Comunicación de 19 de febrero de 2020 sobre una «Estrategia Europea de Datos» señalaba el interés de la posible configuración de “un espacio común europeo de datos” (“mercado único de datos” o “mercado interior de datos”), en el que la información/datos dinámicos⁴ circularían y podría ser empleados de forma ágil, sin quedar condicionados por la localización física de sus depósitos. No obstante, también se reconoce que se deberán observar las limitaciones legales previstas u otros posibles condicionantes. A su vez, hoy, se estima que la incorporación de herramientas de inteligencia artificial (IA) podrá

3 Comisión europea: “La Década Digital de Europa: metas digitales para 2030”, en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_es; <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/europes-digital-decade>

4 En síntesis, la expresión empleada de “datos dinámicos” o “bases de datos dinámicas” hace referencia al almacenamiento de información o datos flexibles que pueden variar, ser modificados o ser actualizados.

ser útil a dichos efectos, razón por la que esta es otra cuestión que conviene regular⁵.

También, en esta materia resulta de sumo interés el Informe sobre una Estrategia Europea de Datos (2020) publicado el 3 de marzo de 2021⁶, en el cual, ya se manifestaba que la UE debía lograr una óptima gobernanza de los datos, una sociedad y economía de los datos. Por tanto, se observa como fundamental para su logro estas tres dimensiones y, a dichos efectos, se procedería teniendo en cuenta los valores y principios consagrados por el Derecho.

Pero, además de procurar dicho tráfico de datos -y promover su reutilización- en el ámbito interno de la UE, también desde la Comisión se hace expresa referencia al propósito de propiciar una apertura más amplia en cuanto al suministro y el intercambio de datos. De este modo, señala la posibilidad de que dicha circulación pueda ser con terceros países, siempre que pudiera realizarse de forma segura. Si bien, lo mencionado implica que antes se deberá analizar varias cuestiones como son, entre otras, el empleo de “entornos seguros”, la compatibilidad entre legislaciones, el orden público y otros valores e intereses legítimos de política pública de la Unión.

De este modo, lo propuesto por la Comisión queda contenido en la Estrategia Europea de Datos a seguir, y también se aportan orientaciones relevantes para sentar las bases y el diseño del futuro espacio/mercado europeo de datos. También al respecto, y en concreto, se hace referencia expresa al valor o interés de algunos datos en especial y relativos a determinados ámbitos, como son: sanidad/salud, energía, medio ambiente, transportes y movilidad, estadística, producción industrial, servicios financieros, entre otros posibles. Asimismo, ya en otro documento europeo previo “Un Pacto Verde Europeo”⁷, se subrayaban aquellos que versan sobre información ambiental, energía y clima.

-
- 5** En diciembre de 2023, finalmente, se llegó al acuerdo sobre la regulación de la IA en el Consejo de la Unión Europea y el Parlamento Europeo. Y en marzo de 2024, ha sido aprobado el Reglamento (UE) sobre la IA, vid., Parlamento Europeo: Reglamento de Inteligencia Artificial Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM (2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf. Asimismo, al respecto, cabe observar la evolución de este acto normativo durante el proceso de su tramitación y hasta el texto definitivo aprobado. En este sentido, para mayor detalle, puede ser consultada la inicial propuesta normativa, cfr., Comisión Europea (2021): Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. COM/2021/206 final. Bruselas, 21 abril 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52021PC0206>
- 6** Cfr., Parlamento Europeo, Informe sobre una Estrategia Europea de Datos (2020/2217(INI)), Comisión de Industria, Investigación y Energía (Ponente: Miapetra Kumpula-Natri), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0027_ES.html
- 7** Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2020, sobre el Pacto Verde Europeo (2019/2956(RSP)). «DOUE» C 270/2 (7 julio 2021), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IP0005&from=ES>
-

2.1_ ESTRATEGIA ECONÓMICA Y TUTELA PÚBLICA DE DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS

Ante el escenario descrito, es evidente que la denominada “economía de los datos” -ligada al mercado digital de forma evidente- se posiciona en el contexto estratégico trazado desde la UE. A dicho objetivo, se pretende contar con aquellos medios necesarios y donde los datos serían el recurso básico. Por todo ello, el disponer de una regulación armonizada en la UE en esta materia es y será fundamental.

Esta cuestión, de forma especial, es analizada desde el Derecho Administrativo, pues, en este terreno recobra un papel relevante el Sector público -las Administraciones públicas y el resto de los organismos públicos y las entidades que lo integran-, al ser fuente de datos fiables o información muy valorada. En consecuencia, se trata de sujetos o agentes principales y a los efectos examinados⁸.

De forma paralela, el fenómeno open data progresa en el Sector público y se hace mayor hincapié en la prestación de servicios electrónicos o digitales avanzados. Ello, también con el fin de facilitar el acceso más fácil a la información y la disponibilidad de los datos obtenidos para su posible reutilización. Además, lo señalado se argumentaría como una oportunidad para incrementar la transparencia informativa y, en principio, optimizar las actuaciones y los servicios públicos, entre otras ventajas que han sido señaladas.

Ahora bien, desde nuestra óptica jurídica, conviene puntualizar que estos buenos propósitos europeos/nacionales no quedan exentos de complejidad ejecutiva y en atención a cada supuesto deberán ser evaluados/verificados en la práctica.

En todo caso, como ya ha sido señalado en estudios previos⁹, los datos disponibles y puestos a disposición por el Sector público en la UE han de cumplir con una serie de principios básicos, ampliamente reconocidos en la actualidad. Estos principios, en suma, serían los ya aplicables en el ámbito de la apertura de datos que, gozando de

8 Al respecto, para mayor detalle, vid., los dos estudios doctrinales publicados por esta autora, DOPAZO FRAGUÍO, M.P. (2022): “El nuevo reglamento europeo para la gobernanza del dato: ¿Liberación segura de información y neutralidad de su tratamiento?”, *Revista española de derecho europeo*, REDE n.º 82, 2022, pp. 115-166. Disponible texto en: <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/el-nuevo-reglamento-europeo-para-la-gobernanza-del-dato-liberaci>.

9 Trabajo previo realizado por esta autora sobre la Directiva UE 2019 y la evolución de la legislación aplicable, asimismo, con referencia específica al Ordenamiento jurídico español, DOPAZO FRAGUÍO, M.P. (2022): “La reutilización de información disponible en el Sector público: Sujetos facilitadores y aportaciones para optimizar su práctica”, en op. col. Valero Torrijos, J. y Martínez Gutiérrez, R., (Dirs.), *Datos abiertos y reutilización de la información del Sector público*. (Capítulo II, pp. 21-54). Ed. Comares, Granada (España).

amplio reconocimiento y consenso, son identificados bajo la denominación de “Principios FAIR” (acrónimo del inglés FAIR: Findable, Accessible, Interoperable, and Reusable)¹⁰. Su principal utilidad es orientar sobre los requisitos necesarios que han de ser observados para la publicación de datos. De igual modo, a dichos efectos, se recomienda seguir los estándares comunes establecidos y uso de parámetros medibles/verificables de conformidad con los principios que rigen el open data¹¹. De este modo, estos principios servirían de guía útil, orientando acerca de las propiedades que han de concurrir para que los datos difundidos puedan ser “aptos”. Esto es, han de ser fácilmente localizables, accesibles, interoperables y reutilizables¹².

Más allá de estas apreciaciones ofrecidas, lo que sí parece evidente en la UE -a tenor de los hechos- es la alta proyección que se percibe en lo relativo al emprendimiento tecnológico y la actividad económica o empresarial ligada a lo que se podría estimar como la generación de un nuevo mercado (digital) en torno a la información o el dato dinámico, en especial, aquel identificado por su alto valor o cualificado por el potencial que ofreciera su uso posterior.

Cabe advertir que esta cuestión mantiene interés colectivo, pues, lo cierto es que estamos ante un tema donde los retos planteados son importantes. Razón por la cual, en este texto se valora positivamente la nueva legislación europea, pero, también son señaladas algunas cuestiones que deberán ser observadas en el ámbito de la clínica jurídica.

Por tanto, es evidente que el nuevo paradigma económico gira en torno al dato y la estrategia europea respondería a este presupuesto. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, consideramos que, en todo caso y a dicho fin, se deberá reforzar la legislación vigente en aras de garantizar la necesaria tutela jurídica de los datos -y no solo por lo que respecta a los calificados como “datos personales”-, pues, también hay otros datos (no personales) que son dignos de especial protección.

Por ello, ante el complejo escenario que se abre, toda organización (entidad pública o privada) ha de adoptar medidas adecuadas y en orden al cumplimiento de la nueva legislación, también para prevenir riesgos. Ello, conllevará actualizar modelos, procesos y prácticas, sobre todo, por lo que respecta a la implementación efectiva de

10 FAIR (2016): “FAIR Guiding Principles for scientific data management and stewardship”, <https://www.go-fair.org/fair-principles/>

11 Cotino Hueso, 2020.

12 Los denominados “Principios FAIR” son así aplicados con relación al “Open Research Data”. Así, por ejemplo, el interés aplicativo de estos principios se observa con motivo de su empleo en relación a los proyectos de investigación del Programa Horizonte 2020 de Investigación e Innovación de la Unión Europea. Cfr., Gobierno de España, Ministerio de Asuntos económicos y Transformación Digital (2017), Data.gob.es: Principios FAIR: Buenas prácticas para la gestión y administración de datos científicos, fecha noticia: 23-10-2017, en: <https://datos.gob.es/es/noticia/principios-fair-buenas-practicas-para-la-gestion-y-administracion-de-datos-cientificos>

adecuados sistemas integrados de gestión de datos y gestión de riesgos, como en lo relativo a otros instrumentos tecnológicos y medidas orientadas a la ciberseguridad.

En virtud de lo expuesto, resulta razonable que la protección de las distintas tipologías de datos se convierta, por ende, en la actualidad, en una cuestión de máximo interés jurídico. En consecuencia, desde el Ordenamiento se debe dar una cobertura legal óptima a esta cuestión, así como aportar las necesarias garantías. Y, en particular, como es lógico, adquiere principal interés lo siguiente: el asegurar máxima protección a los derechos fundamentales de privacidad y protección de datos personales, pero, también por lo que respecta a otro tipo de datos “no personales”. Pues, con respecto a estos últimos, cabe precisar que también hay otras informaciones o datos dignos de especial tutela jurídica, como serían aquellos relacionados con determinados derechos o intereses legítimos, por ejemplo, amparados por el actual Derecho de la Propiedad intelectual/industrial, u otras informaciones ligadas a secretos empresariales, datos confidenciales, entre otros posibles.

2.2_ LA PROYECCIÓN DEL MERCADO ÚNICO DE DATOS: ALGUNAS CONSIDERACIONES AL RESPECTO

La precitada Estrategia europea orienta sus medidas de acción hacia la configuración del “mercado único de datos, y que la UE pretende liderar. Por lo cual, los datos son el elemento básico sobre el que gira lo programado y en atención a los objetivos declarados¹³. A su vez, nótese que en dicho entorno digitalizado y con alta proyección económica, sería posible la libre circulación y disponibilidad de información, documentos o datos. Dicha programación se justificaría -según se argumenta- en el interés colectivo o público, aludiendo a las ventajas o beneficios que se aportarían a las empresas, investigadores/as y a las propias Administraciones públicas u otros entes/organismos del Sector público.

De esta forma, parece ser que los efectos positivos repercutirían tanto en el Sector privado como público. Si bien, para todo ello -cabe pensar- sería también preciso la concurrencia de varios factores coyunturales, así como una mayor coordinación, cooperación y colaboración entre sectores público/privado en la UE.

13 En este sentido, ya lo señalado era nítido desde la inicial propuesta normativa planteada por la Comisión europea ha sido puesto de manifiesto el mencionado interés, cfr., Comisión Europea (2020): Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. COM/2020/825 final. Bruselas, 15 diciembre 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=COM:2020:825:FIN>. Este Reglamento modifica varias normas, como la Directiva 2000/31/EC (Directiva de comercio electrónico) y la correspondiente legislación nacional. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal_for_a_regulation_on_a_single_market_for_digital_services.pdf. Por otro lado, se propone un mercado europeo de servicios en la nube. Todo ello, es actualmente objeto de amplios debates.

Además, en atención a los objetivos estratégicos previstos, otras cuestiones que se estiman esenciales y será necesario vigilar son las prácticas que los operadores puedan ejecutar, en orden a que sean conforme a las reglas de la competencia y la equidad de condiciones existente para procurar la buena marcha de la economía de los datos. Por otra parte, en materia de datos, también se ha de poner el acento en los presupuestos cualitativos, en la calidad y seguridad, no solo en el volumen de datos disponibles. Con todo, hoy, es clave contar con una gestión adecuada de los datos, la prestación de servicios y la ejecución de toda actividad ligada al uso de datos.

En consecuencia, se concluye que para lograr los objetivos de esta Estrategia es necesario contar con el adecuado marco regulatorio y aplicable de forma común -fijando criterios claros y uniformes- para asegurar una “buena gobernanza”. Con ello, la UE quiere ser líder en este ámbito, configurando “un modelo de sociedad empoderada por los datos” y a través del proyectado “*mercado único de datos*”. Según se expone, desde la UE, este mercado posibilitaría “desbloquear los datos no utilizados” de forma que puedan circular libremente entre sectores y proporcionar beneficios colectivos, a empresas, investigadores y administraciones públicas¹⁴.

3_ EL REGLAMENTO (UE) SOBRE GOBERNANZA DE DATOS: PRINCIPALES NOVEDADES

En virtud del actual RGD 2022¹⁵ o “Ley europea de Gobernanza de Datos” se establece un modelo de gobernanza aplicable a los datos o “data governance” con base al sistema regulatorio adoptado¹⁶. De este modo, desde el Derecho de la Unión Europea, se fijan los principios y criterios básicos a seguir para la gestión pública de datos de distinta naturaleza o según su diferente tipología, entre otros aspectos.

En todo caso para la aplicación eficaz de este régimen jurídico será preciso habilitar por cada Estado miembro una adecuada estructura organizativa, procesos y herramientas

14 En efecto, es en este objetivo de “desbloquear datos” para asegurar su libre tráfico o circulación donde la Estrategia Europea de Datos hace hincapié; por lo que su logro en la práctica resultaría clave. Cuestión distinta es la problemática técnica o jurídica que conllevaría su implementación, amén de enfrentar/tratar diversos riesgos regulatorios, tecnológicos, operativos, entre otros.

15 RGD: Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos (Reglamento de Gobernanza de Datos).

16 La *Ley de Gobernanza de Datos 2022* en vigor en la UE y desde el pasado 24 de septiembre de 2024 resulta de aplicación en toda la Unión Europea. Nota: Al tratarse de un Reglamento UE es una norma vinculante y directamente aplicable en todos los Estados miembros UE (esto es, sin precisar de su transposición su eficacia es directa, a diferencia de las directivas europeas. Al respecto, para mayor detalle, vid., <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/data-governance-act>, y con referencia a nuestro país, <https://datos.gob.es/es/blog/la-aplicacion-del-reglamento-ue-sobre-gobernanza-de-datos-en-las-administraciones-publicas>

que sirvan de soporte a las prácticas de gestión a desempeñar. Estas prácticas operarán en orden a las diferentes tipologías de datos y de acuerdo con lo previsto en el RGD.

En este sentido, cabe señalar que hay un conjunto de prácticas cuyo ejercicio en este campo adquiere especial relevancia. Estas son, principalmente, aquellas relativas al tratamiento de los datos, velando por su calidad y observando todo su ciclo de vida. A su vez, para que esta materia prima o recurso pueda ser útil -empleada en términos operativos y entornos tecnológicos que resulten seguros- se han de configurar como “datos dinámicos” y respetando el principio de “neutralidad tecnológica”¹⁷.

Todo lo mencionado, en particular, exigirá aplicar determinados principios, protocolos y metodologías específicas, sobre todo en lo relativo a determinadas bases de datos o clases de documentación/información que contengan datos personales, sensibles o confidenciales, entre otros posibles. De ahí, también la importancia de contar con una base regulatoria -como el actual RGD 2022- que posibilite disciplinar esta materia.

Dichos protocolos de actuación, en concreto, abarcarían varios aspectos como son, entre otros: el necesario análisis previo de los datos -según su tipología y características-, evaluación del riesgo y calificación. Además, el tratamiento y uso dado al dato ha de ser realizado con gran diligencia, cumpliendo los requerimientos establecidos por el legislador y vigilando que se apliquen medidas y entornos seguros. Pero, también hay otras actuaciones posteriores a considerar, aquellas destinadas a facilitar la información y la prestación de servicios digitales. Por ende, con esta normativa se trataría de sentar los criterios básicos, en orden técnico y jurídico, para que los datos del Sector público puedan ser dinámicos y accesibles principalmente de forma digital. Y, en suma, el objetivo principal radica en posibilitar el efectivo suministro, circulación o intercambio de mayor volumen de datos, pero también de calidad, valor o interés.

Además, nótese que es en el “fin reutilizador” de los datos disponibles, facilitados u obtenidos donde ahora se pone especial atención o interés¹⁸. Por tanto, el facilitar una mayor y mejor accesibilidad a los datos que obran en el Sector público sería el

17 Este principio cada vez adquiere mayor relevancia jurídica. Al mismo, ya se hacía referencia en debates referentes a la posibilidad de regular la red y sobre el posible control de internet, pues, con todo como ha sido puesto de manifiesto la comunicación y difusión de todo tipo de información cada vez es mayor por esta vía. Por ello, este principio también resulta de interés tenerlo presente en nuestro tema de estudio. Sobre este principio y su evolución, vid., Alonso Espinosa, C. (2008), La información en la Red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa, Revista Vasca de Administración Pública, 81, pp. 15-61 (p.17). <https://apps.euskadi.eus/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=81&tipo=R&seccion=38&correlativo=1&contenido=1&locale=es>

18 En este sentido, es concreto resulta muy claro lo expuesto en los Considerandos 26 y 28 del RGD, donde se dice, “A fin de incentivar la reutilización de categorías específicas de datos que obren en poder de organismos del sector público (...)” (Considerando 26 del RGD) y “El presente Reglamento debe aplicarse a los servicios cuyo objeto sea establecer relaciones comerciales con el fin de intercambiar datos entre un número indeterminado de interesados y titulares de datos, (...)” (Considerando 28).

presupuesto necesario, para luego así lograr otra finalidad añadida: promover el uso/reutilización del dato por operadores o agentes interesados y para distintos fines.

Con ello, a su vez, se pretende desarrollar lo que podría ser calificado como una nueva generación de servicios públicos/privados destinados a dicho fin, digitales y orientados a fomentar el emprendimiento tecnológico en torno a los datos como principal recurso. En este sentido, cabe interpretar lo señalado en el RGD: “se espera que los servicios de intermediación de datos desempeñen un papel clave en la economía de los datos” (Considerando 27 del RGD). En consecuencia, se infiere que en la práctica tendrán un papel fundamental los denominados “proveedores de datos”, en tanto la actuación de estos sujetos -de naturaleza pública o privada- será clave en la práctica y para la prestación satisfactoria de dichos servicios¹⁹. Motivo por el cual, al respecto y como novedad, se dicta un régimen jurídico específico en este Reglamento.

En definitiva, cabe afirmar que la gobernanza de datos objeto de esta regulación (RGD) presenta un amplio alcance, tanto por lo que respecta al ámbito objetivo como subjetivo de aplicación. Así, en este marco normativo se integran desde medidas relativas a la gestión de los datos, competencias y funciones de los sujetos del Sector público, requerimientos y procedimientos exigibles, hasta regímenes jurídicos específicos aplicables a determinados sujetos.

3.1_ LA GESTIÓN DE DATOS Y EL ENFOQUE PREVENTIVO COMO PRINCIPALES PRESUPUESTOS QUE HAN DE REGIR LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

La gestión de datos es, en todo caso, un presupuesto nuclear para implementar un sistema de gobernanza del dato en cualquier organización²⁰. Por tanto, cuando se pretende encaminar una “buena e inteligente gobernanza pública” resulta preciso disponer de un “sistema integral de gestión de la información/datos”, incluyendo lo relativo a la gestión de la calidad y la gestión de riesgos, entre otros aspectos. Ello, es importante tenerlo en cuenta al objeto

19 Cfr., Considerandos 27, 28, 29, 30 y 32 del RGD.

20 Sobre la herramienta de gestión y su utilidad, así como necesaria relación integrativa en el diseño de todo modelo de gobierno de datos, entre otros trabajos, vid., Abella García, A. (2020), Gobernanza inteligente a través de los datos. Modelo de Gobernanza y Arquitectura de los Datos, Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal (Ejemplar dedicado a: Datos abiertos: hacia una gobernanza real de las administraciones públicas.), n.º extra 3, pp. 167-194. Asimismo, el informe elaborado por Deloitte (2022), Analytics y Gobierno del Dato, <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/public-sector/articles/analytics-y-gobierno-del-dato1.html>

de poder asegurar que una entidad está capacitada para adoptar decisiones, ejecutar actuaciones y prestar adecuados servicios.

En este sentido, tal y como se expone, desde el Sector público resultará clave observar la disciplina dictada por el RGD para proceder al debido tratamiento de la información y el velar por la calidad del dato ofrecido o suministrado en cada caso. Lo mencionado, por tanto, implica seguir determinados procedimientos de tratamiento, actualización y puesta a disposición de aquella información o datos que sea de interés para la sociedad; principalmente, en formato digital y vía online.

En este terreno, se ha de advertir que el adoptar un enfoque preventivo será fundamental desde el inicio. Ello, sobre todo, a los efectos de poder brindar la debida tutela pública a los datos y, en particular, cuando se trate de datos personales o relativos a la privacidad de las personas, así como en el caso de otros tipos de datos²¹. Junto a estos presupuestos, de igual modo será preciso establecer medidas de control y supervisión al objeto de poder asegurar el debido cumplimiento legal. Asimismo, el régimen sancionador previsto en el RGD se podrá desarrollar por la legislación nacional. En consecuencia, estimamos que la positiva viabilidad aplicativa de esta nueva regulación dependerá, en gran medida, de observar todas estas premisas.

Por otra parte, en esta materia, hay que tener en cuenta el presente entorno legal europeo. Al respecto, cabe significar que el RGD constituye un complemento fundamental a la previa Directiva europea 2019²², toda vez que este Reglamento está destinado a reforzar sus iniciales directrices y, además, se amplía el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación. En este sentido, por ejemplo, en el RGD, se hace expresa referencia a determinadas categorías de datos como son, entre otros, aquellos datos protegidos por derechos de propiedad intelectual o que contengan secretos comerciales (cfr., artículo 3 del RGD); y, por otra parte, también como novedad, se incluye un régimen específico relativo a los “servicios de intermediación de datos” (ex Capítulo III, *Requisitos aplicables a los servicios de intermediación de datos*, artículos 10 a 15 del RGD), como posteriormente examinamos.

21 Esto es, aun no siendo datos personales sí pudieran estar vinculados o también requerir de tratamiento específico, por ejemplo, por afectar a derechos cuya titularidad correspondiera a terceros o por concurrir otros intereses legítimos.

22 Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público. «DOUE» L 172 (26 jun. 2019).

3.2_ COBERTURA LEGAL COMÚN EUROPEA: APORTACIONES DEL REGLAMENTO UE SOBRE GOBERNANZA DE DATOS (RGD)

Como ha sido señalado supra, en efecto, el RGD constituye uno de los ejes normativos fundamentales para la adecuada ejecución de los objetivos de la Estrategia Europea de Datos, si bien -cabe precisar- no sería la única normativa necesaria para su posible logro²³.

En todo caso, hay que reconocer que el RGD supone un hito normativo muy destacado, al ser la primera legislación o norma UE que regula un Sistema común de gobernanza pública del dato. En el mismo, en concreto, se determinan las condiciones previstas para facilitar la gestión y el empleo de los datos del Sector público. Y, en especial, su interés se focalizaría en lo relativo a ciertas categorías de datos de alto valor y que obran en los distintos organismos del Sector público (cfr., Capítulo II, Artículos 3 a 9 del RGD). De igual modo, como relevante innovación a señalar, se encamina un régimen específico que ha de disciplinar la prestación de servicios de intermediación de datos, los cuales, son definidos en el Artículo 2.11 del RGD. Asimismo, queda previsto la articulación de los correspondientes mecanismos de control o supervisión.

3.2.1_ OBJETIVOS

Los objetivos principales del RGD son, en síntesis: (a) favorecer la libre circulación de los datos no personales; (b) ofrecer confianza y brindar la necesaria tutela a los derechos y libertades de las personas; y, (c) posibilitar la colaboración y cooperación entre Administraciones para hacer posible un acceso amplio y extensivo a los datos que obran en las mismas.

Con respecto al ámbito subjetivo de aplicación, cabe significar que el régimen jurídico previsto es aplicable a los sujetos integrantes del Sector público -Administraciones, entidades y organismos del sector público-, y en relación con aquellos datos cuyo suministro forme parte de la “*misión de servicio público*”, con arreglo a la legislación europea dictada u otras normas vinculantes de los Estados miembros (cfr., Considerando 12, RGD). Dicha noción, a su vez, se podrá determinar con carácter general o bien concretar en cada supuesto, modalidad de entidad pública

23 Véase lo citado en nota previa n.º 67.

o para “cada organismo del sector público”.

También, se hace referencia a otras tipologías de sujetos excluidos -o “no sujetos” de forma específica- a este régimen jurídico, como serían los centros culturales, centros de enseñanza, bibliotecas, archivos, museos u otras instituciones análogas donde obren datos contenidos en documentos u obras protegidas bajo derechos de propiedad intelectual de terceros.

Además, se considera que sí cabe o sería posible su aplicación parcial en algunos supuestos, cuando -por ejemplo- se tratara de entidades mixtas y actividades de investigación. Al respecto, dice, *“El presente Reglamento debe ser aplicable a dichas organizaciones híbridas únicamente en su condición de organizaciones que realizan actividades de investigación. Si una organización que realiza actividades de investigación posee datos como parte de una asociación público-privada específica con organizaciones del sector privado u otros organismos del sector público, organismos de Derecho público u organismos híbridos que realizan actividades de investigación (es decir, organizados como organismos del sector público o como empresas públicas) con el objetivo principal de realizar investigaciones, esos datos tampoco deben estar incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento.”* (Considerando 12, RGD).

También, se podría aplicar en el caso de empresas públicas, privadas o mixtas, cuando presten servicios públicos y/o estén vinculadas o sean dependientes de Administraciones a dicho fin. De este modo, se permite que, *“(…) Cuando proceda, los Estados miembros deben poder aplicar el presente Reglamento a las empresas públicas o a las empresas privadas que ejerzan funciones del sector público o presten servicios de interés general. El intercambio de datos entre organismos del sector público en la Unión exclusivamente con el fin de cumplir su misión de servicio público, o entre organismos del sector público en la Unión y organismos del sector público en terceros países u organizaciones internacionales, así como el intercambio de datos entre investigadores con fines de investigación científica no comercial, no debe estar sujeto a las disposiciones del presente Reglamento relativas a la reutilización de determinadas categorías de datos protegidos que obren en poder de organismos del sector público”.* (Considerando 12, in fine).

No obstante, el RGD en cuanto a determinadas clases de sujetos empresariales o sociedades mercantiles que formen parte del Sector público (empleándose en el RGD el término genérico de “empresas públicas”, al igual que ya hacía la previa Directiva 2019), considera que *“las empresas públicas no se incluyen en la definición de organismo del sector público, el presente Reglamento no debe ser aplicable a los datos que obren en poder de empresas públicas”.* Y, por ello, en principio, este régimen jurídico solo les

sería aplicable en determinados supuestos o circunstancias. Si bien, se hace hincapié en que sí sea aplicable en todo caso cuando se desarrolle una actividad de servicio público o “con misión de servicio público” (Considerando 12, RGD).

Por último, en especial y como novedad, hay que destacar una categoría específica de sujetos, los “*proveedores de servicios de intermediación de datos*”, por el papel relevante que desempeñarán en la práctica y en lo relativo a la prestación de “*servicios de intermediación de datos*” (noción definida en el artículo 2.11 del RGD). A dichos sujetos y servicios le será aplicable el régimen jurídico específico previsto en el Capítulo III: “*Requisitos aplicables a los servicios de intermediación de datos*” (artículos 10 a 15 del RGD). Al respecto, ha de tenerse en cuenta que estos proveedores podrían ser tanto de naturaleza pública o privada. Y, de forma expresa, en el Reglamento quedan previstos determinados servicios de intermediación de datos, estableciendo además que todo proveedor de servicios de intermediación que esté interesado en prestar estos servicios deberá notificarlo a la autoridad competente designada por cada Estado miembro, vía el procedimiento que a dicho efecto se determinara.

Asimismo, la prestación de este tipo de servicios solo podrá desarrollarse de conformidad a las condiciones y requisitos fijados. Y, en todo caso, se deberán prestar esta clase de servicios aplicando medios adecuados, asegurando un nivel óptimo de seguridad en el tratamiento, almacenamiento y transmisión de datos. De igual modo, se establecen algunas prohibiciones legales en cuanto a determinadas prácticas como, por ejemplo, evitar el acceso y la transferencia de datos cuando esto no fuera permitido y/o pudiera detectarse que concurren uso o fines ilícitos. Por último, los Estados miembros deberán desarrollar lo previsto en este régimen, así como establecer los regímenes sancionadores aplicables a las infracciones previstas en este Reglamento, implementado todas aquellas medidas que fueran oportunas para asegurar su cumplimiento.

3.2.2_ PRINCIPALES APORTACIONES DEL RGD

Observadas las consideraciones previas ofrecidas, se exponen las principales aportaciones del RGD 2022 que examinamos a continuación:

- 1_** El actual RGD refuerza la apertura de datos y su libre circulación o intercambio. Con ello, en su alcance o contenidos se va mucho más allá de lo previsto en la Directiva 2019, promoviéndose de forma más intensa el tráfico y la reutilización de datos del Sector público en el actual Reglamento.

Además, dicha apertura se hace más amplia o extensiva, en tanto también ahora podría abarcar a datos o información sujeta a derechos de terceros, v.gr., derechos de la propiedad intelectual/industrial. Ahora bien, siempre que ello fuera viable y respetando la legislación vigente, europea y nacional. Pues, en su defecto, podrían generarse conflictos, cuya solución podría no resultar fácil y/o quedar pendiente de resolución judicial.

En todo caso, en el propio RGD se advierte que, en lo habilitado por esta norma, se aplique un proceder diligente; si bien, se añade “*en la medida de lo posible*”. Por lo que, según esta expresión, podría interpretarse que dependería de cada caso y de si se pueden (o no) emplear algunas de las técnicas de tratamiento del dato recomendadas en el RGD. Estas son aquellas que como -por ejemplo- la “anonimización” de información o datos, posibilitaran el uso de datos sin vulneración de la privacidad, intimidad o confidencialidad a la que estén sometidos.

En cualquier caso, esta expresión o matización podría plantear ciertas dudas en la práctica, debiendo entender que lo exigido sería observar -en todo supuesto- la debida diligencia o, en su defecto, al menos, una “diligencia razonable”.

En resumen, en este punto, como principal aportación, sí quedaría previsto que es deber de toda administración y organismo público UE el facilitar el suministro y la reutilización de aquellos datos solicitados o de interés. Incluso, podría ser información relativa a derechos e intereses de terceros; si bien, previamente se deberán adoptar aquellas medidas de gestión, técnicas y jurídicas que garanticen su debida tutela y uso.

- 2_** Con relación a los datos de carácter personal, en concreto, cabe insistir en la necesidad de reforzar su protección. En este sentido, ha de ser respetada la legislación vigente europea y nacional dictada en esta materia. No obstante, cabe precisar que con carácter general este RGD sí podría ser aplicado a los datos personales, siempre que se procediera a su previa “anonimización” y de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (UE) 2016/679 (cfr., Considerando 8 del RGD). Esto es, en su caso, siguiendo las pautas y técnicas previamente expuestas.

Asimismo, el Considerando 10, dice “El presente Reglamento debe aplicarse a los datos personales que no estén sujetos a la Directiva (UE) 2019/1024 en la medida en que el régimen de acceso excluya o restrinja el acceso a ellos por razones de protección de datos, privacidad e integridad de la persona, en particular de conformidad con las normas de protección de datos”.

En todo caso, sobre esta cuestión sí convendrá por su importancia y -a nuestro juicio- observar un presupuesto rector fundamental: el deber de respetar la legislación común europea relativa a protección de datos (Reglamento UE General de Protección de Datos, RGPD 2016)²⁴, asegurando con ello máximas garantías. En la práctica, sin duda, vigilar su cumplimiento será esencial para prevenir o evitar daños en lo relativo a la privacidad e integridad de las personas.

- 3_** Las categorías de datos que obren en poder de los organismos del sector público que deben ser reutilizadas con arreglo al presente Reglamento “quedarían fuera” del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/1024.

Por tanto, en principio, podría limitarse o quedar restringido el acceso a determinados datos por ser confidenciales en el orden empresarial o comercial, estadísticos y datos protegidos por derechos de propiedad intelectual/industrial cuando su titularidad correspondiera a terceros. Asimismo, con carácter general, la información o el conocimiento técnico que no fuera transferible por estar protegido. Ello, también se razona para evitar la vulneración de intereses legítimos, posibles usos indebidos y/o desventajas competitivas en el mercado.

En consecuencia, estas limitaciones de accesibilidad quedarían amparadas en la legislación vigente europea y nacional. Ahora bien, al respecto nótese que caben algunas excepciones, al señalarse que sí podría ser posible la reutilización de datos relativos a “secretos comerciales”, sin perjuicio de lo dictado por la Directiva (UE) 2016/943, de

24 RGPD: REGLAMENTO (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE L n.º 119, de 4.5.2016.

8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas²⁵.

- 4_** Especial mención requiere -por lo expuesto supra- lo relativo al tratamiento de otro tipo de información o datos. En concreto, se realiza una referencia a específica a la *información/datos relativos a secretos comerciales y otros datos protegidos bajo derechos de la propiedad intelectual/industrial*. Al respecto, lo primero que se observa al examinar el RGD es la diferencia de tratamiento que, a *priori*, se adopta según se trate de cada uno de estos supuestos. Lo mencionado, llama la atención, en tanto se trataría de datos que compartirían ciertos denominadores comunes y/o en algunos casos pudieran encontrarse vinculados.

Esta es, sin duda, una de las novedades más significativas de este Reglamento y respecto a la precedente Directiva 2019²⁶. En este sentido, resulta claro que el actual RGD centra el foco de atención en estas categorías de datos de alto valor y que, como tales, también pueden encontrarse en bases de datos públicas, pero no han estado disponibles o accesibles hasta el momento. Por ello, y dado su especial interés, se trataría de facilitar su difusión, uso/reutilización o posible intercambio.

En sentido amplio, se hace referencia a aquellos datos protegidos bajo derechos de propiedad intelectual/industrial y a otros posibles datos relacionados con información confidencial o relativa a secretos comerciales u otra análoga. Ahora bien, en esta cuestión y al tratarse en algunos casos de datos que pueden ser sensibles y deben ser protegidos, podrían plantearse problemas o conflictos. En concreto, cuando afectara a datos cuya titularidad correspondiera a terceros, y por ejemplo, pudiera tratarse de datos no disponibles

25 DOUE L 157, de 15 junio 2016.

26 Sobre la Directiva europea 2019 y su transposición al Ordenamiento jurídico español, en concreto, vid., Dopazo Fraguío, M.P. (2022): “La reutilización de información disponible en el Sector público: Sujetos facilitadores y aportaciones para optimizar su práctica”, en la op. col. Valero Torrijos, J. y Martínez Gutiérrez, R., (Dir.), Datos abiertos y reutilización de la información del Sector público. (Capítulo II, pp. 21-54). Ed. Comares, Granada (España).

o de limitado acceso, salvo contar con la correspondiente cesión o autorización expresa de su titular²⁷.

El Considerando 10, se refiere a la posible disponibilidad y reutilización de datos que puedan contener secretos comerciales, sin perjuicio de lo previsto por la Directiva (UE) 2016/943 en esta materia²⁸ y establece el marco para la obtención, la utilización o la revelación lícitas de secretos comerciales. Lo señalado, a su vez, también quedaría relacionado con lo que previamente se indica en el Considerando 6, al referirse de igual modo a otros tipos de información o datos sensibles, como serían aquellos protegidos por derechos de la propiedad intelectual o industrial.

Por lo tanto, con referencia a todas estas categorías de información sensible y protegida, la cuestión no parece que pueda ser sencilla de abordar en la práctica o, al menos, sin presentar problemática en algunos casos. Pues, cuando se trata de estas categorías de datos sobre la que existe un previo derecho de protección y a su vez un deber de tutela -ambos amparados por el Ordenamiento jurídico vigente-, parece claro que ha de primar el garantizar dicha cobertura protectora y, por ende, la aplicación de la legislación nacional específica. Además, piénsese que, en buena técnica jurídica, el poder emplear como hipotética justificación la concurrencia de un posible interés colectivo para difundir o acceder a dichos datos, no siempre podría ser suficiente. Tampoco, en suma, resultaría de interés mermar la tutela jurídica pública otorgada desde el Derecho de la Propiedad Intelectual/Industrial, a través de las distintas

27 En cualquier caso, al respecto, el RGD señala el interés que dichos datos presentan, por ejemplo, para su empleo en “actividades de investigación o innovación de interés público”; algo que, por otra parte, en algunos casos resultaría razonable. Ahora bien, no en otros. Con todo, a nuestro juicio, habrá que observar máxima precaución y prevención al objeto de no conculcar la normativa europea preexistente, por ejemplo, aquella destinada, desde el Derecho de la Propiedad Intelectual/Industrial, a conferir la necesaria tutela al titular o titulares de dichos derechos e intereses legítimos.

28 Esta Directiva establece el marco normativo europeo previsto para la obtención, empleo o revelación lícitas de secretos comerciales, cfr., Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. DOUE L 157, de 15 junio 2016. Conforme a dicha Directiva, cabe interpretar que con la referencia en el actual RGD a datos relativos a “secretos comerciales” se aludiría también a la posible información empresarial y de centros u organismos de investigación de carácter no comercial, en la que se invierte por estas entidades para obtenerla, desarrollarla y aplicarla, integrando de este modo lo que se conoce como el conjunto de conocimientos técnicos o know-how). La cual, lógicamente resulta objeto de protección por cada organización o entidad, en tanto además les proporcionaría una posición competitiva y, de igual modo, en atención a los intereses legítimos de liderar la “economía del conocimiento”.

modalidades de figuras que abarca y que goza de una larga trayectoria²⁹. Por ello, cabe estimar que esta cuestión precisará de mayor concreción y desarrollo por parte del legislador nacional, en aras de brindar mayor seguridad jurídica.

Advertido lo precedente y realizadas estas precisiones, en todo caso resulta contundente el Considerando 17 del RGD, al expresar que este Reglamento “no ha de afectar a los derechos de propiedad intelectual de terceros”, tampoco a los que correspondieran o fueran sus titulares entidades u organismos del Sector público, “ni debe restringir en modo alguno el ejercicio de esos derechos”.

De igual modo, es claro el texto del Considerando 20 del RGD en orden a determinar la unidad del criterio aplicable y para evitar posibles dudas, al señalar que, *“a fin de preservar la competencia leal y la economía de mercado abierta, resulta de vital importancia salvaguardar los datos protegidos de carácter no personal, en particular, los secretos comerciales, pero también los datos no personales que constituyan contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, frente a un acceso ilícito que entrañe riesgo de robo de esta última o de espionaje industrial”*. (Considerando 20, RGD).

En suma, en este punto y por lo que respecta al uso/reutilización de datos sensibles, confidenciales o protegidos bajos derechos de la propiedad intelectual/industrial, cabe valorar que esta no es aún una cuestión pacífica; por ende, convendrá concretarla con mayor claridad y evitando posibles dudas interpretativa o conflictos.

- 5_** En todo caso, es importante observar la consideración que se subraya en el RGD con respecto al deber de respetar la decisión de cada Estado miembro. En este sentido, señala que *“no podrá imponerse a los Estados miembros la obligación de facilitar la reutilización de datos que obren en poder de sus organismos del Sector público”* (Considerando 11).

29 En nuestro Ordenamiento, sobre el régimen jurídico específico de las distintas figuras jurídicas que comprende el Derecho de la Propiedad Intelectual/Industrial, vid., entre otros autores, la obra colectiva dirigida por Ruiz Muñoz, M. (2017), *Derecho de la propiedad intelectual: derecho de autor y propiedad industrial*. Tirant lo Blanch, Valencia (España).

Así pues, interpretamos que, en última instancia, será cada Estado de la UE y de acuerdo con su correspondiente legislación nacional, el que decidirá si permite (o no) y/o condiciona el acceso/reutilización de datos en cada caso, teniendo en cuenta ciertos aspectos, alcance y finalidades. Para ello, también habrá que atender a la legislación sectorial aplicable y/o, en su caso, proceder a su actualización.

Y, además, en el supuesto de documentos oficiales, se podrá considerar si fuera posible su acceso en caso de ser interés público. Por tanto, dicho acceso a documentos oficiales podría ser concedido de acuerdo con el Derecho nacional de cada Estado miembro, con o sin imponer determinadas condiciones específicas.

- 6_ *Se habilitarán los correspondientes procedimientos para solicitudes de datos (ex artículo 9 del RGD), de forma que sean accesibles y también los documentos/formularios destinados a la cesión de datos.*

En todo caso, estimamos que atender a dicha previsión será de gran importancia, también con objeto de poder acreditar que existe plena constancia y, en su caso, sobre la autorización otorgada por el titular de los datos. Con lo cual, interpretamos que también se deberá incluir o aportar un documento previo informativo sobre el tratamiento dado a los (sus) datos y a efectos de asegurar que existiera un “consentimiento informado”.

- 7_ *Se creará un “punto único europeo de información” y los correspondientes nacionales (artículo 8 del RGD) en cada Estado miembro. Por tanto, con ello, a nivel europeo se establecerá un “punto único” de acceso a información, así como un registro que posibilite la interconexión y la tramitación de procedimientos.*

Con ello, se facilitará una completa interconexión administrativa y se pretende que la UE disponga de un punto único “centralizado” de acceso e información y “registro”. Este último, se habilitaría para la presentación de solicitudes de datos destinados a ser reutilizables. Y desde dicha unidad administrativa europea, una vez sean registradas las solicitudes presentadas, podrán ser enviadas a sus destinatarios correspondientes en cada Estado miembro. Esto es, para que puedan ser atendidas por cada

sujeto público al que fueran dirigidas (Administración, entidad u organismo público), que resolverá ofreciendo debida respuesta de conformidad con el procedimiento establecido y en plazo máximo fijado con carácter general en dos meses (ex Art. 9.1 del RGD).

A nivel nacional, los Estados miembros han de vigilar que toda la información necesaria esté disponible, en aplicación de lo preceptuado en los artículos 5 y 6 del RGD, vía el punto único de información establecido a nivel nacional. Para ello, cada Estado ha de designar el organismo competente y el punto único de información a nivel nacional, que, a su vez, también podrá estar interconectado o vincularse con otros posibles puntos de información sectorial, regional o local” que así fueran establecidos. Asimismo, en el RGD, se refieren las funciones a desempeñar desde este punto único de información a nivel nacional, que “podrán automatizarse, siempre que el organismo del sector público garantice un apoyo adecuado”.

- 8_** Se promueve el “altruismo de datos”, con objeto de favorecer acciones colaborativas destinadas a compartir datos y también el emprendimiento digital. En dichas actividades, no concurriendo ánimo de lucro, podrán participar distintos tipos de organizaciones privadas interesadas, v.gr., empresas u otras, entidades e instituciones constituidas -y registradas- siempre que su actividad fuera definida sin ánimo de lucro.

Con dicho impulso a la “compartición altruista y abierta de datos” por parte de organizaciones privadas, se trata de favorecer la labor proactiva de diversas “organizaciones altruistas”. Si bien, se establece la obligatoriedad de su previo reconocimiento como «organización de gestión de datos con fines altruistas reconocida en la Unión», denominación empleada que a su vez requiere el cumplimiento de determinados requerimientos y su registro, según lo establecido en este Reglamento.

Dichos requisitos son señalados en el Reglamento, asimismo se podrán habilitar procedimientos específicos de autorización o de certificación, según se determinara (cfr., Considerando 3, in fine, y Capítulo IV, “*Cesión altruista de datos*”, artículos 16 a 25 del RGD).

Por ejemplo, en la práctica, cabe pensar en el establecimiento de mecanismos compatibles de acreditación, registro y de supervisión que, junto a los posibles actos administrativos habilitadores, permitieran proceder a su efectiva validación o verificación de actividad. Asimismo, también -por ej.- vía autorregulación o mediante normas técnicas de certificación se podría acreditar la conformidad de estas entidades altruistas en relación a evaluar distintos aspectos, actividad desarrollada, modelo de gestión, recursos financieros y/o ayudas públicas percibidas, procesos, servicios, proyectos, etc.

Así pues, en principio, según señala el RGD, se promoverán los proyectos, redes y acciones altruistas o sin ánimo de lucro, facilitando con ello la difusión y el empleo de datos en interés colectivo. Si bien, ello queda sujeto al régimen jurídico previsto en este RGD que, a su vez, podrá ser completado o desarrollado por cada Estado miembro.

- 9_ Se sientan las bases para crear un régimen jurídico específico aplicable a los “servicios de intermediación de datos” (cfr., Capítulo III, artículos 10 a 15, del RGD). Este es, sin duda, uno de los aspectos que como aportación mayor interés presentan, reconociendo que estas actividades y sus agentes prestadores tendrán un papel muy relevante en la implementación de esta normativa³⁰.

Con ello, a su vez, se pretende asegurar que se desarrollen prácticas responsables y de conformidad a dicho régimen jurídico específico. Y a dicho fin, se establecen unos requerimientos y un procedimiento de notificación, registro y verificación de los proveedores de datos y/o servicios de intercambio de datos. De este modo, estos operadores han de desarrollar su actividad observando las debidas medidas de tratamiento de datos establecidas, según la legislación vigente.

En todo caso, se ordena que en el uso de los datos se cumpla todo lo previsto en esta normativa, actuando en su empleo con objetividad y para el fin autorizado. Este es, el facilitar los datos a los interesados, vía

30 Sobre las características e implicaciones de estos servicios, resulta de interés el trabajo de Alamillo Domingo, I., “El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos tecnológicos, plataformas y servicios de intermediación”, en la obra coordinada por Martín Delgado, I. (2020): El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica. Ed. Iustel, Madrid. (pp. 225-276).

la prestación de servicios de intermediación, ejerciendo su actividad con transparencia y de forma no discriminatoria. Al respecto, en particular, el RGD exige que dichos operadores de servicios estén establecidos en territorio de UE o, en su defecto, se designe a un representante legal.

En la práctica, respecto a estos sujetos interpretamos que será muy importante determinar estándares técnicos con relación a su ejercicio, así como códigos de conducta o de buenas prácticas, así como requerir las debidas acreditaciones y la mencionada constancia en el registro europeo/nacional habilitado. Esto es, en esta cuestión, se podrá -en virtud de la legislación nacional- completar o desarrollar lo básico ya previsto en el RGD, donde solo se refiere el establecer “*un logotipo común que sea reconocible en toda la Unión*” y que figure junto a la denominación empleada de «*proveedor de servicios de intermediación de datos reconocido en la Unión*». De igual modo, estimamos que será necesario establecer medidas de supervisión muy concretas, para asegurar que los prestadores de servicios de intermediación de datos cumplan con esta normativa. Asimismo, también convendrá delimitar con mayor detalle el marco de responsabilidad al que quedarían sujetos con motivo de la ejecución de sus actividades.

- 10** Se crea un *Comité Europeo de Innovación en Materia de Datos*, cuyas funciones son descritas en el propio Reglamento (Capítulo VI, Artículos 29 a 30 del RGD). En síntesis, se trataría de un órgano consultivo y evaluador -integrado por expertos- que ejercería funciones principalmente de asesoramiento, así como las expresamente previstas en los citados preceptos. Entre otras, prestar apoyo a la Comisión y facilitar la cooperación entre las autoridades competentes, asegurando que se sigue un buen funcionamiento y la debida interoperabilidad. Esto es, aquella que es precisa para que opere adecuadamente un “portal de datos abiertos” y, en definitiva, para la correcta prestación de servicios de intermediación de datos. De igual modo, supervisarán la adecuada aplicación de este Reglamento.
- 11** Por otra parte, se orienta un *sistema de garantías* para prevenir o enfrentar posibles conductas abusivas o ilícitas, así como aquellos eventuales supuestos de uso o tráfico ilícito de datos que sean detectados o

probados. A dicho fin, estimamos que podría ser muy ilustrativo el seguir el modelo de éxito que ya establece el Reglamento General de Protección de Datos “Personales” (RGPD, 2016).

Siendo estas, en resumen, las principales innovaciones previstas por el actual RGD, ahora nos queda esperar para evaluar su aplicación y resultados. Al respecto, será importante observar, entre otros aspectos: cómo se podrá desarrollar para su mejor aplicación, cómo se procederá a dicha aplicación y cuál será su grado de cumplimiento efectivo, qué medidas de control y de supervisión se establecerán en este ámbito, cómo se podrá resolver posibles conflictos que surgieran de una forma ágil y qué vías eficaces se podrían habilitar para ello. También, convendrá concretar más lo relativo al marco de responsabilidad y en caso de que se causaran daños y/o perjuicios a los titulares de datos. Así pues, este es un terreno donde aún surgen varios interrogantes y, por tanto, deberemos observar cómo evoluciona, estando muy atentos y por lo que respecta al ámbito de la clínica jurídica.

4. EL REGLAMENTO (UE) DE DATOS O “LEY EUROPEA DE DATOS” - DATA ACT EUROPEA

El Reglamento de Datos o *Data Act* (2023)³¹ es también una de las piezas clave desde la perspectiva regulatoria en esta materia, y en orden a la Estrategia europea de datos. Esta norma o Ley europea es complementaria al precitado RGD (2022), y de igual modo es esencial para los objetivos previstos de la denominada “Década Digital de Europa para 2030”³².

El debate doctrinal que ha suscitado esta norma ha sido de gran interés, lo cual, ya se puso de manifiesto desde el inicio, a la luz del texto de la Propuesta presentada por la Comisión europea, y en la actualidad, aprobado el texto final adoptado. Ello, se razona porque son varias las cuestiones que desde la perspectiva jurídica conviene analizar con detalle, por cuanto estamos ante una normativa con impacto relevante. Si

31 REGLAMENTO (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023 sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos). DOUE L, de 22.12.2023. Texto disponible en: <https://www.boe.es/doue/2023/2854/L00001-00071.pdf>

32 Como ha sido avanzado al inicio de este trabajo, esta cuestión es una de las prioridades señaladas por la UE, vid., “La Década Digital de Europa: metas digitales para 2030”, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_es

bien, por motivos de extensión no es posible en el presente artículo profundizar en su estudio, al que de forma específica se dedicará por esta autora otro trabajo posterior.

No obstante, a continuación, en síntesis, sí se realiza una valoración de esta norma y se exponen aquellas novedades más destacadas. Pues, conviene significar que esta Ley europea podría tener gran impacto en la práctica, observando que son muy importantes las innovaciones que aporta. Y, de forma más específica, así se infiere que sus efectos resultarían significativos tanto para los titulares de datos como para terceros.

Así, por ejemplo, esta normativa reviste sumo interés para los operadores que traten o utilizaran datos –personales y no personales– de distintos sujetos o de usuarios de “productos conectados y/o servicios relacionados”. Y, de forma específica, afectaría al tratamiento de datos relativos o generados por productos/servicios conectados o “inteligentes”. Esto es, productos/servicios vinculados a redes colectivas o dispositivos electrónicos conectados, donde se emplea tecnología para facilitar la comunicación, el almacenamiento o registro de datos vía “nube”, etc. Por tanto, los relacionados con lo que en términos generales se conoce como “el Internet de las Cosas” (“Internet of Things” o “IoT”).

En principio, en virtud de este Reglamento europeo o Ley de Datos se trataría de determinar los sujetos que podrían acceder, disponer, transferir y usar los datos de los titulares o usuarios en la UE. De igual modo, se establecen una serie de derechos y de obligaciones. Al respecto, se ofrece un resumen de los principales aspectos objeto de esta norma, a saber,

- A_** Establece las bases jurídicas del sistema europeo de datos digitales operativos. Por lo que, en principio, podría valorarse de forma positiva toda vez que aporta seguridad jurídica.
- B_** Determina un conjunto de derechos y obligaciones con respecto a los usuarios y sujetos titulares de datos, en particular, en lo relativo al acceso, uso y disponibilidad de los datos de productos/servicios.
- C_** Se trata de facilitar la elección de operadores y el posible cambio en lo relativo a la prestación de servicios relacionados con el tratamiento de datos. Asimismo, por lo que respecta a la interoperabilidad de los datos, los medios empleados, los servicios implementados para el intercambio de datos, etc.
- D_** Referencia específica reciben determinados agentes como, por ejemplo, los proveedores de servicios en la nube.
- E_** Con esta norma, uno de los propósitos del legislador europeo también sería procurar la mejora de la calidad de los servicios ofrecidos por las

empresas a sus clientes, por ej., servicios de información y atención postventa, reparación de productos y prestar otros servicios demandados.

- F_** Adquiere especial interés lo relativo a la protección de los derechos de propiedad intelectual/industrial y secretos empresariales. Esta cuestión reviste especial importancia y, al respecto, estimamos que convendrá profundizar en la misma y en aras de reforzar las garantías relativas a la tutela efectiva de estos derechos e intereses legítimos relacionados. Pues, a tenor de lo previsto en la Ley, sí parece necesario asegurar o prevenir riesgos eventuales ante determinadas prácticas o supuestos de datos que pudieran resultar accesibles sin previo conocimiento o sin previa autorización expresa por parte de su titular. Por lo cual, en definitiva, cabe pensar que se deberá hacer mayor hincapié para evitar amenazas, como -por ejemplo- en materia de ciberseguridad.
- G_** Con respecto al ámbito subjetivo de esta Ley, se considera “sujeto obligado” a la puesta a disposición de información o datos, a la persona física o jurídica que tiene el derecho o la obligación de facilitar los datos o poner a disposición del usuario, o el tercero que fuera designado, en el supuesto de “datos no personales” y vía las medidas de control del diseño técnico del producto o los servicios vinculados. Por lo cual, en la práctica, el papel activo del sujeto que tenga la capacidad de suministrar los datos será principal.
- H_** El deber de poner a disposición los datos en favor del tercero es objeto de regulación específica.
- I_** Asimismo, se hace referencia a los posibles mecanismos destinados a la compensación o indemnización en caso de daños sufridos. De forma expresa, se hace referencia a la posibilidad de adoptar acuerdos con objeto de fijar una compensación razonable entre las partes, v.gr., el titular de los datos y el destinatario.
- J_** En materia de contratación, se aporta una enumeración de cláusulas tipo que podrían ser calificadas como “cláusulas abusivas” y con respecto al acceso o el empleo de datos.
- K_** En concreto, queda previsto -de forma expresa- el deber de facilitar los datos que fueran requeridos a la Administración pública y/o de las Autoridades por razones de necesidad o ante situaciones extraordinarias que así fueran constatadas.
- L_** Implementación de posibles medidas con el fin de evitar la difusión y el empleo de datos cuando no fuera autorizado.

No obstante, conviene añadir otra cuestión principal que ha de ser considerada, en concreto, el deber de supervisar que se proceda a la debida observancia del principio de “neutralidad tecnológica” ³³. Este principio implica el deber de cumplir con la legislación vigente, por lo que ha de ser observado en toda práctica que suponga comunicaciones electrónicas y/o tráfico de datos y, en general, toda acción que se ejerciera al respecto a través de la red y/o empleando las nuevas herramientas tecnológicas.

Agregado a lo expuesto, cabe insistir en la necesidad de asegurar el óptimo cumplimiento del Ordenamiento vigente y, en especial, será principal en lo relativo a la protección de datos y la privacidad de las personas, asimismo, con respecto a la normativa sobre confidencialidad de las comunicaciones electrónicas, entre otras cuestiones. Así pues, todo lo señalado es de sumo interés, tanto para los proveedores de servicios de internet como para todo operador o aquel sujeto que suministre o trate datos que circularan por la red. Y, por otra parte, será fundamental el ejercicio eficaz de medidas de supervisión y control, por parte de las autoridades europeas y nacionales competentes, al objeto de vigilar y asegurar que se cumpla la legislación y, en su defecto, aplicando las correspondientes medidas sancionadoras. En todo caso, a fecha actual, quedaría por evaluar los efectos derivados de la aplicación de esta nueva legislación, si bien, ya se advierte sobre su complejidad y algunos problemas que pueden plantearse relativos a la clínica jurídica.

5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La nueva Ley europea de Gobernanza de Datos o RGD (2022) -vigente en la actualidad-instaura un innovador marco regulatorio, por ello, supone un importante valor añadido, no solo por ser la primera vez que se legisla sobre una materia tan compleja y en aras de fijar un modelo común de gobernanza del dato que resulte aplicable en toda la UE, también por las razones expuestas que motivan el contar hoy con dicho régimen jurídico.

Se trata de una legislación europea necesaria por su pretensión de aportar seguridad jurídica en este ámbito. A su vez, se razona ante la realidad de los hechos, observando que cada vez es mayor el uso de información y el tráfico de datos por medios electrónicos o digitales. A ello, se suma la incorporación progresiva de otras nuevas herramientas tecnológicas, más avanzadas y basadas en la denominada

33 Sobre la interpretación y aplicación de este principio, Puyol Montero, F.J. (2019), Los derechos digitales a la neutralidad tecnológica y al acceso universal a internet, Actualidad administrativa, 12.

“inteligencia artificial” (IA). Por ello, también es de interés contar con una legislación avanzada que regule el empleo de tecnologías avanzadas y, en concreto, los sistemas de inteligencia artificial.

Con todo, a modo de valoración final, cabe afirmar que las dos leyes europeas o Reglamentos UE analizadas en este trabajo -el RGPD y su complementario, el Reglamento de Datos- constituyen un binomio legal fundamental. Toda vez que con su aplicación se pretende fijar el “Sistema jurídico común europeo” que ha de regir en materia de datos en la UE. Asimismo, con esta nueva normativa europea se establecen las bases regulatorias suficientes -en principio- para impulsar el proyectado mercado europeo de datos. En este sentido, se determinan las “reglas operativas” para la dinámica de los distintos “ecosistemas de datos”, lo cual, resulta muy relevante ante el emergente espacio que se abre, el “mercado UE de datos”.

Resultará esencial reforzar la tutela jurídica pública en este terreno. Asimismo, por lo que respecta al deber de observar el principio de “neutralidad tecnológica”. También conviene advertir que, en este campo, todavía quedaría pendiente por resolver algunos aspectos de interés jurídico. En consecuencia, los desafíos que se plantean son importantes. Al respecto, estimamos que en todo caso se deberá profundizar en algunas cuestiones identificadas, por exigir mayor desarrollo desde el punto de vista técnico y jurídico -a nuestro juicio-, asimismo, con el fin de prevenir eventuales riesgos. En este sentido, en síntesis, cabe destacar dos aspectos principales, a saber: (a) reforzar lo relativo a la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, secretos comerciales/ secretos empresariales, así como otros intereses legítimos, por ejemplo, aquellos relacionados con el deber de confidencialidad de los fabricantes y titulares de los datos. Pues, no se puede ignorar la concurrencia de eventuales riesgos al respecto, por ejemplo, al facilitarse datos relativos a productos/ servicios o ponerlos a disposición de terceros, se podría vulnerar los precitados derechos. También, por otra parte, en algunos supuestos se pueden generar otros conflictos, al afectar al reconocido derecho a la libertad de empresa o, incluso, al derecho a la libertad de pactos o contractual. En este sentido, con todo, parece que el legislador europeo hace primar el interés colectivo y la protección de los consumidores/usuarios. Y, (b) otra cuestión de interés en la que se deberá insistir más, es en lo relativo a la necesidad de asegurar el óptimo cumplimiento de la vigente legislación europea en materia de protección de datos (RGPD). Todo ello, en suma, es relevante ante el contexto económico y digitalizado que vivimos, donde los datos son focalizados como el nuevo recurso y cuyo valor es cada vez más apreciado. Por tanto, los retos jurídicos que se plantean son muy destacados.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Abella García, A. (2020): “Gobernanza inteligente a través de los datos. Modelo de Gobernanza y Arquitectura de los Datos”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal* (Ejemplar dedicado a: Datos abiertos: hacia una gobernanza real de las administraciones públicas.), 3, 167-194.
- Alamillo Domingo, I. (2020): “El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos tecnológicos, plataformas y servicios de intermediación”, en op. col. Martín Delgado, I. (Coord.), *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*. Iustel, Madrid. (pp. 225-276).
- Almeida Cerrada, M. y Míguez Macho, L. (2016): *La actualización de la Administración electrónica*. Andavira editora.
- Alonso Espinosa, C. (2008): “La información en la Red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 81, pp. 15-61 (p.17). <https://apps.euskadi.eus/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=81&tipo=R&seccion=38&c=orrelativo=1&contenido=1&locale=es>
- COTEC Fundación (2019): “Guía para la apertura y compartición de datos en el entorno empresarial”, https://cotec.es/media/Guiadatosabiertosenelsectorem_presarial_COTEC.pdf
- Cotino Hueso, L. (2020): “Ética, valores y principios del «open data» y los retos futuros de la apertura de datos públicos”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal* (Ejemplar dedicado a: Datos abiertos: hacia una gobernanza real de las administraciones públicas.), núm. extra 3, pp.147-166.
- Criado, J.I. (2021): “Gobierno abierto, innovación pública y gobernanza colaborativa. Hacia un marco analítico integrador en la era de la administración pública 4.0”, en op. col. Criado, J.I. (Coord.), *Gobierno abierto, innovación pública y colaboración ciudadana*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), España, 29-60.
- Deloitte (2022): *Analytics y Gobierno del Dato*, <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/public-sector/articles/analytics-y-gobierno-del-dato1.html>
- De La Fuente, C. (2020): “Guía práctica para la publicación de Datos Abiertos usando APIs”, *Datos.gob.es*, <https://datos.gob.es/es/documentacion/guia-practica-para-la-publicacion-de-datos-abiertos-usando-apis>
- Dopazo Fraguío, M.P. (2022): “El nuevo reglamento europeo para la gobernanza

- del dato: ¿Liberación segura de información y neutralidad de su tratamiento?”, *Revista española de derecho europeo, REDE n.º 82*, pp. 115-166. Disponible texto en: <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/el-nuevo-reglamento-europeo-para-la-gobernanza-del-dato-liberaci>
- Dopazo Fraguío, M.P. (2022): “La reutilización de información disponible en el Sector público: Sujetos facilitadores y aportaciones para optimizar su práctica”, en op. col. Valero Torrijos, J. y Martínez Gutiérrez, R., (Dir.), *Datos abiertos y reutilización de la información del Sector público*. (Capítulo II, pp. 21-54). Comares, Granada (España).
- Dopazo Fraguío, M.P. (2019): “Data protection and digital rights: the architecture of the new regulatory binomy”, *Derecom*, 26, 17-48.
- Dopazo Fraguío, M.P. (2018): “La protección de datos en el derecho europeo: principales aportaciones doctrinales y marco regulatorio vigente. (Novedades del Reglamento General de Protección de Datos)”, *Revista española de derecho europeo*, 68, 113-148.
- España Pérez, J.A. (2021): “Planificación digital: un reto para las Administraciones Públicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 57.
- FAIR (2016): “FAIR Guiding Principles for scientific data management and stewardship”, <https://www.go-fair.org/fair-principles/>
- Martín Delgado, I. (2018): “El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de Administración Digital auténticamente innovador”, en op. col. De la Quadra-Salcedo, T. y Piñar Mañas, J.L. (Dir.), *Sociedad Digital y Derecho*. (pp. 179-202). Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. España.
- Martínez Gutiérrez, R. (2023): “Reforma para una Administración de datos”, *Revista catalana de dret públic*, n.º 67 (Ejemplar dedicado a: *Diagnòstic i propostes per a una reforma administrativa ponderada*), pp. 67-81.
- Martínez Gutiérrez, R. (2022): “Problemas prácticos de la reutilización y transferencia de tecnología entre administraciones”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 182, pp. 48-59.
- Martínez Gutiérrez, R. (2020): “EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL: ASPECTOS PROCEDIMENTALES”, EN OP. COL. MARTÍN DELGADO, I. (DIR.), *EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA*. IUSTEL, MADRID. (PP.143-224).
- Ontiveros, E. (dir.) (2017): *Economía de los Datos. Riqueza 4.0*. Fundación Telefónica -Ariel, <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2018/11/Libro-Economia-de-los-Datos-Ontiveros.pdf>

-
- Piñar Mañas, J.L. (2020): “Protección de datos: Las claves de un derecho fundamental imprescindible”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (Ejemplar dedicado a: Protección de datos: antes, durante y después del coronavirus), 88-89, 6-19.
- Puyol Montero, F.J. (2019): “Los derechos digitales a la neutralidad tecnológica y al acceso universal a internet”, *Actualidad administrativa*, 12.
- Ramilo Araujo, M.C. y Criado, J.I. (2003): “Hacia una visión integrada del Gobierno Electrónico”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, 54, 206-225.
- Ruiz Muñoz, M. (Dir.) (2017): *Derecho de la propiedad intelectual: derecho de autor y propiedad industrial*. Tirant lo Blanch, Valencia (España).
- Valero Torrijos, J. y Martínez Gutiérrez, R. (Dir.) (2022): *Datos abiertos y reutilización de la información del Sector público*. Comares, Granada (España).

El principio ne bis in idem en la justicia europea

MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH
Universidade de Vigo - bravobosch@uvigo.es

abstract

En el presente trabajo ponemos en evidencia como la presencia del derecho romano en la jurisprudencia europea es una realidad que se puede constatar día a día en las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Además, el derecho comunitario se va conformando cada vez mejor gracias a que los tribunales utilizan planteamientos jurídicos formulados según la tradición del derecho desarrollado de un modo científico, el *ius commune*, procedente en sus raíces del Derecho Romano.

abstract

Neste trabalho mostramos como a presença do direito romano na jurisprudência europeia é uma realidade que se verifica dia a dia nas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Além disso, o direito comunitário está a tornar-se cada vez mais moldado graças ao facto de os tribunais utilizarem abordagens jurídicas formuladas de acordo com a tradição do direito desenvolvido de forma científica, o *ius commune*, originado nas suas raízes no Direito Romano.

abstract

In this paper we demonstrated the presence of Roman law in European jurisprudence is a reality that can be seen every day in the decisions of the European Court of Justice (ECJ). In addition, Community law is shaped getting better thanks to courts use legal arguments made in the tradition of law developed in a scientific way, *ius commune*, from its roots in Roman law.

palavras chave

Direito Romano, *Ius Commune*, Jurisprudência Europeia, Tribunal de Justiça da União Europeia.

palabras clave

Derecho romano, *Ius Commune*, Jurisprudencia Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

key words

Roman law, *Ius Commune*, European Law, European Court of Justice.

La presencia del derecho romano en la jurisprudencia europea es una realidad que se puede constatar día a día en las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). La doctrina ha dirigido sus esfuerzos a demostrar la utilización de principios romanos en el ámbito comunitario, pudiendo destacar el trabajo de KNÜTEL¹ sobre la presencia del Derecho romano en los tribunales europeos. De acuerdo con sus palabras, el derecho comunitario se va conformando cada vez mejor gracias a que los tribunales utilizan planteamientos jurídicos formulados según la tradición del derecho desarrollado de un modo científico, fundamentado en el estudio académico y apoyado en una literatura y una enseñanza uniforme en las universidades europeas: *el ius commune*², que hunde sus raíces “fundamentalmente en el Derecho Romano”³. Como señala HERRERA BRAVO⁴: “El derecho romano, en su esencia y debido a su desarrollo histórico, contiene un precipitado común que puede contribuir, de manera muy decisiva, a la armonización y unificación jurídica dentro de la Unión Europea”. Con todo, no debemos olvidar que el derecho comunitario se nutre sobre todo de las Directivas y los Tratados, está formado por normas de Derecho Público y tiene una clara preferencia en cuanto a su aplicación, mientras que en el *ius commune* la labor

¹ R. KNÜTEL, *Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, en *Juristische Schulung* 36/9 (1996) 768 ss. trad. esp. de G. PEREIRA MENAUT, *Ius Commune y Derecho Romano en los tribunales de justicia de la Unión europea*, en *Topica. Principios de Derecho y máximas jurídicas latinas*, Santiago de Compostela 2001, 15 ss.

² H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, Munich 1985, 4: “Römisches und kanonisches Recht bilden das *Ius utrumque*, das *Ius commune* des europäischen Mittelalters”.

³ R. KNÜTEL, *Ius commune und Römisches Recht*, cit. 16, en donde añade: “El hecho de que los Jueces y los Abogados Generales, acostumbrados a los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, se pongan de acuerdo sin gran dificultad sobre la validez de tales máximas jurídicas, se explica sin duda por la secular tradición jurídica común de la Europa continental, que no dejó de tener sus efectos también en el Reino Unido y en Escandinavia, y no se interrumpió cuando se llevaron a cabo las grandes codificaciones nacionales. Aunque estos códigos nacionales redujeron la importancia del denominador común de la tradición jurídica, al establecer numerosas disposiciones especiales, no abandonaron por ello sus fundamentos comunes, puesto que todos ellos llevan la fortísima impronta del *ius commune* y del Derecho Romano”.

⁴ R. HERRERA BRAVO, *El Derecho romano en la cultura jurídica del siglo XXI*, Jaén 2007, 57.

principal la realizan los juristas y la doctrina, su fundamento lo constituyen normas de derecho privado y su función es normalmente supletoria, jurídicamente hablando, en Europa. Además, el *Ius commune* medieval, que trascendió las fronteras nacionales y adoptó la misma forma y lengua en todas partes, no es igual al actual, como aclara STEIN⁵: “La differenza, talvolta trascurata, risiede tuttavia nel fatto che il *Ius commune* medievale fu adottato volontariamente in tutta l’Europa, in ragione dell’avvenuto riconoscimento della sua superiorità su ogni sistema giuridico alternativo, mentre il nuovo *Ius commune* -si pensi, ad esempio, alle regole sulla responsabilità per la vendita di prodotti- è imposto dall’alto, a scopo d’uniformità”.

A mayor abundamiento, se han manifestado en el derecho europeo numerosos principios generales del derecho que coinciden en su mayoría con los principios estructurales de la Unión Europea, como son el principio de la proporcionalidad⁶, de la protección de la buena fe⁷, de la seguridad jurídica⁸, de la comprensibilidad de las

5 P. G. STEIN, *Il Diritto Romano nella Storia europea*, trad. it. Milán 2001, 160, en donde añade que la idea de que el Derecho europeo es una reanudación de una unidad jurídica y cultural ha encendido el interés por lo que se describe como “tradición civil”: “Lo studio di questa tradizione segue lo sviluppo delle dottrine giuridiche dal diritto di Giustiniano fino ai codici moderni e indica quali siano stati i contributi apportati dagli studiosi dei vari paesi a tale sviluppo”, poniendo de relieve el resultado de estos estudios como los conceptos jurídicos elaborados por los romanos han sobrevivido de forma reconocible a los cambios impuestos sobre ellos por parte de los que trataban de adaptarlos a las necesidades actuales.

6 Vid. al respecto, J. BARNES, *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*, en *Revista de Administración Pública* 135 (1994) 498: “Entre los principios generales no escritos del Derecho Comunitario originario que el TJCE ha inducido por la vía del análisis comparado de los ordenamientos nacionales emerge, en lugar preeminente, el principio de proporcionalidad, al lado de los principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica (confianza legítima) y de la tabla de derechos y libertades, lo que ha terminado por reflejarse en el propio Tratado de la Unión Europea...”, concluyendo en p. 499: “Con todo, su vigencia excede del ámbito europeo. Y en definitiva, en cuanto principio general del Derecho derivado de la idea de justicia material, se erige en piedra angular de todo ordenamiento jurídico, una fuente subsidiaria que lo integra e inspira”; W. KLUTH, *Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán*, en *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998) 220, en donde considera a Alemania y al Derecho Público alemán, como el lugar de nacimiento del principio de proporcionalidad. En n.1 señala que el Tribunal Constitucional y parte de la doctrina “aluden normalmente al principio de prohibición de exceso (*Übermaßverbot*) y muy raramente al principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*)”, entendiendo que el primero tiene un contenido más amplio, del que formaría parte el principio de proporcionalidad; vid, con respecto a los orígenes de la “prohibición de exceso” en el Derecho romano, el documentado análisis realizado por F. WIEACKER, *Festschr. R. Fischer*, 1979, 867 ss.

7 D. 1.14.3 (*Ulp. ad Sab.*); D. 2.15.17 (*Papin. 2 Quaest.*); F. WIEACKER, J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, L. DíEZ-PICAZO, *El principio general de la buena fe*, Madrid 1982, *passim*; T. MARCOS MARTÍN, *El principio de la buena fe en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derecho de la competencia*, en *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, VV.AA. REINOSO-BARBERO (Coord.) Madrid 2014, 1129: “En el derecho de la Unión Europea, el principio de la buena fe, si bien no aparece hasta ahora claramente reconocido como tal principio general específico, el Tribunal sí lo invoca, como se verá, con frecuencia, en la mayor parte de los supuestos vinculado a otros clásicos como el de confianza legítima, y el de cooperación leal, principio particular de la Unión, recogido de forma temprana en los primeros textos de los Tratados constitutivos”.

8 D. 1.3.21 (*Neratius 6 Membranarum*): *Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.*

leyes⁹, el de la obligación de aportar pruebas en los actos jurídicos, ‘*audiatur et altera pars*’ como principio de audiencia o el derecho del demandado a ser escuchado en un juicio¹⁰, o el principio de *ne bis in idem*¹¹ -que analizaremos con más detalle a continuación- procedentes en buena medida del derecho romano. A la vista de esta breve introducción ya podemos adelantar como la importancia de nuestra disciplina dentro de la ciencia del derecho resulta clara¹², ya que el reconocimiento explícito del *ius commune* desde instancias como los tribunales de justicia europeos, dan cuenta de la relevancia del núcleo principal, del tronco común de dicho ius, que no es otro más que el derecho romano¹³.

El principio *ne bis in idem* es un principio del derecho español y a la vez del derecho comunitario europeo, ya que como pone de manifiesto REINOSO-BARBERO¹⁴, aunque Europa no sea propiamente un Estado constitucional, la doctrina se refiere ya a principios constitucionales europeos por cuanto los procedentes de las diferentes constituciones europeas son en realidad comunes a muchos Estados, se recojan o no en su derecho positivo, siendo los principios generales del derecho los mejores representantes del derecho no escrito de la

-
- 9** Justiniano, en l. 2.23.7, cuando al referirse a las estipulaciones derivadas del senadoconsulto Pegasiano, denominadas capciosas por Papiniano, afirma que “*et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet*, mostrando una clara preferencia por la leyes fáciles de comprender.
- 10** D. 48.17.1. pr. (Marcianus 2 publ.) : *Divi Severi et Antonini magni rescriptum est, ne quis absens puniatur; et hoc iure utimur, ne absentes damnentur; neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur, recordándonos que por razón de equidad nadie puede ser condenado sin haber sido escuchado*; A. WACKE, *Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozeß*, en *Festschrift für Wolfgang Waldstein*, Stuttgart 1993, 369 ss.
- 11** H. D. MEYER, *Die Strafklagekonsumption beim Repetundendelikt und die Rechtsregel “bis de eadem re ne sit actio”*, en ZSS 95 (1978) 138 ss., en donde al estudiar la *lex Acilia Repetundarum* analiza el origen: “Daß im römischen Strafrecht eine recht alte, generell gültige und für die Rechtspraxis fundamentale, ‘Rechtsregel’, bestanden habe, deren Gehalt mit der kurzen Formel *ne bis in idem*, wiederzugeben wäre ist immer wieder unterstellt, seltener hingegen bezweifelt worden”.
- 12** I. CREMADES, *El Derecho romano en la europeización de la ciencia del Derecho*, en el estudio introductorio que realiza en la traducción de R. ZIMMERMANN, *Europa y el Derecho romano*, Madrid 2009, 38 ss. en donde refiere la utilidad del Derecho romano en las jurisdicciones supranacionales o nacionales, en el estudio comparado del Derecho, e incluso para la reflexión de los grandes temas actuales, insistiendo en la importancia del mismo incluso para la construcción de una ciencia del Derecho privado europeo.
- 13** Sin embargo, como declara R. ZIMMERMANN, *Derecho Romano y cultura europea*, en *Revista de Derecho Privado* 18 (2010) 22: “Para la trascendencia europea del derecho romano fue decisivo un elemento ajeno al derecho romano clásico: una legislación omnicompreensiva concebida por el emperador Justiniano, quien en el siglo VI d.C. ordenó elaborar una inmensa recopilación de fragmentos provenientes de las obras jurídicas clásicas (los digestos), que promulgó junto con otra contentiva de las constituciones de los emperadores y un manual de introducción al derecho”; vid. en defensa de la relevancia del derecho romano, J.A. BUENO DELGADO, *La importancia de un derecho histórico, el derecho romano, como base de un derecho común*, en *RGDR* 21 (2013) 20: “El Derecho Romano nos ofrece los conceptos fundamentales de una ciencia jurídica supranacional... El Derecho Romano constituye la base jurídica de la Europa comunitaria, erigiéndose en común denominador para la unificación de los derechos europeos”.
- 14** F. REINOSO-BARBERO, *Los principios generales del Derecho en la modernización del lenguaje jurídico*, en *Principios generales del derecho cit.*, p. 78.
-

Unión Europea. Resulta claro que la mejor solución pasaría por una confirmación jurídica de tal relevancia, recogiendo los principios romanos en una futura codificación europea. Como afirma FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A: “El Derecho Romano está llamado a cumplir un papel relevante en la previsible codificación del Derecho privado europeo, y a contribuir con no pocas aportaciones a la más lejana e incierta codificación del Derecho público”¹⁵.

El jurista Gayo, en D. 50.17.57 (18 ed. prov.), nos proporciona la fuente primigenia sobre el principio *ne bis in idem*¹⁶:

*Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*¹⁷. (La buena fe no tolera que se exija dos veces por la misma cosa).

Bien es cierto que el origen romano de este principio no resulta claro ya que la fuente gayana no es idéntica al aforismo que ha llegado hasta nosotros, pero de acuerdo con la filosofía jurídica romana, con la estructura sintáctica que comparte el principio general con el testimonio de Gayo, y con la ausencia de referencia alguna al *non bis in idem* en fuentes no romanísticas, podemos colegir, siguiendo a REINOSO-BARBERO¹⁸, que estamos ante un principio general del Derecho aplicable a múltiples y variadas situaciones, y “por lo que se refiere a la vigencia actual del apotegma, se observa que es uno de los que acredita mayor difusión en la moderna jurisprudencia. Esta utilidad no sólo es cuantitativa, sino que aparece consagrada en todas las jurisdicciones”. Bien es cierto que su amplio significado lo convierte en un principio de los más recurrentes, por cuanto es aplicable a infinidad de supuestos legales, lo que produce también el efecto de desplazar a principios más concretos subsumidos

15 A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Ciencia Jurídica Europea y Derecho Comunitario: Ius Romanum. Ius Commune. Common Law. Civil Law*, en RGDR 10 (2008) 24.

16 Vid. al respecto, U. ALBANESE, *Il latino giuridico*, Nápoles 2005, 94, en donde señala: “A questa massima è demandato il compito di enunciare il principio del divieto della riproposizione dell’azione penale per il medesimo fatto per il quale l’imputato è stato prosciolto o condannato con sentenza irrevocabile, cioè con una sentenza contro la quale non è ammessa alcuna impugnazione diversa dalla revisione”.

17 A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Filadelfia 1953, reimp.1991) 374, s.v. *Bis idem exigere*: “To claim (to sue for) the same thing twice from the same debtor. “Good faith does not allow (*bona fides non patitur*) the same thing to be twice exacted (D. 50.17.57). The same is expressed in the rule: *bis de eadem re ne sit actio*”.

18 F. REINOSO-BARBERO, *Los principios generales del derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid reimp. 1988, 161: “En definitiva, si tenemos en cuenta que el principio no aparece en fuente no romana alguna, que su filosofía deóntica es claramente romana, que sus términos recogen casi literalmente una regla romana, que ha pervivido durante unos siglos caracterizados por un alto índice de alteraciones jurídicas y que la gran utilidad del principio lo hace especialmente sensible a recibir esas alteraciones, podemos concluir que con gran probabilidad estamos en presencia de un principio eminentemente romano”.

en el non bis in idem por su mayor y mejor generalidad manifiesta¹⁹.

El reflejo jurisprudencial del principio *non bis in idem*, a pesar de ser frecuente, no va acompañado en ocasiones de un conocimiento en profundidad de las fuentes de las que procede el citado derecho. Así, en las Conclusiones del asunto Gasparini²⁰ del año 2006, se traía a colación su origen en el Corpus Iuris de Justiniano, citando en concreto los fragmentos de D. 48.2.7.2 (*Ulp. lib. 7 de officio Proconsulis*):

Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari, et ita divus Plus Slavio Valenti rescripsit: sed hoc, utrum ab eodem an nec ab alio accusari possit, videndum est. Et putem, quoniam res inter alios iudicatae alii non praeiudicant, si is, qui nunc accusator extitit, suum dolorem persequatur doceatque ignorasse se accusationem ab alio institutam, magna ex causa admitti eum ad accusationem debere,
y C.9.2.9 pr.:

Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest, sin nombrar la fuente tradicionalmente aceptada recogida en D.50.17.57, que acabamos de nombrar y se entiende como la originaria del principio *ne bis in idem*²¹.

En otras ocasiones, se toma como referencia la Glosa Non potest de Johannes Teutonicus al decreto de Graciano 2.2.1.14.1, *ne bis in idem*, como formulación posterior, más conocida, moderna y con mayor éxito que el aforismo latino *bis de eadem re ne sit actio*, recogido en las Instituciones de Quintiliano 7.6.4, quién ya había manifestado la complejidad del tema a la hora de tomar una decisión con respecto a una cosa juzgada que pueda volver a ser sometida a juicio, cuestionándose si lo que no se puede repetir es la acción o el hecho de

19 G. PEREIRA-MENAUT, *Topica. Principios de Derecho*, cit. 77, en donde pone en relación al principio *ne bis in idem* con el de *res iudicata*, cuya eficacia procesal no ponemos en duda pero que seguramente sea absorbido por el concepto más amplio de *ne bis in idem*, no circunscrito al ámbito procesal: “Este importante principio (*ne bis in idem*), muy claro en su formulación y en sus pretensiones, está fuertemente implicado con otros principios no menos importantes, ante todo con aquel que consagra la autoridad de la cosa juzgada, *res iudicata*. Su aplicación, presentaba ciertas dificultades entonces como ahora; fundamentalmente, el saber cuándo la segunda causa es verdaderamente idéntica a la primera, supuesto en el cual el principio es de aplicación evidente”.

20 Asunto *Francesco Gasparini et al* (C-467/04) de 28-9-06.

21 F. REINOSO-BARBERO, *El derecho romano en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en (RGDR 10) 2008, 11, en donde explica los motivos de la elección de las fuentes elegidas en vez de la tradicional de Gayo: “Probablemente la razón se deba a que aquel asunto trataba de un caso de cooperación judicial en materia penal, y los textos romanos citados se refieren a crímenes públicos”.

que el actor no pueda volver a plantearla²².

En la actualidad, la doctrina española ha definido tradicionalmente el principio *ne bis in idem* como la imposibilidad de que alguien sea enjuiciado y condenado dos veces por los mismos hechos delictivos. Es cierto que en nuestro ordenamiento no se contiene una norma constitucional expresa relativa a la prohibición del *bis in idem*, pero reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, desde la Sentencia que vamos a comentar de inmediato, la incluye dentro del principio de legalidad y tipicidad penal del artículo 25.1 de la Constitución Española. Así, este principio general del derecho que impide la duplicidad de sanciones para un mismo sujeto, siempre que sea por un mismo hecho y con idéntico fundamento, se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981²³, de 30 de enero, es decir, siempre que se base en la lesión de un mismo bien jurídico o interés protegido.

De este modo, podemos apreciar un doble significado de este principio:

- a) uno material, *-ex post-*en el que se establece la imposibilidad de sancionar o castigar a una persona dos veces ante un mismo hecho (*nemo debet bis punire pro uno delicto*). Esta vertiente material está recogida en la Sentencia que acabamos de citar, en un principio limitada a la imposición de sanciones penales o administrativas entre sí, pero no a la concurrencia de ambos tipos, situación corregida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, que extendió la prohibición de doble sanción al concurso de leyes penales y administrativas por un mismo hecho, aunque adoptando para ello una solución meramente

22 Vid. al respecto, G. PEREIRA MENAUT, *Principios de Derecho y máximas jurídicas latinas*, cit. p. 77: “Este fundamental principio existía ya en el derecho griego; Demóstenes, LEPT 147 ya exponía que las leyes no permitían una doble acción judicial sobre un mismo objeto”, añadiendo que Gayo en *Inst.* 4.108, afirma que una vez ejercitada la acción real, *ipso iure*, no puede volver a ejercitarse, y Ulpiano, en D. 48.2.7.2 explica que no se puede volver a acusar a quién haya sido absuelto, pero en caso de aparecer otro acusador que pruebe que ignoraba que ya se hubiese presentado otra acusación, estará en su derecho de volver a realizar la acusación.

23 S.T.C. 2/1981, de 30 de enero, en el denominado Caso del Joyero de Madrid en el que se establece la vertiente material del principio *ne bis in idem*. Además, en dicha Sentencia se considera que el principio *ne bis in idem*, aunque no esté recogido expresamente entre los derechos fundamentales, está íntimamente unido a los principios de Legalidad y Tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 de la Constitución Española; vid. A. JIMÉNEZ MOSTAZO/P. ALVARADO RODRÍGUEZ, *Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (1). Aproximación*, en *Anuario de la Facultad de Derecho* 23 (2005) 322-323: “Las consecuencias jurídicas de la inclusión del Principio *ne bis in idem* dentro de los Principios de Legalidad y Tipicidad son en primer lugar su configuración como un derecho público subjetivo y fundamental, implicando que su desconocimiento o trasgresión por parte de los Poderes Públicos es susceptible de Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional de acuerdo con los cánones previstos en el art. 53.2 C.E... y en segundo lugar el principio al igual que el resto de los previstos en el art. 25.1 C.E. son de aplicación directa e inmediata, no precisando de desarrollo legislativo y su reconocimiento y respeto ha de vincular a todos los poderes públicos según el art. 53.1 C.E, considerándose derogados los preceptos que lo contraríen”.

cronológica²⁴. Esta situación fue de nuevo corregida con la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003²⁵, que aplica un sistema de compensación, mediante el cual no se produce una duplicidad sancionadora si al aplicar la pena se compensa la sanción administrativa que hubiese recaído anteriormente en un proceso administrativo²⁶.

- b)** un significado procesal, *-ex ante-* cuál es la imposibilidad de ser juzgado de nuevo un sujeto que haya sido ya condenado o absuelto definitivamente por los mismos hechos (*nemo debet bis vexari pro una et aedem causa*). Como declara BACIGALUPO²⁷: “No sólo se vulnera este principio sancionando al autor más de una vez por el mismo hecho, sino también cuando se lo juzga por el mismo hecho en más de una oportunidad”. Se trata del efecto negativo de la cosa juzgada. Con todo, como señala GIMENO SENDRA²⁸, en nuestro ordenamiento el Tribunal Constitucional en la Sentencia 2/2003, hasta esa fecha, “sólo ha reconocido de manera

24 A.L. CALVO CARAVACA/ M.P. CANEDO ARRILLAGA, Non bis in idem en Derecho antitrust, en Estudios de Deusto 54 (2006) 29: “Cabría adoptar un criterio cronológico, según el cual la primera decisión condenatoria vetaría la existencia de la segunda, independientemente de cuál sea la autoridad que haya impuesto la primera. Esta es la opción adoptada por la legislación italiana. El TS español ha mantenido esta tesis en alguna resolución, si bien de forma mucho más esporádica que la tesis inspirada en criterios materiales”.

25 M. JAÉN VALLEJO, *Principio constitucional ne bis in idem (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003*, en *Actualidad jurídica Aranzadi* (584) (2003) 4: “La última Sentencia en esta materia, de una importancia extraordinaria, no sólo porque procede del Pleno del Tribunal Constitucional, sino porque además representa un intento de armonización en esta materia, es la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, que cambió expresamente la anterior doctrina constitucional... En este caso, el recurrente había dirigido su recurso de amparo contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal que lo había condenado por un delito contra la seguridad del tráfico del art. 379 Código Penal, y contra la Sentencia de la Audiencia provincial que confirmaba la anterior en apelación, alegando la vulneración del principio *ne bis in idem*, por cuanto había sido sancionado por los mismos hechos (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) en vía administrativa, antes de dictarse sentencia condenatoria en el proceso penal”, añadiendo en p. 7: “La sentencia del TC deja ahora claro que en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no pueden ceder ante las dictadas en aquélla”, concluyendo que la Sentencia afirma que las resoluciones penales no vulneraron el derecho a no ser sancionado de nuevo por los mismos hechos y fundamento, ya que no hubo reiteración sancionadora ni lesión del derecho a no ser sometido de nuevo a juicio por los mismos hechos, “ya que el procedimiento administrativo sustanciado no es equiparable a un proceso penal a los efectos de este derecho fundamental.

26 Vid. al respecto, la STS (Sentencia del Tribunal Supremo) de 22 de diciembre de 2003, en la que declara que la STC que acabamos de traer a colación se produce un cambio en la doctrina del Tribunal Constitucional con respecto al fundamento de la prohibición del *bis in idem*, que no es otro más que el principio de proporcionalidad o el de culpabilidad, ya que de acuerdo con estos dos principios “sólo es legítima una sanción equivalente en su gravedad a la del hecho sancionado”.

27 E. BACIGALUPO, *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid 2002, 95.

28 V. GIMENO SENDRA, *Cuestiones prejudiciales devolutivas y non bis in idem en el proceso penal*, en RGDP 1 (2003) 16, en donde concluye que precisamente por ese simple reconocimiento en la STC 2/2003, las diferencias de la doctrina del Constitucional con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguen siendo notables, aunque en p. 15 declara que “el punto de partida de la doctrina del T. C. coincide con la del TEDH en la exigencia de que las principales garantías del Derecho Penal (el principio de legalidad) y del Derecho Procesal Penal son asimismo reclamables en el procedimiento administrativo sancionador”.

expresa autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal (STC 159/1987, de 26 de octubre; ATC 1001/1987, de 16 de septiembre), de modo que la mera coexistencia de procedimientos sancionadores —administrativo y penal— que no ocasiona una doble sanción no ha adquirido relevancia constitucional en el marco de este derecho (STC 98/1989, de 1 de junio; AATC 600/1987, de 20 de mayo; 413/1990, de 26 de noviembre).” Para el autor, lo conveniente y razonable sería “si se quiere evitar el planteamiento de cuestiones prejudiciales devolutivas en el proceso penal y las consiguientes dilaciones que generan y, sobre todo, si se quiere evitar la infracción del non bis in idem, la mejor política legislativa ha de ser la preventiva, consistente en evitar los concursos de Leyes, de tal suerte que no se produzca lo que ha venido a denominarse la “invasión del Derecho Administrativo (y Civil y Mercantil, añadiríamos nosotros) por el Derecho Penal”²⁹.

Hemos podido comprobar hasta el momento la complejidad técnica del contenido del principio *ne bis in idem* en nuestro ordenamiento³⁰, que lejos de ser pacífico se muestra controvertido sobre todo en el campo jurisprudencial español. Con todo, debemos dejar constancia de la importancia de este principio para la legitimidad del sistema jurídico y la legitimidad del Estado, ya que constituye un baluarte contra los abusos del poder estatal sobre el ser humano³¹. Ahora bien, cuando entremos a continuación en el marco europeo para analizar la realidad de nuestro principio y la posible armonización del mismo en el ámbito europeo³², es evidente que los

29 *Ibid*, p. 21.

30 Vid. al respecto, F.J. DE LEÓN VILLALBA, *Sobre el sentido del axioma ne bis in idem*, en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, VV. AA. (L. ARROYO ZAPATERO/A. NIETO MARTÍN, Coord.), Cuenca 2007, 26, en donde pone de manifiesto la dificultad de aplicación del *ne bis in idem* en determinadas épocas de la historia: “El aforismo *ne bis in idem*, que nace como una regla de lógica discursiva, se traslada al ámbito jurídico como instrumento de solución a la constante tensión entre la seguridad formal y la justicia material. De ahí, que en cada momento histórico se acepte o se niegue la aplicación de la “prohibición de no valoración de dos veces lo mismo”, en función de la propia configuración del sistema jurídico e indirectamente del orden político. De ahí, en segundo lugar, que la solución al problema que plantea, una vez aceptada su aplicación, no pueda extraerse del mismo sino de los rasgos del sistema en que se ubica. Son éstos los que van a determinar los criterios aplicables en caso de prohibir una actuación cumulativa”.

31 Cfr. A. M. SANZ HERMIDA, *Aplicación transnacional de la prohibición del bis in idem en la Unión Europea*, en *Revista Penal* 21 (2008) 128.

32 Vid. sobre el principio *ne bis in idem* desde una perspectiva europea: H.J. BARTSCH, *Ne bis in idem: the European Perspective, Rapport individuel*, en *RIDP* 2002, 1163; G. DANNECKER, *Die Garantie des Grundsatzes ne bis in idem in Europa*, en H.J. Hirsch (et al. Ed.), *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70 Geburtstag*, Köln 2003, 593; M. MANSDÖRFER, *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, en *Schriften zum Strafrecht*, SR 155, Berlín 2004; M. WASMEIER/ N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, en *ELR* 31 (2006) 569.

elementos de dificultad irán in *crescendo*, pero ello no nos debe llevar a renunciar al intento de mostrar la evidente y creciente importancia del principio *ne bis in idem* como principio general del derecho europeo³³, reflejado en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como introducción con respecto a la dificultad del tema al que nos enfrentamos en Europa, señala JIMENO FERNÁNDEZ³⁴: “Esta complejidad no es sino una consecuencia lógica de un hecho evidente: el *ne bis in idem* es un principio esencial del Derecho sancionador en general y del Derecho penal en particular, cuya inmediata consecuencia en el plano internacional es la imposibilidad de perseguir o juzgar determinados hechos en un Estado cuando éstos han sido ya objeto de un procedimiento definitivamente concluido en otro Estado”.

Resulta evidente que el principio *ne bis in idem* genera desconfianza entre las autoridades estatales por suponer un derogación o excepción al *ius puniendi* -como expresión fundamental de la soberanía nacional- como consecuencia de atribuir la autoridad de cosa juzgada a las decisiones adoptadas por un órgano judicial de otro Estado, lo que implica, en primer lugar, la aceptación del principio de mutua confianza entre Estados con una misma defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y en segundo lugar, el reforzamiento de la cooperación judicial penal, reconociéndose mutuamente las decisiones judiciales.

En primer lugar, debemos referirnos a las normas europeas que acogen el principio *ne bis in idem*, pudiendo destacar la Carta de los Derechos Fundamentales (CDF)³⁵, que en su artículo 50, bajo el rótulo “Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción”, establece: “Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”.

En principio, de la Carta se deduce que a efectos de la regla *ne bis in idem*,

33 L. CORDI, *El principio del ne bis in idem in Europa*, en *Meritum, Belo Horizonte* 3, 2 (2008) 156: “L’evoluzione normativa e giurisprudenziale consente di elevare il *ne bis in idem* a principio generale del diritto europeo”; con anterioridad, J. VERVAELE: *El principio de ne bis in idem en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo*, en *RGDEU* 5 (2004) 13, declaraba: “El TJCE durante años ha construido una tradición antigua que confirma que el principio *ne bis in idem*, tal y como está recogido en el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH, es un principio general del Derecho comunitario, que significa que no está limitado a las sanciones penales y se aplica en materia de la competencia”.

34 F. JIMENO FERNÁNDEZ, *Algunas reflexiones sobre el principio ne bis in idem y el artículo 54 del convenio de aplicación de Schengen*, en *La Ley* 6496 (2006) 2.

35 Proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 [DO n° C 364, 18 de diciembre de 2000], la primera versión no era totalmente coincidente con la rúbrica actual y la redacción de este precepto, ya que se correspondía con la que pretendían que se incorporase a la Parte II del frustrado Tratado que establece una Constitución para Europa.

todos los Estados de la Unión Europea son considerados como un único espacio³⁶, conclusión que debemos comprobar si se corresponde con la realidad. Para poder desvelar el alcance y sentido real que se le debe dar al artículo 50 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales debemos traer a colación los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen³⁷ (CAAS), de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen (Luxemburgo), el 19 de junio de 1990, y firmado por España el 30 de julio de 1993. La posibilidad de que los artículos del CAAS pasen a ser considerados en un futuro normas de desarrollo legal del artículo 50 del CDF,³⁸ además de su plena vigencia en el ámbito de los Estados parte del Convenio, hacen necesario el análisis de los mismos así como su interpretación por el Tribunal de justicia en aras de una clara comprensión del recto significado del artículo 50 del CDF.

El artículo 54 DEL CAAS, considerado “el primer convenio multilateral que establece un principio internacional *non bis in idem* como un derecho individual *erga omnes*”³⁹, encargado especialmente de llevar a cabo la internacionalización de la tutela del *ne bis in idem*, está redactado en los siguientes términos en su versión en lengua española:

36 Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, *La regla non bis in idem en el Derecho procesal penal de la Unión Europea*, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, VV. AA. (M. AGUILERA MORALES/I. CUBILLO LÓPEZ, Coord., A. DE LA OLIVA SANTOS, Dir.), Madrid 2008, 169, en donde añade que “no cabe ignorar, desde luego, el art. 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, sobre el ‘derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces’. Sin embargo, este art. 4 no es una norma que vincule a unos Estados europeos con otros, sino que viene a reforzar, en el interior de cada Estado parte, la clásica prohibición del *non bis in idem*. No trata, en consecuencia, de evitar un doble enjuiciamiento y una doble condena por Estados distintos, que es lo que nos interesa en esta ponencia”.

37 L. CONRADO, *L'intégration de Schengen dans l'Union Européenne: problèmes et perspectives*, en *RMCetUE* 428 (1999) 342 ss.; L. VAN OTRIVE, *Historia del Acuerdo y del Convenio de Schengen*, en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* 53, *Ciudadanía Europea e Inmigración* (2001) 44: “El nacimiento del Convenio (adicional) de Schengen resultó bastante dificultoso. Fue necesario retrasar varias veces su entrada en vigor a causa de dificultades técnicas, pero también por discusiones jurídicas y constitucionales fundamentales”, recordando que todo empezó en la primavera de 1984, cuando conductores de camiones bloquearon varias fronteras, lo que “llevó a varios estados de la Comunidad Europea a replantear los controles fronterizos”; F. LEIDENMÜHLER, *The Incorporation of the Schengen Acquis into the Framework of the EU by Example of the 'ne bis in idem' Principle*, en *The European Legal Forum (ELF)* 2002, 253.

38 Vid. al respecto, M. CEDEÑO HERNÁN/M. AGUILERA MORALES, *El principio non bis in idem a la luz de la jurisprudencia del TJUE*, en *La Justicia y la Carta*, cit. 189, n.6, en donde señalan: “Nótese, en este sentido, que, en el Protocolo número 17 a los nuevos Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento se prevé la conservación del ‘acervo Schengen’ tal y como el mismo se ha venido desarrollando desde el Tratado de Amsterdam, alentando incluso su futuro desarrollo con el objetivo de ofrecer a los ciudadanos de los Estados miembros un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras”.

39 J. VERVAELE: *El principio de ne bis in idem en Europa*, cit. 12, en donde añade: “Las disposiciones Schengen sirvieron como modelo para varias disposiciones *ne bis in idem* en los instrumentos UE sobre Justicia y Asuntos de Interior, que es por lo que la sentencia del TJCE en los asuntos Gözütok y Brügge actualmente va más allá de las disposiciones de las disposiciones CAAS”.

“Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme⁴⁰ por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”.

Del tenor literal, se desprende que para aplicar nuestro principio tienen que concurrir dos elementos: uno subjetivo, en clara referencia a que sea una misma persona la juzgada, y un elemento objetivo, en el sentido de que haya una clara referencia a los mismos hechos (*idem*), pudiendo añadir el hecho de que se trate de una sentencia firme (*bis*), y que se haya ejecutado en caso de ser condenatoria, lo que conduce a la crítica clara de pensar en la prioridad temporal como criterio de preferencia en favor del órgano jurisdiccional que primero dicte una resolución⁴¹.

El artículo 55 autoriza a los Estados, mediante la correspondiente declaración, a no aplicar las previsiones contenidas en el artículo 54 en una serie de supuestos estricta y taxativamente determinados. El artículo 56 refleja el llamado *Anrechnungsprinzip* o toma de consideración⁴², con el propósito de evitar dobles sanciones por los mismos

40 A. DE LA OLIVA SANTOS, *La regla non bis in idem*, cit. 176: “En la noción de sentencia firme debe entenderse comprendida cualquier otra resolución inimpugnable que el ordenamiento jurídico de un Estado parte del CAAS expresamente equipare a aquella sentencia -como en el Derecho español, el auto de sobreseimiento libre, equivalente a la sentencia absolutoria-, pero, además, las resoluciones firmes que, a falta de equiparación legal expresa, suponen finalización del proceso o actuaciones procesales penales incoadas sin que deba existir, por su fundamento y contenido, la posibilidad jurídica de incoar otro procedimiento sobre los mismos hechos, respecto de la persona imputada o simplemente encartada en las anteriores actuaciones”.

41 Vid. al respecto, I. GONZÁLEZ CANO, *Consideraciones generales sobre el Libro Verde de la Comisión Europea relativo a los conflictos de Jurisdicción y el principio ne bis in idem en los procedimientos penales*, en *Revista Xurídica Galega* 48 (2005) 45-46: “el principio *non bis in idem* establecido en el CAAS no evita que puedan existir varios procesos penales en curso, por el mismo asunto, en dos o más Estados miembros. Su aplicación produce un efecto arbitrario e insatisfactorio de asignación de jurisdicción, pues implica dar preferencia por simple «orden de llegada» al órgano jurisdiccional que primero dicte una resolución definitiva. La Comisión sugiere como respuesta a los conflictos «positivos» de jurisdicción entre Estados Miembros, cada vez más frecuentes a medida que la delincuencia adquiere una dimensión internacional, la creación de un mecanismo para la elección de la jurisdicción más adecuada, así como la posible revisión de las normas en materia de *non bis in idem*”.

42 En el Asunto Kraaijenbrink, C-367/05, la Sala Segunda del Tribunal de Justicia Europeo, en su Sentencia de 18 de julio de 2007, no se pronuncia sobre el *anrechnungsprinzip*, pero sí se recoge en las Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, que declara al respecto: El art. 56 del CAAS constituye la expresión de un principio general de Derecho Comunitario nacido de la equidad y el principio de proporcionalidad. Este “principio de compensación”, sólo entra en funcionamiento cuando no es aplicable el *non bis in idem*. Ya que el *non bis in idem* no se aplica a los supuestos contenidos en el art. 55.1 del CAAS o en los que no concurren las condiciones del art. 54 del CAAS, el *anrechnungsprinzip* sólo se podrá aplicar solo cuando un Estado contratante haga una declaración en la que determine la excepción de aplicar el art. 54 del CAAS cuando los hechos ya juzgados en otro Estado contratante se hayan producido en su territorio (total o parcialmente); también cuando un Estado contratante inicie un segundo proceso frente a la misma persona que fue juzgada y condenada mediante sentencia firme por los mismos hechos sin lesionar con ello el principio *non bis in idem*, es decir, en los casos en los que la condición que afecta a la ejecución de la condena por el art. 54 del CAAS no se cumpla.

hechos a la misma persona para evitar una sanción final excesiva:

“Si una Parte contratante entablara nuevas diligencias contra una persona que hubiere sido juzgada en sentencia firme por los mismos hechos por otra Parte contratante, de la sanción que en su caso se imponga deberán deducirse los períodos de privación de libertad que se hubieren cumplido en el territorio de esta última Parte contratante por tales hechos. También se tendrán en cuenta, en la medida en que lo permitan las legislaciones nacionales, las sanciones no privativas de libertad que ya se hubieren aplicado”.

Con todo, este artículo choca frontalmente con el postulado del artículo 54, que prohíbe expresamente que los mismos hechos sobre los que haya recaído una resolución firme decisoria o que impida un nuevo proceso, puedan ser perseguidos por otro Estado que forme parte del CAAS⁴³.

El artículo 57 se refiere a la solicitud de información por parte de los Estados integrantes del Convenio, pudiendo destacar que la información pertinente parte del supuesto de una sentencia firme anterior sobre unos hechos y una acusación posterior sobre los mismos hechos a una misma persona. El artículo 58, por su parte, hace compatible la aplicación de las disposiciones que le preceden con la de posibles normas nacionales más extensivas sobre *el ne bis in idem* vinculado a resoluciones extranjeras⁴⁴.

Bien es cierto que el principio *ne bis in idem* existía previamente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, por ejemplo en el ámbito del Derecho de la competencia⁴⁵, aunque eso sí, con sanciones de tipo administrativo, así como la ordenación de la función pública comunitaria, con el ejercicio de los poderes disciplinarios de las Instituciones. Con todo, la importancia de las normas del Convenio Schengen resulta clara por cuanto han permitido al TJUE adentrarse en un terreno vedado tradicionalmente a las instituciones comunitarias, cuál es el de la cooperación judicial en materia penal.

Vamos a ver a continuación la evolución jurisprudencial del principio *ne bis in idem* en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través del análisis

43 A. DE LA OLIVA SANTOS, *La regla non bis in idem*, cit. 180, cuando declara que desde su punto de vista, los Estados de la UE y partes del actual CAAS deben lograr superar la grave incongruencia que suponen los artículos 54 y 56, “y si no quisiesen eliminar esa incongruencia mediante la total eliminación de la ‘toma de consideración’, sí, al menos, deberían circunscribirla a determinados casos o, en último extremo, situarla como precedente sólo en caso de fracaso de la prohibición de un doble o múltiple proceso o procedimiento”.

44 Cfr. I. COLOMER HERNÁNDEZ, *Conflictos de jurisdicción, non bis in idem y litispendencia internacional en la Unión Europea*, en *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, cit. 69.

45 En el asunto *Limburgse Vinyl* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P), de 15-10-2002, se define el principio *ne bis in idem* como aquella prohibición de “que se condene o se inicie un procedimiento sancionador de nuevo contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que se la ha declarado no responsable por una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso”.

individualizado de algunas de las sentencias más representativas con respecto a la cuestión jurídica que se nos presenta, la aplicación del principio *ne bis in idem*⁴⁶, presentándolas en orden cronológico.

1_ LOS ASUNTOS GÖZÜTOK Y BRUGGE

Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia, del 11 de febrero de 2003.

Su importancia viene dada por el hecho de haber sido la primera vez que se resolvía una cuestión prejudicial al amparo del artículo 35 del Tribunal de la Unión Europea, además de ser la primera ocasión en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretaba el artículo 54 del Convenio Schengen.

En este caso el Sr. Gözütok⁴⁷, turco con residencia en los Países Bajos, fue imputado en un proceso penal al encontrarle la policía holandesa, a principios de 1996⁴⁸, cantidades importantes de sustancia estupefacientes en su establecimiento de comida rápida. La legislación holandesa permitía una transacción mediante el abono de una cantidad pecuniaria a cambio de la renuncia del ministerio fiscal, multa que pagó el imputado. En paralelo, las autoridades alemanas detectaron movimientos sospechosos en las cuentas bancarias de Gözütok, por lo que lo detuvieron bajo la acusación de tráfico de estupefacientes cuatro meses después de haberse realizado la medida transaccional neerlandesa. Fue condenado en 1997 en primera instancia por el *Amtsgericht Aachen* a una pena de un año y cinco meses de privación de libertad, suspendida de modo condicional. El Sr. Gözütok recurrió, así como el Ministerio Fiscal, venciendo con sus recursos de apelación ante el *Landgericht Aachen* que acordó el sobreseimiento del proceso, con una resolución en la que se motiva el sobreseimiento en las actuaciones del Ministerio Fiscal Neerlandés que conforme al artículo 54 del CAAS impiden un nuevo enjuiciamiento en Alemania por los mismos hechos.

El ministerio fiscal alemán decidió recurrir ante el *Oberlandesgericht Köln*, que fue quién decidió plantear al Tribunal de Justicia Europeo una cuestión prejudicial, centrada en

46 El principio *ne bis in idem* fue aplicado por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto Gutmann, en Sentencia de 5 de mayo de 1966 (asuntos acumulados 18/65 y 35/65, Rec. p. 149), en el que se enjuiciaba el seguimiento frente a un funcionario de dos procedimientos disciplinarios por razón de los mismos hechos. Con todo, era un caso en el que la doble represión se producía en un solo sistema jurídico. Para poder analizar la incidencia del principio *ne bis in idem* cuando la repetición de la persecución se produce en dos ordenamientos diferentes hubo que esperar a la Sentencia de 13 de febrero de 1969 del asunto Walt Wilhelm y a la Sentencia de 15 de julio de 1970 sobre el asunto Boehringer Mannheim.

47 Proceso penal conocido como asunto C-187/01.

48 La policía efectuó dos registros, uno el 12 de enero y otro el 11 de febrero de 1996.

el carácter firme de la transacción neerlandesa y los efectos de la misma en el procedimiento penal incoado en Alemania⁴⁹, por tratarse de los mismos hechos con un mismo objeto.

El siguiente asunto se refiere al Sr. Brügge, alemán con residencia en su país, quién en 1997 causó en Bélgica lesiones físicas a la señora Leliaert, que le provocaron una incapacidad laboral. Mientras era imputado por el ministerio fiscal belga, llegó a un acuerdo con el ministerio fiscal de Bonn, por el que las actuaciones penales fueron archivadas a cambio del pago de una cantidad pecuniaria⁵⁰, propuesta permitida por el Código de Procedimiento Penal alemán. Como sucedió en el caso anterior, el órgano jurisdiccional belga, el *Rechtbank van eerste aanleg te Veurne*, decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial, basada en el artículo 54 del CAAS, en el sentido de preguntar si el sobreseimiento del proceso en Alemania impide o no un nuevo juicio por los mismos hechos ante la jurisdicción belga. Conviene recordar aquí la lógica desconfianza mutua de los Estados en sus respectivos sistemas de justicia penal⁵¹, dado que el *ius puniendi* es la expresión fundamental de su soberanía⁵².

El Tribunal de Justicia Europeo, dada la similitud de las cuestiones planteadas, procedió a la acumulación de ambos asuntos a efectos de la sentencia, estimando que la prohibición del *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS, proviene de procedimientos de extinción de la acción pública por los que el Ministerio Fiscal de un Estado miembro ordena, sin mediar intervención de la autoridad judicial, el archivo de un proceso penal pendiente cuando el imputado cumpla con la transacción pecuniaria aceptada. Por ello, no cabe un

49 Vid. al respecto, las Conclusiones presentadas el 19 de septiembre de 2002, en lengua original española, por el Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer sobre este caso, asuntos C 187/01 y C-385/01, cuando declara en el apartado VI. El análisis de las cuestiones prejudiciales, apartado 37: “No le compete, pues, manifestarse sobre la incidencia del artículo 54 del Convenio en el proceso penal seguido contra el Sr. Gözütok ni sobre las consecuencias que, en orden a la extinción de la acción penal, deban anudarse. Al Tribunal de Justicia sólo le corresponde interpretar esa disposición. Por consiguiente, no puede pronunciarse sobre si, agotada la acción penal en los Países Bajos, esa consunción produce su extinción en el orden jurídico alemán”; vid. con respecto a la postura de Ruiz-Jarabo, J. A. VERVAELE, *El principio ne bis in idem en Europa*, cit. 5: “El abogado General optó por una interpretación estricta del artículo 35 del TUE que impediría que se diera cualquier opinión sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* a un caso pendiente ante un tribunal nacional o con relación a la extinción de la acción penal. Por esta razón el Abogado General declaró que el TJCE ha de hacer caso omiso de los términos en los que el *Oberlandesgericht Köln* formula la primera de sus preguntas”.

50 El imputado efectuó el pago el día 13 de agosto de 1998, por lo que se procedió al archivo de su causa.

51 J. SANTOS VARA, *El alcance del principio non bis in idem en el marco del Convenio Schengen (Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge*, en *RGDE* 1 (2003) 5: “Asimismo, sería deseable que paulatinamente se vaya superando la desconfianza entre los Estados miembros de la UE en el ámbito penal, de tal modo que se avance hacia la constitución de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia en el que exista plena confianza en sus respectivos sistemas de justicia penal. En estas circunstancias, se habrían creado las condiciones para que se realice una plena aplicación del principio *non bis in idem* entre los Estados miembros de la UE como consecuencia del reconocimiento mutuo de los pronunciamientos judiciales”.

52 Vid. al respecto, S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli stati membri della Comunità Europea*, en *RDI* 74, 4 (1991) 878-909; M. PRALUS: *Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem*, en *Rev. Sc. Crim.* 3 (1996) 552-574.

segundo enjuiciamiento por los mismos hechos ante el tribunal de otro Estado:

“EL TRIBUNAL DE JUSTICIA, pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Oberlandesgericht Köln y el Rechtbank van eerste aanleg te Veurne mediante resoluciones de 30 de marzo y 4 de mayo de 2001, respectivamente, declara: El principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal”⁵³.

A mayor abundamiento, podemos apreciar una amplia interpretación del TJUE con respecto al concepto de sentencia firme⁵⁴: “El artículo 54 del CAAS, que pretende evitar que

53 Sentencia de 11-2-2003, en los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, I- 1396-1397; J. A. VERVAELE, *El principio ne bis in idem en Europa*, cit. 17, en donde señala que el Tribunal de Justicia Europeo propuso “una redacción que es más amplia que la formulación del Abogado General que se refirió a que las condiciones impuestas tengan carácter sancionador, que suponga un pronunciamiento sobre la culpabilidad, y que no implique un perjuicio para las víctimas”.

54 D. SARMIENTO, *El principio ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, cit. 43: “Con esta premisa, parece evidente que la conclusión del TJCE se inclina hacia la instauración de una noción amplia de sentencia firme, tan amplia que abarcaría resoluciones en las que se produzca la extinción de la acción penal como resultado de un acuerdo entre las partes. Sin embargo, el TJCE dio un paso más a la hora de justificar su decisión y reforzó sus argumentos introduciendo un elemento adicional: la libre circulación de personas. Así, el *ne bis in idem* no tendría únicamente la finalidad de garantizar la interdicción de la doble sanción penal, sino que, a su vez, vendría a potenciar el movimiento de personas previamente juzgadas en un estado de la Unión, sin temor a ser detenidas y juzgadas nuevamente”; A. M. SANZ HERMIDA, *Aplicación transnacional de la prohibición del bis in idem en la Unión Europea*, en *Revista Penal*, cit. 132: “Por lo que se refiere a la interpretación de la expresión «sentencia firme» es preciso determinar si cabe acoger una interpretación estrictamente formal —limitado, pues, a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales nacionales que revistan la forma de sentencia y que hayan adquirido firmeza— u otra de alcance más amplio, de contenido material, es decir, si eventualmente se está haciendo referencia a cualquier resolución que en tanto que firme, produce los efectos de una sentencia firme: terminación definitiva de la causa y la extinción del ejercicio de la acción penal. Esta segunda opción es por la que se ha decantado el TJUE, pues ha señalado a estos efectos que el principio *non bis in idem* se aplica independientemente de la forma que adopte la resolución —es decir, aunque no adopte la forma de sentencia— del momento procesal en que se produzca o del órgano que intervenga el procedimiento, siempre que dicha resolución suponga la extinción del ejercicio de la acción penal (asunto Gözütok)”; M. CEDENO HERNÁN/M. AGUILERA MORALES, *El principio non bis in idem a la luz de la jurisprudencia del TJUE*, en *La Justicia y la Carta*, cit. 192: “No requiere mucha explicación la conclusión de que una decisión que no se emite por un juez, sino por un fiscal, no es, por mucha imaginación que le pongamos, una sentencia firme. Sin embargo, no es ésta, la del derecho nacional, la perspectiva desde la que hemos de examinar el asunto. Como manifiesta, a nuestro juicio con acierto, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, la solución ha de buscarse con abstracción de las peculiaridades de cada ordenamiento nacional y con la mirada puesta en el Derecho de la Unión Europea y en el sustrato común a todos los Estados miembros. Es por ello, necesario buscar una interpretación autónoma del concepto ‘juzgada en sentencia firme’ del art. 54 del CAAS”.

una persona, al ejercer su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros, sólo puede contribuir eficazmente al íntegro cumplimiento de tal objeto si se aplica también a las decisiones por las que se archivan definitivamente las diligencias penales en un Estado miembro, aun cuando se adopten sin intervención de un órgano jurisdiccional y no revistan la forma de una sentencia”.

Además, el Tribunal de Justicia parte de un presupuesto que va a ser fundamental en toda su jurisprudencia, cual es la de la *confianza mutua* entre Estados⁵⁵. En este sentido, el Abogado general Ruiz-Jarabo, en sus conclusiones⁵⁶, afirma: “La regla *ne bis in idem* no es sólo una garantía subjetiva del ciudadano, sino también una herramienta al servicio del principio de seguridad jurídica, que impone que las decisiones adoptadas por el poder público, una vez que son definitivas y firmes, no puedan ser discutidas *sine die*”. “Esta meta compartida no puede ser alcanzada sin una recíproca confianza de los Estados miembros en sus sistemas de justicia penal y sin un reconocimiento mutuo de los respectivos pronunciamientos, adoptados en un verdadero ‘mercado común de los derechos fundamentales’. En efecto, dicho reconocimiento se basa en la idea de que, aun cuando un Estado no trate cierta materia de igual o similar modo que otro, los resultados son tales que se aceptan como equivalentes a las propias decisiones, porque responden a los mismo principios y valores. Es un elemento imprescindible en el proceso evolutivo en el que se encuentra inmersa la Unión Europea: confianza en la adecuación de las normas de los socios y en que dichas normas se aplican correctamente”⁵⁷.

2_ EL ASUNTO MIRAGLIA

Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2005.

Este caso se planteaba con respecto a una investigación llevada a cabo por las autoridades italianas y neerlandesas contra el Sr. Miraglia⁵⁸, por haber organizado el transporte de unos 30 Kilos de heroína desde los Países Bajos a Italia. Las autoridades

55 Vid. al respecto, M. HENZELIN, *Ne bis in idem, un principe à géométrie variable*, en *Revue Pénale Suisse* 123, 4, (2005) 365: “En effet, le principe *ne bis in idem* impliquait nécessairement que les Etats aient une confiance mutuelle dans les autres Etats membres et dans leurs systèmes de justice pénale et que chaque Etat devait accepter le droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en oeuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente”.

56 “VI. 6. La otra cara de la moneda: el principio de mutua confianza”, números 119 y 124.

57 Vid. “VI. 6. La otra cara de la moneda: el principio de mutua confianza”, número 125, en el que el abogado General Ruiz-Jarabo señala que el reconocimiento de una resolución significa tomarla en consideración, “uno de cuyos corolarios es la aplicación del principio *ne bis in idem*”.

58 Filomeno Mario Miraglia, asunto C-469/03; Vis. Para un análisis pormenorizado sobre este asunto, LIONEL RINUY, *Cour de Justice, 10 mars 2005, Filomeno Maria Miraglia*, en *Revue des affaires europeenes* 14, 2, 327-331.

neerlandesas procedieron a su detención el 18 de diciembre de 2000, e iniciaron un proceso por estos hechos, pero como el Ministerio Fiscal decidió no proseguir la acción penal por haberse iniciado en Italia un proceso por los mismos hechos, el tribunal neerlandés decidió archivar la causa el 13 de febrero de 2001.

Pocos días antes, el 1 de febrero de 2001, el Sr. Miraglia había sido detenido en Italia por organizar con otros sujetos el transporte a Bolonia de 20.16 Kilos de heroína. Se había incoado por este motivo un proceso penal contra él, momento procesal en el que el Ministerio Fiscal italiano solicitó el apoyo de la fiscalía de los Países Bajos, con respuesta negativa de la misma de acuerdo con la reserva formulada por los Países Bajos al Convenio Europeo de Asistencia Judicial. Posteriormente, el Ministerio Fiscal Italiano pidió información sobre el resultado de la causa penal dirigida contra el Sr. Miraglia, para poder analizar su correspondencia con el artículo 54 del CAAS, pero las autoridades neerlandesas respondieron que la resolución que había archivado la causa contra el Sr. Miraglia era una decisión judicial definitiva que vinculaba a ambos tribunales como así se refleja en el citado artículo 54. El Tribunal de Bolonia, en desacuerdo con esta interpretación⁵⁹, suspendió el procedimiento y sometió al Tribunal de Justicia Europeo la siguiente cuestión prejudicial: ¿Debe aplicarse el artículo 54 del CAAS cuando la decisión judicial de un primer Estado no comporte juicio sobre el fondo de la cuestión, motivado por la existencia de otro proceso por los mismos hechos en otro Estado?

En este caso, el Tribunal de Justicia Europeo decidió que, el artículo 54 de CAAS⁶⁰, no se aplica a la decisión de archivar un asunto si esta obedece, por un lado, a la renuncia de la acción penal por litispendencia, y por el otro, a ninguna apreciación en cuanto al fondo del asunto, por lo que en este caso el *ne bis in idem* no resulta de aplicación⁶¹. Por

59 Sentencia de 10-3-2005, asunto C-469/03, núms. 24-25: “Ahora bien, según el *Tribunale di Bologna*, esta interpretación del artículo 54 del CAAS es errónea, puesto que priva a ambos Estados afectados de toda posibilidad concreta de enjuiciar efectivamente las responsabilidades del imputado. Sostiene que, en efecto, el artículo 54 del CAAS, interpretado de este modo, impediría al mismo tiempo a las autoridades neerlandesas actuar penalmente contra el Sr. Miraglia, debido a la existencia de un procedimiento en curso en Italia por los mismos hechos, y a las autoridades italianas examinar la culpabilidad del imputado”.

60 N. NEAGU, *The ne bis in idem Principle in the Case Law of the European Court of Justice*, en *LESIJ* 19, 2 (2012) 73: “The aptness of that interpretation of Article 54 of the CISA is borne out by the fact that it is the only interpretation to give precedence to the object and purpose of the provision rather than to procedural or purely formal matters, which, after all, vary as between the Member States concerned, and to ensure that that article has proper effect”.

61 R. LANG, *Third Pillar Developments from a Practitioner's Perspective*, en *Security versus justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, VV.AA., E. GUILD/F. GEYER ed., Cornwall 2008, 270: “Miraglia was the only case where *ne bis in idem* was found not to apply. Mr. Miraglia was involved in the trafficking of heroin from the Netherlands to Italy. What we might call the ‘first court’ in this case (the Higher Court of Amsterdam) merely stayed the case when a learnt that we might call the ‘second court’ (the *Tribunale di Bologna*) was hearing a prosecution in the same facts. A stay did not count as a disposal of the case, and so article 54 did not apply. To have held anything else would effectively have meant that Mr Miraglia would not have been prosecuted at all”.

todo ello, el Tribunal de Justicia declaró⁶²:

“El principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, no se aplica a una decisión de las autoridades judiciales de un Estado miembro de archivar un asunto después de que el ministerio fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos, sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo”.

3_ EL ASUNTO VAN ESBROECK

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 2006⁶³.

En este caso, el Sr. Van Esbroeck fue condenado, el 2 de octubre de 2000, por el Tribunal de primera instancia de Bergen (Noruega), a una pena de cinco años de privación de libertad por importación ilícita de estupefacientes. Cumplida parte de su condena, fue puesto en libertad condicional y trasladado a su país de origen, Bélgica, el 8 de febrero de 2002. El 27 de noviembre de 2002, se inició un proceso en este último Estado contra el Sr. Van Esbroeck, que desembocó, el 19 de marzo de 2003, mediante sentencia del *correctionele rechtbank te Antwerpen* (Bélgica), en una condena a una pena de privación de libertad de un año por exportación ilícita, fuera de Bélgica, el 31 de mayo de 1999, de los productos anteriormente citados. Esta sentencia fue confirmada mediante sentencia de 9 de enero de 2004 del *hof van beroep te Antwerpen*. Ambos órganos jurisdiccionales aplicaron el artículo 36, apartado 2, letra a), del Convenio único, en virtud del cual cada una de las infracciones que se imputaron al Sr. Van Esbroeck, entre las que figuran la importación y exportación de estupefacientes, será considerada una infracción distinta si se cometen en países diferentes⁶⁴.

Después de confirmarse esta sentencia en apelación, el Sr. Van Esbroeck formuló un recurso de casación, invocando la infracción del *ne bis in idem*. A la vista de las circunstancias, el *Hof van Cassatie* decidió suspender el procedimiento y

62 En este caso, sin precederle conclusiones previas del Abogado General, A. Tizzano.

63 Asunto C-436/04, contra Leopold Henri Van Esbroeck, con Conclusiones del Abogado General: Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer.

64 Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, asunto C-436/04, núm. 15.

plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

- a)** “ ¿Puede un tribunal belga aplicar el art. 54 del CAAS después del 25 de marzo de 2001, respecto de una persona procesada, juzgada y condenada por los mismos hechos en sentencia dictada por un tribunal noruego el 2 de octubre de 2000, una vez cumplida la sanción, teniendo en cuenta que, con arreglo al artículo 2, apartado 1, del [acuerdo], el [CAAS] se ejecutaría y aplicaría (en particular, el artículo 54) desde el 25 de marzo de 2001?
- b)** En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 54, en relación con el artículo 71, los dos del [CAAS] en el sentido de considerar los «mismos hechos» los delitos de posesión para la importación y la exportación que se refieren a idénticos estupefacientes y sustancias sicotrópicas de cualquier tipo, incluido el cannabis, y que se persiguen como importación y exportación, respectivamente, en varios países signatarios del [CAAS] o en los que se ejecuta y aplica el Acervo de Schengen?”⁶⁵.

La respuesta del Tribunal de Justicia fue positiva en ambas cuestiones⁶⁶. De este modo, en cuanto a la primera cuestión prejudicial, que afecta al ámbito de aplicación *ratione temporis* del artículo 54, el tribunal se acogió a la interpretación más amplia, entendiendo que “el problema de la aplicación del principio *ne bis in idem* sólo se plantea en el momento en que se entabla un segundo procedimiento penal contra el mismo individuo en otro Estado contratante”⁶⁷. Con respecto a la segunda, el Tribunal

65 *Ibid.* núm. 17.

66 Siguiendo las Conclusiones del Abogado General, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, a saber: “Sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones suscitadas por el *Hof van Cassatie van België* que: 1) El artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen rige, *ratione temporis*, cuando un procedimiento penal se inicia después de su entrada en vigor por unos hechos ya juzgados, siendo irrelevante la fecha en la que se produjo el primer enjuiciamiento. 2) Conforme al citado artículo 54, en relación con el artículo 71 del propio Convenio, tiene la consideración de «los mismos hechos» el transporte de idénticos estupefacientes o sustancias psicotrópicas de cualquier tipo, incluido el cannabis, entre dos Estados signatarios o dos países en los que se ejecuta y aplica el Acervo de Schengen, hecha abstracción de la calificación jurídica que tal conducta merezca en sus respectivos ordenamientos jurídicos”.

67 Vid. al respecto, M. CEDEÑO HERNÁN/M. AGUILERA MORALES, *El principio non bis in idem a la luz de la jurisprudencia del TJUE*, en *La Justicia y la Carta*, cit. 202: “Siendo el *non bis in idem* un principio de naturaleza procesal, su aplicación resulta del todo independiente a que el CAAS se encontrara o no en vigor en el momento en que se perpetró el hecho delictivo... En la medida en que, de una parte, el art. 54 es un precepto de naturaleza y alcance procesal, y habida cuenta, de otra, que el CAAS no incluye reglas de Derecho transitorio sobre la aplicación de aquel precepto, entendemos que su aplicación sólo exige que se halle vigente en el Estado que conoce del segundo proceso, pues es propiamente en éste donde el *non bis in idem* está llamado a desplegar su eficacia”.

se inclinó a favor de la lectura fáctica del principio *ne bis in idem*, priorizando “los mismos hechos”⁶⁸, independientemente de la calificación jurídica que se le otorgue en uno u otro Estado.

4_ EL ASUNTO VAN STRAATEN

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de 28 de septiembre de 2006⁶⁹.

El señor Van Straaten fue acusado en los Países Bajos por la importación desde Italia a Países Bajos de unos 5.500 kilogramos de heroína el 26 de marzo de 1983 o una fecha parecida. También fue imputado por la posesión, durante ese mismo periodo y en los Países Bajos, de un kilogramo de heroína, munición y armas de fuego. Como consecuencia de estas imputaciones, fue condenado por los dos últimos hechos, siendo absuelto, por falta de pruebas, del primer cargo referido a la importación.

En Italia se inició un proceso penal contra el Sr. Van Straaten por la posesión, en una fecha aproximada al 27 de marzo de 1983, de unos 5 kilogramos de heroína que se exportaron a los Países Bajos. Por estos hechos fue condenado (conjuntamente con otras dos personas) a un pena privativa de libertad dictada en rebeldía, sentencia introducida en el SIS, a petición de las autoridades italianas, para que se procediese a su detención y extradición. Países Bajos introdujo la indicación prevista en el artículo 95.III del CAAS, de que la detención no se podría llevar a cabo en su territorio. Al enterarse Van Straaten, exigió a las autoridades

68 M. FLETCHER, *The problem of multiple criminal prosecutions: building an effective EU response*, en *Yearbook of European Law*, 2007, 23, n. 50: “The Court defined “same acts” as “the existence of a set of concrete circumstances - or material acts - which are inextricably linked together in time, in space and by their subject matter, irrespective of the legal classification given to them or the legal interest protected.” Applying that definition to the facts, the Court said that the import and export of the same drugs constituted the “same acts” within the meaning of Article 54 CISA in principle, but acknowledged that this was for the national court to determine in practice”; A. M. SANZ HERMIDA, *Sobre la delimitación de los mismos hechos en la aplicación transnacional de la prohibición del bis in idem regulada en el artículo 54 del CAAS*, en *La Justicia y la Carta*, cit. 248-249, en donde das dos posible opciones interpretativas en cuanto a los que se debe entender por “mismos hechos”: “por un lado, entender que ‘hecho’ va referido al suceso histórico acaecido, desvinculado de su calificación jurídica (teoría naturalista); por otro lado, entender que se trata de una expresión de contenido jurídico y que viene referido, no al hecho natural histórico, sino su incardinación en alguno de los tipos penales existentes (teoría normativa)”, concluyendo que “El TJUE parece haber optado por esta segunda opción interpretativa, ya que en reiterada jurisprudencia desde su sentencia en el asunto Van Esbroeck, ha venido afirmando que el contenido de la expresión ‘mismos hechos’ a que se refiere el art. 54 del CAAS queda limitado a la mera materialidad de los hechos, con independencia de su ordenación legal e incluso del interés jurídico protegido”, quedando en manos de los órganos jurisdiccionales de un Estado el determinar su concurrencia.

69 Asunto C-150/05, contra Jean Leon Van Straaten, siendo Abogado General: Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer.

italianas que suprimiesen sus datos del SIS, sin éxito, sucediéndole lo mismo con su petición ante la policía nacional neerlandesa, que se negó alegando no estar autorizada para hacerlo. De este modo, Van Straaten interpuso una demanda ante el *Rechtbank's Hertogensbosch*, quién planteó al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales, a saber:

- a) ¿Constituyen los mismos hechos (a los efectos del art. 54 del CAAS) la tenencia del kilogramo de heroína en los Países Bajos en el periodo del 27 al 30 de marzo de 1983 y la posesión de unos 5.500 kilogramos de heroína en Italia en una fecha aproximada al 27 de marzo de 1983, teniendo en cuenta que la heroína de Países Bajos formaba parte del lote de Italia?
- b) Cuando una persona ha sido absuelta por falta de pruebas, ¿puede considerarse que ya ha sido juzgada?

El Tribunal de Justicia volvió a aplicar, con respecto a la primera cuestión planteada, el criterio seguido ya con anterioridad relativo al artículo 54 del CAAS, en el sentido de considerar que la existencia de unos hechos indisolublemente ligados entre sí, es lo determinante, independientemente de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido. Por eso no importa en este caso si la cantidad de droga es la misma o no, constituyen aun así los “mismos hechos”, aunque deja la decisión de apreciarlo definitivamente al *Rechtbank's Hertogensbosch*.

Con respecto a la segunda cuestión, el Tribunal de Justicia, en un tono más tajante, considera que el principio *ne bis in idem* es aplicable a las resoluciones judiciales de un Estado que absuelven a un imputado por falta de pruebas.

En este sentido, las conclusiones del Abogado General, Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, ayudan a la decisión tomada por el Tribunal, añadiéndole un argumento más, el de la confianza mutua en los diferentes sistemas de justicia existentes en los Estados integrantes de la Unión: “Si un Estado miembro juzga al autor o al partícipe de un delito, los tribunales de los demás han de abstenerse de un nuevo examen, cualquiera que sea el sentido del fallo, condenatorio o absolutorio, pues, en ambos supuestos, se expresa el *ius puniendi*”.

5_ EL ASUNTO GASPARINI Y OTROS

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de 28 de septiembre de 2006⁷⁰.

Los administradores y accionistas de una entidad llamada Minerva S.A. acordaron en el año 1993 introducir aceite de oliva no refinado en Málaga a través del puerto portugués de Setúbal, sin declararlo ante la aduana por proceder de Turquía y Túnez, transportándolo después hasta la ciudad española. De este modo, construyeron un sistema de facturación falso simulando que el aceite procedía de Suiza. En 1997, Portugal abrió diligencias penales por estos hechos, que terminaron con la sentencia del Tribunal Supremo portugués absolviendo a los acusados de acuerdo con el criterio previsto en su Código Penal de prescripción del delito de contrabando. En ese mismo año, un juzgado de Málaga abrió diligencias previas por esos mismos hechos, imputando a dos de los absueltos por el *Supremo Tribunal de Justiça* portugués y a otros no juzgados previamente. El auto fue recurrido en apelación por los imputados en virtud de la eficacia de cosa juzgada ya por sentencia en Portugal, pretendiendo que dicha eficacia se extendiera a todos los imputados en el órgano jurisdiccional español, al margen de no haber sido juzgados en el país vecino. El Ministerio Fiscal se opuso al entender que no se trataba de los mismos hechos, la importación ilegal de aceite, sino de otros diferentes, la venta del aceite en España. Los imputados respondieron que se trataba de un mismo delito por cuanto el contrabando implica la importación y posterior venta, sin que ambas actividades puedan darse por separado.

Llegados a este momento, La Audiencia Provincial de Málaga decidió suspender el procedimiento, planteándole a Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales, de las que podemos destacar: ¿La absolución de un acusado por prescripción de un delito tiene reflejos beneficiosos para los acusados por los mismos hechos en otro Estado de la Unión? ¿La comercialización en otro Estado comunitario posterior a la importación de la misma sustancia puede considerarse como una actividad autónoma o es consustancial a la importación?

El Tribunal de Justicia⁷¹, decidió que del propio tenor literal del artículo 54 del

70 Asunto 467/04, contra Giuseppe Francesco Gasparini, José María L.A. Gasparini, Giuseppe Costa Bozzo, Juan de Lucchi Calagno, Francesco Mario Gasparini, José A. Hormiga Marrero y Sindicatura de la Quiebra, siendo Abogado General: Eleanor Sharpston.

71 M. WASMEIER, *The Principle of Ne Bis in Idem*, en *Revue internationale de droit pénal* 77 (2006) 126: "The recent ruling in the Gasparini case makes clear that ne bis in idem applies to decisions «...by which the accused is acquitted finally because the prosecution of the offence is time barred. By the way, this also confirms that the principle applies to acquittals (and not only convictions and or decisions with a sanctioning character); a finding that clearly can be derived from the general guidelines of the ECJ case law outlined above, but was perhaps not obvious in some of the original language versions of Art. 54 CISA".

CAAS, el principio *ne bis in idem* sólo beneficia a los sujetos que han sido juzgados una primera vez, pero no a los que no lo han sido.

Con respecto a la siguiente cuestión, el Tribunal reiteró su criterio con respecto a la consideración de los “mismos hechos” acorde con el artículo 54 del CAAS, a saber, el de la identidad de hechos materiales, como conjunto de circunstancias concretas unidas entre sí. Así, entiende que la comercialización del aceite en España tiene que ver con la importación previa de la mercancía, aunque cree que la apreciación definitiva deben realizarla los órganos jurisdiccionales nacionales.

Hemos podido ver con el análisis jurisprudencial aquí expuesto que nos encontramos ante una política judicial muy abierta con respecto al principio *ne bis in idem*, generosa con el individuo, con el reconocimiento mutuo, y que a pesar de la gran autonomía que conservan los diferentes Estados sobre sus políticas internas, procura con su jurisprudencia ayudar a la integración. Resulta claro, además, de la exposición aquí realizada, que el principio *ne bis in idem* es uno de los principios fundamentales de la jurisprudencia europea, tanto por su importancia como por las numerosas ocasiones en las que se recurre a él ante la justicia europea. Con todo, sería deseable una mayor concreción de su significado para evitar los casos incesantes planteados por los diferentes Estados miembros de la unión ante las dudas suscitadas en los supuestos de aplicación del mismo.

Vestali e dominae navium in età imperiale: la Vestale Massima Flavia Publicia*

ROSANNA ORTU
Università degli Studi di Sassari

Abstract [Ita]

Il contributo si pone l'obiettivo di indagare sulla figura della Vestale Massima Flavia Publicia, vissuta nel III sec. d.C., la quale, sulla base del testo di una Tabella immunitatis rinvenuta in Sardegna nel 2007, nella Colonia Iulia di Turrus Libisonis, era esentata dal pagamento dei portoria per il trasporto di merci dalla Sardegna ad Ostia.

Dalla Tabella immunitatis di Turrus Libisonis, inoltre, si evince il ruolo di domina navium della Vestale Massima Flavia Publicia, un dato assai interessante che induce ad indagare non solo sull'organizzazione delle imprese di navigazione delle dominae navium in età imperiale, ma anche a elaborare la ricostruzione del peculiare modello giuridico organizzativo dell'impresa di navigazione gestita dalla Vestale Massima Flavia Publicia nel ruolo di exercitor navis.

Abstract [Eng]

The aim of the contribution is to investigate the figure of the Maximal Vestal Flavia Publicia, who lived in the third century AD, which, on the basis of the text of a Tabella immunitatis found in Sardinia in 2007, in the Colonia Iulia of Turrus Libisonis, was exempted from payment of portoria for the transport of goods from Sardinia to Ostia.

The Tabella immunitatis of Turrus Libisonis also shows the role of domina navium of the Maximal Vestal Flavia Publicia, a very interesting fact that leads to investigate not only the organisation of the shipping companies of dominae navium in the imperial age, but also to elaborate the reconstruction of the peculiar legal organisational model of the shipping company managed by Maximal Vestal Flavia Publicia in the role of exercitor navis.

Keywords

Vestali; dominae navium; exercitor navis.

1_ LA TABELLA IMMUNITATIS DI TURRIS LIBISONIS E LA VESTALE MASSIMA FLAVIA PUBLICIA

L'attenzione in questo contesto per la figura della *Virgo Vestalis*¹ *Maxima Flavia Publicia*², vissuta alla metà del III sec. d.C., scaturisce principalmente dal ritrovamento di un importante reperto archeologico di età imperiale rinvenuto durante i lavori di adeguamento della banchina del porto commerciale di Porto Torres, in Sardegna, nel 2007.

Il testo della *tabella*³ è il seguente:

FLAVIAE ·
PVBLICIAE ·
· V · (immagine) · V ·
MAXIMAE ·
IMMVNIS ·
IN NAVCELLA · MARINA · CVNBVS · PORTENSIS ·
PARASEMO · PORPHYRIS · EVDROMVS ·

Il contesto che emerge dall'analisi del contenuto della tabella è molto chiaro: la barca del porto con l'insegna *Porphyris* (è) di *Flavia Publicia*, vergine Vestale Massima, immune per la (sua) navicella marina⁴; con citazione finale di *Eudromus*, *servus* della sacerdotessa.

Pertanto, già da una prima lettura appare chiara l'allusione ad una nuova immunità, del tutto sconosciuta, concessa alla Vestale Massima *Flavia Publicia* proprietaria di una *naucella marina* e dello schiavo *Eudromus*.

1 * Relazione presentata il 6 aprile 2017 durante il Seminario internazionale di Diritto romano tenutosi presso la Faculdade de Direito, Campus de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo (USP).

Le sacerdotesse Vestali sono state oggetto di numerosi studi fin dal '500. Per una bibliografia completa ed aggiornata sul tema rinvio a R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale: la Vestale Massima Flavia Publicia. I. Le immunità*, Sandhi, Cagliari 2018, pp. 9 ss., n. 1.

2 Su *Flavia Publicia* vedi da ultima R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale*, cit., pp. 9 ss. (ivi anche ampia bibliografia sulla Vestale Massima).

3 Il testo della *tabella immunitatis* di *Turris Libisonis* è stato pubblicato per la prima volta da G. Gasperetti, *Una tabella immunitatis dal porto di Turris Libisonis*, in A. Mastino - P. G. Spanu - R. Zucca (a cura di), *Naves plenis velis euntes*, Carocci, Roma 2009, p. 268, la quale ha proposto la seguente trascrizione: *Flaviae · Publiciae · v(irginis) · (immagine) · V(e- stalis) · maximae · immunis · in naucella · marina · cunbus · Port(u)ensis · parasemo · Porphyris · Eudromus · (servus?)*. Per una differente lettura del testo e relativa traduzione vedi P. Gianfrotta, *Sulla 'tabella immunitatis' della Vestale massima Flavia Publicia a Porto Torres*, in *Archeologia Classica*, 2018, 69, p. 800: *Flaviae . / Publiciae . / .V(irginis). (imago) .V(estalis). / Maximae . / immunis (est) / in naucella . marina . cvnbvs . portensis . / parasemo(n). Porphyris (est). (magister) Eudromus (est)*. «Di Flavia Publicia vergine Vestale massima (è) esentato (quanto è) nella navicella marina, cimba della dogana portuale, l'insegna (è) *Porphyris*, (il capitano è) *Eudromo*».

4 Cfr. G. Gasperetti, *Una tabella immunitatis dal porto di Turris Libisonis*, cit., p. 268.

Il contenuto del testo della tavoletta è di indubbio interesse giuridico⁵, poiché oltre ad accennare all'immunità⁶ consistente nell'esenzione dal pagamento dei dazi *portuali*⁷, i portoria, concessa ad una Vestale, sottintende anche l'esistenza di attività commerciali svolte da *Flavia Publicia* mediante una struttura ben delineata, che sicuramente ricalcava i modelli giuridici organizzativi in auge in età imperiale, certamente fino al III sec. d.C., per le imprese di navigazione⁸.

Il ritrovamento della tavoletta bronzea nella *Colonia Iulia di Turrus Libisonis*⁹, nel nord Sardegna, testimonia inoltre l'esistenza dell'esercizio di traffici commerciali intrapresi da *Flavia Publicia* proprio nell'isola, situata nel *Mare Sardum* in una posizione strategica, sulla rotta in direzione delle colonne d'Ercole, ed «utilizzata come piattaforma per i traffici marittimi mediterranei tra l'oriente (partendo dalla Siria) fino all'occidente (a Gades)»¹⁰, nonché come base di partenza per il trasporto del grano sardo verso Ostia, particolarmente intensificato in età costantiniana, ed anche come luogo di transito del grano africano che arrivava ad Ostia *via Sardinia* in virtù dei consolidati legami tra Africa e Sardegna, già avviati nel periodo repubblicano e

-
- 5** Per un'analisi delle problematiche giuridiche inerenti al testo della Tabella, rinvio a R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale*, cit., p. 47 ss
- 6** Sulla nuova immunità concessa alla Vestale vedi *ibidem*.
- 7** Sul *portorium* vedi S.J. De Laet, *Portorium: étude sur l'organisation douanière chez les Romains, surtout à l'époque du Haut-Empire*, De Tempel, Brugge 1949; G.I. Luzzatto, voce *Portorium*, in NNDI, XIII, 1966, p. 314.
- 8** Per la struttura delle imprese di navigazione rinvio soprattutto a A. Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale*, in P. Cerami - A. Di Porto - A. Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 2a ed., Giappichelli, Torino 2004, p. 231 ss.; Id., *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale*, in P. Cerami - A. Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 3a ed., Giappichelli, Torino 2010, pp. 221 ss. (ivi ampia bibliografia sul tema).
- 9** Su *Turrus Libisonis* vedi: P. Meloni, *Turrus Libisonis romana alla luce delle iscrizioni*, in *Epigraphica*, XI, 1951, pp. 89-114; G. Sotgiu, *Le iscrizioni dell'ipogeo di Tanca Borgona (Portotorres, Turrus Libisonis)*, Herder, Roma 1981; Ead., *Sul procurator ripae dell'ipogeo di Tanca di Borgona (Portotorres, Turrus Libisonis)*, in Ead. (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Lilliu per il suo settantesimo compleanno*, Carlo Delfino, Cagliari 1985; A. Mastino, *Popolazione e classi sociali a Turrus Libisonis: i legami con Ostia*, in A. Boninu - M. Le Glay- A. Mastino (a cura di), *Turrus Libisonis colonia Iulia*, Gallizzi, Sassari 1984, pp. 37-104; Id., *Turrus Libisonis romana*, in *Porto Torres e il suo volto*, Carlo Delfino, Sassari Porto Torres, Turrus Libisonis la città romana, in *Luoghi e tradizioni d'Italia. Sardegna*, Editalia, Roma 2000, pp. 368-380.1992, pp. 5-74; Id., *Storia della Sardegna antica*, Il Maestrale, Nuoro 2005, pp. 273-283; F. Villedieu, *Turrus Libisonis. Fouille d'un site romain tardif à Porto Torres, Sardaigne*, B.A.R. International Series, Oxford 1984; I. Didu, *Il curator rei publicae di Turrus Libisonis: un esempio di tardivo processo di sviluppo delle istituzioni municipali romane in Sardegna?*, in *Sardinia antiqua. Studi in onore di Piero Meloni in occasione del suo settantesimo compleanno*, Carocci, Cagliari 1992, pp. 377-384; C. Cazzona, *Nota sulla fondazione della colonia di Turrus Libisonis: Iulii, Flavii, Aelii, Aurelii, e Lurii nelle iscrizioni*, in *Studi Sardi*, XXXI, 1994-98, pp. 253-277; G. Azzena, *Porto Torres, 'Turrus Libisonis' la città romana*, in *Luoghi e tradizioni d'Italia. Sardegna*, Roma, 2000, pp. 368-380.
- 10** A. Mastino, *Trasporti marittimi nel Mediterraneo antico*, in M.M. Comenale Pinto (a cura di), *La continuità territoriale della Sardegna. Passeggeri e merci, low cost e turismo*, Aracne, Ariccia 2015, p. 81 s.
-

rinvigoriti in età imperiale¹¹, e con molta probabilità anche del sale¹².

Al fine di delineare la ricostruzione del modello organizzativo utilizzato da *Flavia Publicia* per lo svolgimento delle attività commerciali marittime con la Sardegna, gestite con l'ausilio del *servus Eudromus*, citato nominalmente nella *Tabella immunitatis* di *Turris Libisonis*, sarà bene tratteggiare qui di seguito la cornice giuridica di riferimento, emergente dalle testimonianze dei giuristi del III sec. d.C., in merito alla gestione delle imprese di navigazione¹³ condotte da donne romane.

2_ DOMINAE NAVIUM IN ETÀ IMPERIALE: REGOLAMENTAZIONE GIURIDICA E INTERPRETATIO PRUDENTIUM

Il coinvolgimento delle donne nella titolarità e nella gestione di imprese di navigazione risulta ampiamente attestato in alcune fonti giuridiche del III sec. d.C. Tali fonti dimostrano che nell'attività navale inerente al trasporto e alla commercializzazione delle merci, nata con una vocazione spiccatamente al maschile¹⁴, in età severiana si riscontrava anche una forte presenza femminile.

In realtà la partecipazione delle donne nelle attività armatoriali aveva trovato precedentemente un primo impulso a seguito di una disposizione normativa dell'imperatore Claudio¹⁵, di cui ne dà testimonianza Svetonio in un brano tratto dalle *Vite dei dodici Cesari*:

11 Rinvio al contenuto dell'iscrizione riportata in CIL XIV 4142 = ILS 6140, rinvenuta ad Ostia, risalente al 173 d.C. I dati testuali inducono a pensare che gli armatori africani si fossero associati, per un periodo di tempo limitato, tra loro e con i loro corrispettivi sardi. A. Mastino, *Trasporti marittimi nel Mediterraneo antico*, cit., p. 83, ipotizza che la merce trasportata fosse soprattutto frumento poiché «il personaggio in onore del quale fu dedicata la statua è indicato esplicitamente come *mercator frumentarius*».

12 Al riguardo si veda l'ipotesi da me prospettata in R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale*, cit., p. 65 ss.

13 A proposito dell'organizzazione giuridica delle imprese di navigazione, rinvio tra i più recenti: A. Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale* [2010], cit., p. 221 ss., (ivi ampia bibliografia sul tema). Per le imprese di navigazione al femminile, da ultima vedi M. Casola, *Armatrici e marinaie nel diritto romano*, in R. Pagano - F. Mastroberti (a cura di), *La donna nel diritto nella politica e nelle istituzioni, Quaderni del Dipartimento Jonico*, I, Edizioni Digitali DJSGE, Bari 2015, p. 3 ss.

14 Vale la pena sottolineare che anche a livello di terminologia si evince una concezione al maschile dell'apparato organizzativo delle imprese di navigazione. Infatti, sono tutti al maschile i termini di coloro che risultano essere gli attori principali di questo apparato organizzativo: *nauta*, *exercitor*, *magister navis*, *gubernator*. Sul punto, rinvio a M. Casola, *Armatrici e marinaie nel diritto romano*, cit., p. 8.

15 Sull'imperatore, vedi E. Manni, *Dall'avvento di Claudio all'acclamazione di Vespasiano, II. Claudio*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.2, 1975, pp. 132 ss. Da ultimo, sull'opera legislativa, P. Buongiorno, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta. Una palinogenesi delle delibere senatorie dell'età di Claudio (41-54 d.C.)*, ESI, Napoli 2010, pp. 357 ss.

Suet., *Claud.*, 18-19: *Urbis annonaeque curam sollicitissime semper egit. Cum Aemiliana pertinacius arderent, in diribitorio duabus noctibus mansi ac deficiente militum ac familiarum turba auxilio plebem per magistratus ex omnibus vicis convocavit ac positus ante se cum pecunia fiscis ad subveniendum hortatus est, raprae- sentans pro opera dignam cuique mercedem. Artiore autem annona ob assiduas sterilitates detentus quodam medio foro a turba conviciisque et simul fragminibus panis ita infestatus, ut aegere nec nisi postico euadere in Palatium valuerit, nihil non excogitavit ad invehendos etiam tempore hiberno commeatus. Nam et negotiatoribus certa lucra proposuit suscepto in se damno, si cui quid tempestates accidisset, et naves mercaturae causa fabricantibus magna commoda constituit pro condicione cuiusque: civi vacationem legis Papiae Poppaeae, Latino ius Quiritium, feminis ius IIII liberorum; quae constituta hodieque servantur.*

Nel lungo brano, Svetonio dà conto delle attività svolte dall'imperatore Claudio per la cura della città e dell'annona. Secondo il racconto dell'autore antico, l'imperatore rimase così colpito dalle situazioni di criticità derivanti dalla scarsità di scorte alimentari che si verificavano ciclicamente a Roma (narra di un episodio vissuto da Claudio, trattenuto dalla folla tumultuosa nel Foro durante una manifestazione di protesta per la mancanza di viveri, da consentire a stento all'imperatore di rifugiarsi a Palazzo), da intervenire con provvedimenti che garantivano ai *negotiatores*¹⁶ guadagni sicuri (*certa lucra*), accollando a sé le perdite, nel caso in cui avessero perso le merci a seguito di un naufragio, e concesse inoltre molti vantaggi (*magna commoda*), secondo le rispettive condizioni, a coloro che avessero costruito navi da carico: ai cittadini romani si riconosceva la dispensa dalla Legge Poppea¹⁷; ai Latini venivano

16 Si ritiene che il provvedimento fosse diretto ai *navicularii*, sui quali vedi: F.M. De Robertis, *Il corpus naviculariorum, nella stratificazione sociale del basso impero. Contributo alla critica del Codice Teodosiano*, in *RDN*, II, 1937, p. 3 ss.; Id., *Il diritto associativo Romano dai collegi della Repubblica alle corporazioni del Basso Impero*, I, Laterza, Bari 1938; L. De Salvo, *Sul problema della vacatio dei navicularii*, in V. Giuffrè (a cura di), *Sodalitas: "Scritti in onore di Antonio Gurarino"*, IV, Jovene, Napoli 1984, pp. 1645-1657; Ead., *Per la storia dei corpora naviculariorum*, in *Critica storica, Bollettino dell'Associazione degli Storici Europei*, XXIV, 1987, pp. 345-352; Ead., *I navicularii di Sardegna e d'Africa nel tardo impero*, in A. Mastino (a cura di), *L'Africa romana (Atti del VI Convegno di studio, Sassari, 16-18 dicembre 1988)*, Carocci, Sassari 1989, pp. 743-754; Ead., *Economia privata e pubblici servizi nell'Impero romano. I corpora naviculariorum*, Samperi, Messina 1992. Per i *corporata* dei *navicularii* Africani e i rapporti con i *navicularii* sardi, vedi A. Mastino, *La rotta Sardegna-Italia (Ostia)*, in A. Mastino - P.G. Spanu - R. Zucca (a cura di), *Mare Sardum. Mercati, mercati e scambi marittimi della Sardegna antica*, Carocci, Roma 2005, p. 55 ss.; Id., *Trasporti marittimi nel Mediterraneo antico*, cit., p. 81 ss.

17 Il provvedimento reprimeva il celibato per gli uomini nella fascia d'età compresa fra i 25 ed i 60 anni. Al riguardo vedi Ulp *Tit.* 16.1 1; Suet. *Aug.* 34.1-2. Rinvio tra tutti a R. Astolfi, *La Lex Iulia et Papia*, CEDAM, Padova 1970.

assicurate le prerogative giuridiche previste dal diritto dei Quiriti; ed infine alle donne lo *ius quatuor liberorum*¹⁸.

Un provvedimento assai incisivo, che accordava alle donne costruttrici di navi mercantili la completa autonomia patrimoniale, già concessa in precedenza alle donne in base al *ius quatuor liberorum*.

Quindi Claudio, con l'intento di assicurare un rifornimento costante dell'Annona, e garantire costantemente le scorte annonarie, attribuì speciali privilegi anche alle donne costruttrici di navi che avrebbero dovuto impiegare per il trasporto di beni utili per l'Annona.

Il contenuto del provvedimento legislativo di Claudio emerge anche dalle fonti giuridiche, che vanno ad integrare le notizie tramandate da Svetonio. A tale proposito è rilevante la testimonianza di Gaio, il quale nelle *Institutiones* scrive:

Gai. 1.32c: *Item edicto Claudii Latini ius Quiritium consecuntur, si navem marinam aedificaverint, quae non minus quam decem milia modiorum frumenti capiat, eaque navis vel quae in eius locum substituta sit, sex annis frumentum Romam portaverit.*

Ma anche nei *Tituli ex corpore Ulpiani* si dà conto di questo editto di Claudio, nella parte in cui si fa riferimento al *privilegium* concesso ai Latini:

Tit. Ulp. 3.6: *Nave Latinus civitatem Romanam accipit, si non minorem quam decem milium modiorum navem fabricaverit, et Romam sex annis frumentum portaverit, ex edicto divi Claudii.*

I due passi non fanno riferimento alle altre due categorie di destinatari del provvedimento indicate da Svetonio, molto probabilmente perché nel contesto in cui erano stati inseriti si trattava specificamente solo della concessione dello *ius Quiritium* ai Latini.

Però dalla lettura dei due testi giuridici emergono alcuni dati interessanti che in forma più estensiva potevano sicuramente riguardare anche i soggetti citati nel brano di Svetonio, ovvero i cittadini romani esonerati dal pagamento della tassa sui celibi, previsti dalla legge Poppea, e le donne destinatarie dell'autonomia patrimoniale, grazie alla concessione del *ius quatuor liberorum*, che avessero costruito navi per il trasporto delle merci. Infatti, dalle testimonianze di Gaio e di Ulpiano si specifica chiaramente

18 Tra tutti vedi C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia Matrimonio Dote*, II, «L'Erma» di Bretschneider, Roma 2005, p. 588.

che le navi in questione dovevano avere una stazza¹⁹ che consentisse lo stivaggio di diecimila moggi di frumento e che l'attività di trasporto per l'annona doveva essere compiuta per sei anni. Alla resa dei conti, l'autonomia patrimoniale femminile, che era già stata riconosciuta alle Vestali, nonché ad altre categorie ristrette di *mulieres*, in questo frangente risultava essere strettamente congiunta all'attività di costruzione di navi di grande stazza per il trasporto di frumento per l'Annona. Da questo punto di vista, le donne destinatarie dei *commoda* del provvedimento di Claudio potevano qualificarsi indubbiamente come *dominae navium*.

Ma v'è di più. Da una importante testimonianza inclusa nel *Codex* di Giustiniano, si evince che, in un rescritto di Diocleziano, del 293 d.C., si fa chiaro riferimento alle donne armatrici, nei confronti delle quali si dava per scontato il potere di nomina del *magister navis* nell'ambito delle attività di imprese navali da loro gestite in prima persona:

C. 4.25.4, *Impp. Diocl. et Maxim. AA. Et CC. Antigonae. (a. 293):*
Et si a muliere magister navis praepositus fuerit, ex contractibus eius
ea exercitoria actione ad similitudinem institoriae tenetur D. XVI K. Nov.
 Sirmi A.A. Conss.

Il rescritto riguarda il caso di una donna denominata Antigona, la quale, avendo conferito la *praepositio* al *magister navis*, proponeva un quesito all'imperatore a proposito dei limiti della sua responsabilità a seguito della designazione del *magister navis*²⁰.

La soluzione al quesito da parte dell'imperatore fu immediata e precisa: Antigona con l'*actio exercitoria*, assimilabile in questa circostanza all'*actio institoria*²¹, poteva essere chiamata come responsabile per gli atti posti in essere dal suo preposto in virtù della *praepositio* conferita. A prescindere dalla conferma della disciplina del diritto di regresso, dal rescritto si evince l'attestazione del riconoscimento di una soggettività

19 Sulla stazza delle navi mercantili vedi F. Zevi, *Le grandi navi mercantili, Puteoli e Roma*, in *Le Ravitaillement en blé de Rome et des centres urbains des débuts de la République jusqu'au Haut-Empire. Actes du colloque international de Naples, 14-16 Février 1991*, École française de Rome-Centre Jean Bérard, Roma-Napoli 1994, p. 66 ss. Ma vedi anche A. Mastino, *La rotta Sardegna-Italia*, cit., p. 56 s.; Id., *Le navi*, in A. Mastino - R. Zucca - G. Gasperetti (a cura di), *Viaggi, navi e porti della Sardinia e della Corsica attraverso la documentazione epigrafica*, in C. Zaccaria (a cura di), *Antichità Alto Adriatiche, LXXIX, L'Epigrafia dei Porti (Atti della XVII rencontre sur l'épigraphie du monde romain. Aquileia, 14-16 ottobre 2010)*, EDITREG, Trieste 2014, p. 156 s.

20 Sul punto J. Rouge, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, S.E.V.P.E.N., Paris 1966, p. 392, n. 1 e n. 3. Sull'atteggiamento della legislazione diocleziana verso le donne da ultimo M.L. De Filippi, *Le donne nella legislazione diocleziana*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, I, 2013, p. 155 ss.

21 Cfr. S. Solazzi, *L'età dell'actio exercitoria*, in *RDN*, I, 1941, pp. 185-212.

²²nei confronti della donna preponente, la quale agli occhi di Diocleziano e della sua cancelleria veniva considerata, in una maniera del tutto innovativa, nel campo delle *negotiationes* connesse alla gestione delle imprese di navigazione. Con il rescritto, infatti, alla donna a capo di una impresa marittima veniva riconosciuto il ruolo di centro diretto di imputazione di interessi e diretta responsabile per gli atti negoziali posti in essere da coloro che aveva investito con la *praepositio*.

Come già anticipato in precedenza in questo paragrafo, la suddetta condizione si assesterà definitivamente anche grazie alle riflessioni dei giureconsulti di età severiana, i quali consideravano, come dato certo e consolidato, la presenza nelle imprese di navigazione delle donne con il ruolo di *dominae navium*, a capo di attività di trasporto marittimo e direttamente responsabili anche per le azioni compiute dai loro *praepositi*.

Un riscontro immediato del pensiero dei giuristi del III sec. d.C. si può ritrovare in D. 14.1.1.16, in cui Ulpiano osserva che:

D. 14.1.1.16 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Parvi autem refert, qui exercet masculus sit an mulier, pater familias an filius familias vel servus: pupillus autem si navem exercent, exigemus tutoris auctoritatem.*

Il giurista severiano ribadisce che, dal punto di vista del diritto, interessa poco se l'armatore sia uomo o donna, padre di famiglia o figlio in potestà oppure servo (*masculus, mulier, pater familias, filius vel servus*); specificando che se sia un pupillo ad esercitare un'impresa di navigazione, avrà bisogno dell'autorizzazione del tutore.

Dalla lettura del frammento emerge un dato interessante. Infatti, il giurista attribuisce alla donna la possibilità di essere *exercitor navis*, e quindi di rivestire un ruolo apicale nella gestione dell'impresa marittima, mentre non fa alcun accenno alla possibilità per la *mulier* di essere destinataria di una *praepositio* in qualità di *magister navis*, ovvero il ruolo di comandante della nave che implicava non solo l'assunzione della conduzione dell'imbarcazione ma anche e soprattutto la gestione delle *negotiationes* nell'ambito dei limiti della *praepositio*. Secondo quanto rileva Aldo Petrucci «tale silenzio, pienamente in linea anche con tutte le risultanze provenienti dalle fonti antiche, andrebbe interpretato più che come una preclusione giuridica, di cui mancano ulteriori prove, come una esclusione sul piano economico – sociale, date le difficoltà pratiche a svolgere tale funzione, cui era

22 Vedi M. Casola, *Armatrici e marinaie nel diritto romano*, cit., p. 15.

spesso connesso anche il compito di far navigare la nave»²³. Le considerazioni del Petrucci mi sembrano ampiamente condivisibili, poiché sarebbe stato probabilmente assai complicato per una donna assumere materialmente la conduzione della nave ai fini della navigazione.

Tale situazione però non trova alcuna corrispondenza nell'impresa c.d. terrestre²⁴, poiché nel frammento di Ulpiano D. 14.3.7.1, nonostante la perfetta sintonia per le soluzioni giuridiche inerenti alla responsabilità dei preposti e dei preponenti, si legge:

D. 14.3.7.1 (Ulp. 28 ad ed.): *Parvi autem refert, quis sit institor, masculus an femina, liber an servus proprius vel alienus. Item quis sit qui praeposuit: nam et si mulier praeposuit, competet institoria exemplo exercitoriae actionis et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa. Sed et si filia familias sit vel ancilla praeposita, competit institoria actio.*

Il giurista, in questo passo, riferisce che nell'azione contro l'imprenditore terrestre entrambi i soggetti, preponente e preposto, avrebbero potuto essere di sesso femminile. Confermando, in tal modo, il principio giurisprudenziale secondo cui nelle imprese terrestri il ruolo della *mulier* poteva essere sia quello di *institor* e sia quello di preponente.

Infine, si può presumibilmente applicare anche alle imprese di navigazione il principio enunciato sempre da Ulpiano in D. 15.1.1.3:

D. 15.1.1.3 (Ulp. 28 ad ed.): *De eo loquitur, non de ea: sed tamen et ob eam quae est feminini sexus dabitur ex hoc edicto actio,*

in cui il giurista mostra di estendere la portata dell'editto *de peculio*²⁵ anche alle *filiae familias* e *ancillae*, coinvolgendole così in un vasto ventaglio di *negotiationes*,

23 Sul punto vedasi A. Petrucci, *Note sui 'marchi di produzione' e dati delle fonti giurisprudenziali. A proposito di una recente iniziativa*, in *BIDR*, CXI, 2017, p. 35.

24 In merito alle imprese terrestri, alla *praepositio institoria* e il ruolo dell'*institor*, rinvio a P. Cerami, *Terminologia, oggetto e periodi storici del diritto commerciale romano*, in P. Cerami - A. Petrucci (a cura di), *Diritto commerciale Romano. Profilo Storico*, 3a ed., Giappichelli, Torino 2010, p. 56 ss. (a cui rinvio anche per l'ampia bibliografia di riferimento). Tra gli studi degli storici, rinvio a J.J. Aubert, *Business Managers in Ancient Rome. A Social and Economic Study of Institores 200 BC – AD 250*, E.J. Brill Verlag, Leiden-New York-Köln 1994. Per quanto attiene alle imprese terrestri gestite da donne o da Vestali rinvio a R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale*, cit., p. 91 ss. (ivi bibliografia sul tema).

25 Al riguardo, rinvio fra tutti a A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo "manager" in Roma antica. (Il a.C.- Il d.C.)*, Giuffrè, Milano 1984. Fra i più recenti vedi P. Cerami, *Negotiationes e negotiatores. Tipologia dell'organizzazione imprenditoriale romana*, in P. Cerami - A. Petrucci (a cura di), *Il diritto commerciale romano*, 3a ed., Giappichelli, Torino 2010, 56 p. ss.

condotte nell'ambito dell'amministrazione di un peculio. Ovviamente, le situazioni che ne derivano contribuiscono ad ampliare l'ampia gamma di combinazioni di coinvolgimento delle donne nella gestione e conduzione di imprese commerciali, sia terrestri e sia marittime, di cui nel III sec. d.C. erano oramai divenute parte integrante.

3_ LA VESTALE MASSIMA FLAVIA PUBLICIA E LE ATTIVITÀ IMPRENDITORIALI DI TRASPORTO MARITTIMO TRA LA SARDEGNA E OSTIA: IPOTESI UN MODELLO ORGANIZZATIVO

Dopo aver illustrato nel paragrafo precedente il modello giuridico di carattere generale adottato per l'organizzazione delle imprese navali gestite da donne, è ora possibile svolgere in maniera compiuta una riflessione relativa al tipo di attività condotta dalla Vestale Massima *Flavia Publicia* proprietaria di un *cunbus Portuensis a Turris Libisonis* che, con molta probabilità, era collegato, in funzione di navicella di supporto, ad una grande nave oneraria sempre di proprietà della sacerdotessa, ormeggiata al di fuori dell'area portuale²⁶.

Dal contenuto della *tabella immunitatis* abbiamo appreso che la nostra Vestale era una *domina navium*, un ruolo che nella sua epoca, come abbiamo visto nel secondo paragrafo, accomunava molte donne, le quali erano perfettamente inquadrare nelle strutture organizzative delle imprese navali per il trasporto e la commercializzazione delle merci, ed in particolar modo, a seguito di un editto di Claudio, si attivavano nella costruzione di navi mercantili per delle finalità collegate al rifornimento dell'Annona, con lo scopo precipuo di trasportare frumento a Roma, dall'Africa, dalla Sicilia e dalla Sardegna.

Il contesto in cui si inserisce *Flavia Publicia*, nella sua qualità di *domina navium*, è senza alcun dubbio particolarmente interessante dal punto di vista giuridico,

26 Per la tipologia di navi di proprietà di *Flavia Publicia* rinvio a R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale*, cit., p. 74 ss. Sul punto, vedi anche P. Gianfrotta, *Sulla 'tabella immunitatis'*, cit., pp. 797 ss., il quale specifica che «di *cymbae* ce n'erano di varie taglie e caratteristiche. Riconducibili a una forma tradizionale di scafo panciuto, rientravano in un'ampia categoria d'imbarcazioni dalle linee generali comuni, ma adattate con versioni varie destinate a differenti impieghi: dal mitico barcone grezzo di Caronte alle più realistiche imbarcazioni da pesca, da trasporto di merci e di persone, oltre che da diporto. [...] Ecco perché, pur nella redazione stringata di documento con valore di connotazione ufficiale, si ritenne necessario precisare tra le possibili accezioni del termine *kymbe-cumba* che si trattava di una "*naucella marina*". Per quel che riguarda le potenzialità nautiche, le più grandi della categoria, seppure letterariamente trascurate rispetto alle attraenti sorelle da diporto, erano in grado di effettuare navigazioni impegnative e trasportare carichi non irrilevanti, di cui sono noti esempi aggirantisi intorno a 15.000 e a 18.000 modii (più di 100 tonnellate) di cereali (vedi *infra*). Di grandezza perciò superiore a quella delle navi che nei provvedimenti di Claudio a sostegno dei trasporti annonari erano considerate accettabilmente capienti, in quanto non inferiori ad un carico di 10.000 modii».

in quanto, grazie alle elaborazioni di sintesi elaborate dalle *interpretationes* dei *prudentes* di età severiana si rendevano applicabili anche alle *mulieres* proprietarie di navi, nonché titolari di attività di trasporto commerciale di tipo marittimo, le regole giuridiche inerenti alla responsabilità, inizialmente previste per le suddette imprese sulla base di una organizzazione gerarchica precipuamente al maschile.

La Vestale Massima *Flavia Publicia*, al pari delle *mulieres* citate nell'editto di Claudio era implicata con le sue attività in Sardegna nel trasporto di grano e di sale, per il rifornimento dell'Annona, in vista anche delle *frumentationes* straordinarie volute da Filippo l'Arabo per le celebrazioni del Millennio del Natale di Roma, che avevano dato origine alla *Saecularis Aetas*. In virtù del suo grado sacerdotale, dei suoi meriti ampiamente riconosciuti pubblicamente da una serie di epigrafi dedicatorie, e principalmente perché contribuiva con la sua nave al rifornimento dell'Annona, la nostra Vestale Massima aveva ricevuto l'immunità dal pagamento dei *portoria* per le merci trasportate da *Turris Libisonis* verso Ostia.

Ovviamente, tale attività commerciale non poteva essere gestita con la presenza fisica della Vestale nella *Colonia Iulia*, poiché il ruolo ricoperto da *Flavia Publicia* di fatto impediva un suo allontanamento da Roma dai doveri sacri che scaturivano dal suo vincolo sacerdotale. Pertanto, per la gestione dell'attività di trasporto del grano intrapresa dalla Vestale, si doveva necessariamente far riferimento a figure di personale specializzato che potesse condurre le imbarcazioni e soprattutto che avesse un ruolo attivo nelle *negotiationes* insite nel tipo di attività commerciale svolta. La presenza del *servus Eudromus*²⁷ è funzionale e rilevante a tal fine. Il fatto che lo schiavo sia citato nominalmente nella *tabella immunitatis* può indurre a pensare che fosse un responsabile commerciale (*magister navis*) del trasporto di grano organizzato con l'uso delle navi di *Flavia Publicia*, la quale dal punto di vista giuridico può essere considerata non solo come una *domina navium*, ma anche a ben vedere come *exercitor navis*.

La Vestale Massima stava quindi a capo di questa attività commerciale gestita secondo quei modelli organizzativi ben sintetizzati e delineati dai giuristi severiani, descritti nel primo paragrafo di questo contributo.

Il ruolo della Vestale nelle attività svolte in Sardegna ovviamente non era di tipo religioso, ma era di tipo commerciale, in quanto stava a capo di una impresa di trasporto di grano e con molta probabilità anche di sale allo scopo contribuire ai rifornimenti dell'Annona.

Conseguentemente a ciò, appare così chiarita anche la funzione di *Eudromus*, *servus* della sacerdotessa, che agiva in questo contesto in qualità di *magister navis*

27 Sugli schiavi privati delle Vestali e su *Eudromus*, vedi ivi, p. 80 ss.

di *Flavia Publicia*, a seguito di una *praepositio* che ne delineava i confini dell'azione commerciale nel campo delle *negotiationes* da concludere per conto della *Virgo Vestalis Maxima*. A mio avviso, lo schiavo non era il «marinaio o vero pilota»²⁸ delle imbarcazioni della sacerdotessa, come sostenuto da Gabriella Gasperetti, ma era comandante²⁹ ed anche preposto all'attività commerciale intrapresa dalla nostra Vestale in Sardegna³⁰. Non a caso nella *tabella* era riportato il suo nome, in quanto il suo ruolo era preminente nell'organizzazione dell'attività di acquisto e trasporto del grano sardo sulla base delle precise indicazioni conferite attraverso la *praepositio*.

Come sappiamo dalle fonti giuridiche, il *praepositus* riceveva dal preponente una serie di direttive che dovevano essere tenute in considerazione anche dai terzi contraenti al momento della conclusione di negozi giuridici e di contratti. A tal proposito vale la pena ricordare il contenuto di un frammento di Ulpiano, riferito ad una preposizione institoria:

D. 14.3.11.2-4 (Ulp. 28 *ad ed.*): *De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur: non enim permittendum erit cum institore contrahere, sed si quis nolit contrahi, prohibeat: ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione. Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. litteris utrum Graecis an Latinis? Puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur. Proscriptum autem perpetuo esse oportet: ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institoria locum habebit. proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel non pareret, dicendum eum qui praeposuit teneri. sed si ipse*

28 G. Gasperetti, *Una tabella immunitatis dal porto di Turrus Libisonis*, cit., p. 272.

29 Sulla distinzione tra *gubernator* e *magister navis* rinvio a cfr. A. Rocco, *La responsabilità degli armatori nel diritto romano*, in *Giur. it.*, L, 1898, p. 4301 ss.; F. Ghionda, *Sul "magister navis"*, in *RDN*, I, 1935, p. 327 ss; C.M. Moschetti, *Gubernare navem, gubernare rem publicam: Contributo alla storia del diritto marittimo e del diritto pubblico romano*, Giuffrè, Milano 1966, p. 80 ss; A. Guarino, *"Magister" e "Gubernator navis"*, in *Labeo*, XI, 1965, p. 36 s. Da ultima, M. Casola, *Armatrici e marinaie nel diritto romano*, cit., pp. 3-18; Ead., *L'equipaggio delle navi nell'antico mediterraneo: reclutamento e disciplina*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, Edizioni Digitali DJSGE, Bari 2016, pp. 103-125.

30 Cfr. R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale*, cit., p. 105.

*institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praeponenti nocere debet, nisi particeps doli fuerit qui contraxit*³¹.

Il giurista sottolineava che nel luogo di svolgimento dell'attività, dovevano essere resi noti, tramite uno scritto, affisso in pubblico in maniera visibile, i contenuti e i limiti della *praepositio*. Si trattava pertanto di una sorta di pubblicità dell'incarico.

Si può immaginare che tale regola potesse essere applicata estensivamente anche al contesto della *praepositio* del *magister navis*, in maniera tale che fosse noto ai contraenti terzi anche il nome del preposto, del preponente e il contenuto dell'incarico conferito da quest'ultimo al *praepositus magister navis*.

Per questo motivo, il ruolo di *Eudromus*, preposto di *Flavia Publicia* in qualità di *magister navis*, doveva essere dichiarato palesemente ai terzi contraenti ed essere noto nel contesto portuale della *Colonia Iulia*, ed è anche per questi motivi che il suo nome era stato scritto nella *tabella immunitatis* di *Turris Libisonis*.

Ovviamente, dai dati contenuti nella tavoletta, non si evince la presenza di un peculio concesso dalla sacerdotessa per le attività svolte da *Eudromus*, anche se l'attribuzione di un peculio non è una possibilità del tutto da scartare. Di conseguenza, il tipo di modello organizzativo che faceva capo all'attività commerciale intrapresa da *Flavia Publicia*, con il supporto dell'attività di *Eudromus*, poteva verosimilmente coincidere con il modello organizzativo tradizionale delle imprese di navigazione descritto dai giuristi con la presenza di un *exercitor navis* (l'armatore, proprietario della nave, in questo caso ruolo è intrapreso da *Flavia Publicia*) e il *praepositus*, il *magister navis*, comandante della nave e responsabile dell'attività commerciale a cui era stato preposto (in questo caso, la funzione è svolta da *Eudromus*).

Un modello giuridico che presupponeva anche una responsabilità illimitata dal punto di vista patrimoniale dell'*exercitor navis*, nell'ipotesi in cui il preposto non avesse adempiuto alle obbligazioni assunte con terzi contraenti.

4_ CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Per tirare le fila del discorso qui intrapreso possiamo delineare un modello organizzativo al femminile di imprese di navigazione, gestite non solo da *mulieres* ma anche da Vestali, che emerge dai dati contenuti nelle fonti esaminate in questo contributo e che possono essere così sintetizzati:

31 Sul testo di Ulpiano vedi R. Ortu, *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma Antica*, Giappichelli, Torino 2012, p. 130 ss.

- 1_ Risale all'imperatore Claudio l'incentivazione alla costruzione di navi mercantili di una determinata stazza nei confronti delle donne che avrebbero dovuto, al pari di Latini e *cives romani*, utilizzarle per sei anni per il trasporto di frumento ai fini dell'Annona, attestando così non solo l'attribuzione del privilegio giuridico che le parificava alle *mulieres* che godevano del *ius quatuor liberorum*, ma anche che da quel momento in poi vi sarebbero state *dominae navium* impegnate nel commercio e trasporto di grano per le esigenze dell'Annona.
- 2_ Il modello organizzativo delle imprese di navigazione, che prevedeva una struttura di base con a capo l'armatore denominato *exercitor*, il quale conferiva abitualmente una *praepositio* ad un *magister navis*, che poteva essere un sottoposto o un soggetto *sui iuris*, al fine di condurre *negotiationes* collegate alle attività dell'impresa, prevedeva anche il coinvolgimento delle donne, le quali, in base ai principi giurisprudenziali ribaditi dai giuristi di età severiana, potevano assumere il ruolo di *exercitor navis* e essere ritenute responsabili illimitatamente come da previsione edittale, anche a seguito dell'inadempimento delle obbligazioni contrattuali assunte da sottoposti.
- 3_ Non vi sono fonti che attestino *mulieres* attive nel ruolo di *magister navis*. Si può presupporre che le donne potessero esimersi dall'assunzione di questo incarico per la mancanza di esperienza pratica nell'arte della navigazione e che di fatto non vi fosse per loro una preclusione di tipo giuridico che ne escludesse a priori l'assunzione del ruolo di *magister navis*.
- 4_ Si trattava di un modello organizzativo che poteva essere più o meno articolato, e che poteva coinvolgere anche l'utilizzazione di *servi* o altri sottoposti (che potevano essere sia maschi e sia femmine) provvisti di peculio.
- 5_ Nel III sec. d. C. appare ormai consolidata la presenza in ruoli di tipo operativo e gestionale delle donne nelle imprese marittime.
- 6_ Tale modello organizzativo, a ben vedere, poteva essere simile a quello adoperato dalla Vestale *Flavia Publicia*, *domina navium*, per lo svolgimento della sua attività di trasporto del grano e del sale da *Turris Libisonis* a Ostia per i fabbisogni dell'Annona. Lo schiavo *Eudromus*

agiva, pertanto, nel contesto portuale di *Turrus Libisonis* in qualità di *magister navis*, a seguito di una *praepositio* conferita da *Flavia Publicia* nel suo ruolo congiunto di *domina navis/exercitor navis*.

- 7_** La presenza del nome *Eudromus* nell'incisione della *tabula immunitatis* di *Turrus Libisonis*, era giustificato anche dalla carica di *magister navis* ricoperta dallo schiavo a seguito della *praepositio* della Vestale, incarico che doveva essere reso noto sia nel contesto portuale in cui operava e sia agli occhi dei terzi contraenti, e che comportava una responsabilità patrimoniale illimitata di *Flavia Publicia* per l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali assunte dal suo *magister navis Eudromus*.

Le Comunita' Matrimoniali "Formalizzate" Nelle Esperienze Di Common Law E Di Civil Law

TANIA BORTOLU

**Assegnista di ricerca - Scuola Superiore Meridionale
Università Federico II - Napoli**

1_ IL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STRESSO SESSO NELL'ESPERIENZA EUROPEA. DAL "MARIAGE POUR TOUS" FRANCESE AL "MARRIAGE BILL" DEL REGNO UNITO

L'evoluzione dei modelli familiari alternativi alla famiglia fondata sul matrimonio, ritenuta per molti anni l'unica meritevole di tutela giuridica, è un fenomeno che ha coinvolto e continua a coinvolgere la quasi totalità dei Paesi occidentali, che, in momenti e con modalità differenti, si sono visti costretti ad affrontare la questione.¹

In alcuni casi, l'inerzia del legislatore ha determinato situazioni in cui si sono perpetrate discriminazioni giuridiche in ordine all'orientamento sessuale, la cui tutela è stata prevalentemente e, in prima battuta, di natura giudiziale e, solo successivamente, di natura legislativa; la questione ha diffusamente riguardato i diritti inviolabili dell'uomo, nell'ottica del riconoscimento dell'eguaglianza e della condanna, sia a livello sociale che a livello politico, di ogni forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

In Europa, grazie ai moniti, prima, della Corte di Giustizia e, poi, della Corte EDU, gli organi legislativi nazionali dei singoli Stati hanno lavorato al fine di reinterpretare le norme vigenti in chiave sempre meno antidiscriminatoria ed in linea con i nuovi modelli familiari emergenti a livello sociale, riconoscendo l'invulnerabilità dei diritti civili e condannando ogni forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Oggi, nell'ambito dell'Unione Europea, il matrimonio tra persone dello stesso sesso è ammesso nei Paesi Bassi (2001)², in Belgio (2003), in Spagna (2005), in Svezia

1 In un lasso di tempo relativamente breve, il diritto di famiglia è stato oggetto di una vera e propria rivoluzione copernicana, che ha coinvolto la quasi totalità delle esperienze europee ed ha determinato la consacrazione della piena uguaglianza tra i coniugi e l'introduzione di regole di dettaglio finalizzate allo sviluppo libero ed armonioso della persona. G. Autorino, *Le unioni civili in Europa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 12, p. 1667.

2 In Olanda, già dal 1997, era consentita la registrazione delle unioni tra persone dello stesso sesso (*Registered partnership*).

(2009), in Portogallo (2010)³, in Danimarca (2012)⁴, in Francia (2013), nel Regno Unito (2013), in Finlandia (2014), in Irlanda (2015) e in Germania (2017), mentre altri istituti, differenti dal matrimonio, sono stati introdotti nella Repubblica Ceca (2004), in Ungheria (2009), in Austria (2009), a Malta (2014), in Estonia (2016) e, come discusso nei capitoli precedenti, in Italia (2016)⁵.

In tale contesto, risulta particolarmente interessante l'evoluzione della disciplina francese in materia, che, storicamente, durante l'*Anciene Régime*, considerava l'omosessualità un reato, depenalizzato durante la Rivoluzione francese, anche se tuttavia i rapporti tra persone dello stesso sesso continuarono ad essere sanzionati penalmente con l'applicazione del reato di oltraggio al pudore, previsto dal codice penale di allora, all'art. 331; durante la Seconda Guerra Mondiale il contrasto all'omosessualità si fece più significativo, attraverso l'introduzione di una serie di norme tendenti a limitare i rapporti tra persone dello stesso sesso⁶. Tali ultime misure vennero abrogate negli anni '80 e, da allora, l'introduzione di una serie di leggi, volte a regolamentare le situazioni giuridiche sia tra persone dello stesso sesso sia tra persone di sesso differente, permise di giungere ad una concezione dell'omosessualità come una delle forme in cui può manifestarsi la sessualità insieme all'eterosessualità⁷.

Tuttavia, l'istituto matrimoniale è rimasto appannaggio delle sole coppie eterosessuali fino all'entrata in vigore della legge n. 2013-404 del 17 maggio 2013, "*loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*", la quale, intervenendo sull'art. 143 del *Code civil*, ha previsto che: "Il matrimonio è un contratto tra due persone di sesso opposto o dello stesso sesso". La nuova legge consente di acquisire il cognome del *partner*, di scegliere il regime patrimoniale della coppia, di diventare erede, di avere diritto alla pensione di reversibilità ed ha definitivamente aperto all'adozione per le coppie dello stesso sesso.

3 In Portogallo, nel 2010, è stato modificato il libro IV del Codice civile, ove è stata introdotta la legalizzazione del matrimonio tra omosessuali. Per un'analisi approfondita del Codice civile portoghese, si rinvia a P. L. Carbone, *La rotta dei codici: orizzonte terzo millennio*, cit., p. 123 e ss.

4 In verità, la Danimarca fu il primo Paese europeo, nel 1989, ad occuparsi del riconoscimento delle coppie omosessuali e della tutela dei loro diritti, quando istituì la *Registered partnership*, con la quale venne introdotta la possibilità per le coppie dello stesso sesso di registrare l'unione affettiva, con effetti giuridici equivalenti al matrimonio, salvo quanto previsto in materia di adozione e di potestà dei genitori.

5 Per un'analisi sulle scelte delle diverse esperienze europee, si veda D. Ferrari, *Lo status giuridico delle coppie same sex in Europa*, in AA.VV., *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, a cura di D. Ferrari, Padova, 2014, p. 9.

6 Ad esempio, venne imposta un'età minima per il consenso ai rapporti omosessuali più elevata rispetto a quella richiesta per i rapporti eterosessuali.

7 Si tratta della legge n. 82-683 del 4 agosto 1982, che si rese necessaria soprattutto al fine di regolamentare questioni di carattere pratico che riguardavano sia le coppie eterosessuali che quelle omosessuali, quali il diritto alla casa, la copertura sociale, i diritti successori.

Precedentemente, nel 1999, il legislatore francese aveva introdotto l'istituto del *Pacte civil de solidarité (Pacs)*, disciplinato dal Libro I del *Code civil* al capitolo I, integrato nel titolo XII, ove all'art. 515 esso veniva definito come “un contratto concluso da due persone fisiche maggiorenni, di sesso diverso o dello stesso sesso, per organizzare la loro vita in comune”⁸. Tali patti prevedevano meno formalismi rispetto al regime matrimoniale, essendo sufficiente sia per il perfezionamento che per lo scioglimento dell'unione presentarsi presso la cancelleria del tribunale del luogo di residenza della coppia.

La legge sui Pacs è stata accompagnata da accesi dibattiti politici, sfociati in un ricorso al *Conseil constitutionnel*, avente ad oggetto la legittimità del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso ed in particolare il contenuto degli articoli 75 e 144 del *code civil*, disciplinanti rispettivamente le formalità procedurali e l'età per contrarre matrimonio, i quali, secondo la *Cour de Cassation* nella *Décision de renvoi*, non contemplando persone dello stesso sesso, avrebbero potuto comportare una violazione dei diritti degli omosessuali, in relazione al principio della libertà personale, ai sensi dell'art. 66 della Costituzione, ed a quello della libertà di matrimonio (Preambolo alla Costituzione del 1946 e del 1958); a questi profili, si aggiunsero quelli sollevati da due associazioni per i diritti degli omosessuali intervenute nel giudizio di costituzionalità, riguardanti la violazione del diritto alla vita familiare (Preambolo alla Costituzione del 1946) e del principio di uguaglianza, sancito dall'art. 6 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*⁹.

Nella decisione, il *Conseil* ha avuto modo di confermare come l'assenza di una definizione degli istituti del diritto di famiglia nella Costituzione ha fatto sì che la loro disciplina fosse lasciata alla piena disponibilità del legislatore che, nel rispetto del principio di eguaglianza e del diritto familiare, ha sempre potuto definire le condizioni necessarie affinché la libertà di matrimonio fosse esercitata, con il vantaggio di una maggiore capacità evolutiva della materia. Sotto questo ultimo profilo, al fine di escludere ogni incompatibilità con i principi costituzionali, il Giudice costituzionale ha rimarcato che la disciplina codicistica, pur non contemplando il matrimonio per le coppie dello stesso sesso, già riconosceva la libertà per tali coppie a vivere in situazione di unione di fatto o anche di *Pacs*, con le conseguenze in termini di riconoscimento giuridico¹⁰.

8 Legge n. 99-944 del 15 novembre 1999.

9 A.M. Lecis Cocco Ortu, *Sul mariage homosexuel déciderà il Legislatore. Alcune riflessioni sulla decisione del Conseil constitutionnel a confronto con Corte cost. n. 138/2010*, su <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01730519>.

10 Cons. const. n. 2010-92 QPC del 28 gennaio 2011.

Dunque, il Conseil ha confermato la costituzionalità del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, rimarcando al contempo la discrezionalità del legislatore sulla disciplina dell'accesso all'istituto del matrimonio e, più in generale, in tutto l'ambito della famiglia che trova riscontro nella Costituzione del 1958, nel suo preambolo, il quale afferma che «La Nazione assicura all'individuo e alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo», in alcuni articoli della stessa, ove sono riconosciuti taluni diritti sociali connessi con lo status familiare, con particolare riferimento alla filiazione, e nell'art. 34, ove il matrimonio viene menzionato nell'elenco delle materie riservate al legislatore, unitamente alla cittadinanza, allo stato e alla capacità delle persone e la disciplina delle successioni.

A distanza di due anni dalla pronuncia del *Conseil*, l'Assemblea Nazionale francese ha approvato il progetto di legge portato avanti dal governo socialista di Françoise Hollande, che presentando una riforma di carattere sociale denominata “*mariage pour tous*”¹¹, proprio per indicare che l'unione matrimoniale non avrebbe dovuto riguardare solo un diritto per le coppie eterosessuali, ma anche per gli omosessuali, ha voluto allargare il concetto di matrimonio già esistente a gruppi diversi di persone che decidono di assumersi responsabilità e doveri reciproci.¹²

In tal modo si è attuata la definitiva equiparazione tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali.

Sulla scia della riforma francese anche il Regno Unito, nel 2013, ha approvato alla Camera dei Comuni il *Marriage Bill*, il provvedimento che riconosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso a far data dal 2014.¹³

La riforma è stata promossa dal primo Ministro David Cameron ed ha sollevato controversie e spaccature politiche all'interno della stessa maggioranza di Governo, soprattutto con le ali più conservatrici del partito, che volevano lasciare il matrimonio ad esclusivo appannaggio delle coppie eterosessuali, anche in considerazione del fatto che il Regno Unito ammetteva già dal 2005 le unioni tra persone dello stesso sesso (*Civil Partnership Act*), riconoscendo loro la possibilità di adottare e la possibilità

11 La legge approvata era ufficialmente denominata “*Taubira*” dal nome dell'allora Ministro della Giustizia francese Christiane Taubira, il quale l'aveva presentata nell'autunno del 2012, dopo l'annuncio nella campagna elettorale di Françoise Hollande, divenuto poi Presidente.

12 La riforma è stata oggetto di ricorso al *Conseil Constitutionnel* da parte dei partiti di opposizione, anche per via dell'apertura alla adozione per le coppie dello stesso sesso. Il Conseil, con decisione del 17 maggio 2013, ha dichiarato la conformità della nuova legge con la Costituzione francese. In particolare, riguardo all'adozione i Giudici costituzionali hanno rimarcato come «non rientri nella propria competenza sostituirsi al legislatore nella valutazione se l'identità di genere degli adottanti costituisca presupposto per l'accesso alla adozione».

13 La riforma è stata promulgata tramite assenso reale il 17 luglio 2013, modificando le leggi inglesi e gallesi in materia di matrimonio, eliminando il requisito della diversità del sesso degli sposi.

di usufruire delle tecniche di riproduzione medicalmente assistita.¹⁴

Il provvedimento, denominato *Marriage (Same-Sex Couples) Act 2013*, è stato così affiancato alla disciplina matrimoniale riservata alle persone di sesso diverso, rispetto alla quale ha tratti comuni, ma non si confonde, permanendo tra i due istituti alcune differenze.

Si può rilevare, in linea generale, come il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia simile ma non uguale al matrimonio tra persone di sesso differente; infatti, l'adulterio non è considerato nel matrimonio tra persone eterosessuali come condotta da porre alla base della domanda di separazione. Anche in relazione ai diritti genitoriali permangono differenze, attesa la mancata estensione della presunzione di genitorialità alla donna sposata con la madre biologica del nascituro; dunque, per i bambini nati da una donna durante il matrimonio con un'altra donna, la presunzione di genitorialità non ha effetto.

Sulla base del *Marriage (Same-Sex Couples) Act 2013*, le coppie inglesi che avevano registrato in passato una *Civil Partnership* hanno acquisito la facoltà di chiederne la conversione in matrimonio, dando efficacia retroattiva al vincolo matrimoniale. Inoltre, l'*Act* prevede che i matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero possano essere riconosciuti anche in Inghilterra e Galles.¹⁵

Giova evidenziare come anche nel Regno Unito le coppie dello stesso sesso possano scegliere di vincolare la loro unione con il matrimonio, considerato *gender-neutral*¹⁶, ovvero con l'istituto della *Civil Partnership*¹⁷, che resta invece destinato esclusivamente alle coppie omosessuali¹⁸, le quali possono fruire di uno strumento di riconoscimento ulteriore rispetto a quelle eterosessuali. La questione è stata portata all'attenzione della *English and Wales Court of Appeal*, la quale si è pronunciata con una

14 In Gran Bretagna è legale anche la pratica del c.d. «utero in affitto», purché non remunerata.

15 Anche in Scozia, dove vige una legislazione autonoma rispetto a quella inglese e gallese, con l'approvazione del *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014*, il Parlamento ha introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso, modificando le leggi locali in materia di matrimonio.

16 M. Simonelli, *Towards a gender-neutral marriage? Il riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali in Europa e in Italia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, 2, p. 445.

17 La *Civil Partnership* è preceduta dalla richiesta di registrazione che deve essere presentata all'autorità competente da almeno uno dei partner, ove deve essere dichiarata l'assenza di impedimenti (i contraenti devono aver compiuto i sedici anni di età e non devono essere vincolati da precedente matrimonio o *Civil Partnership* o da legami di parentela o di affinità); trascorsi quindici giorni dalla data di presentazione della richiesta, tempo nel quale viene data pubblicità alla celebrazione, attraverso l'affissione della stessa nel luogo in cui dovrebbe tenersi e nel luogo di residenza dei *partner*, in modo che chiunque ne abbia interesse possa sollevare eventuali eccezioni, si procede con la registrazione davanti all'ufficiale preposto e a due testimoni, entro il termine di un anno dalla richiesta di registrazione.

18 Un tratto differenziale tra matrimonio e *Civil Partnership* riguarda lo scioglimento dell'unione. Tra le cause, per il matrimonio è previsto il divorce, mentre per l'unione registrata la *dissolution*. Detta differenza non riguarderebbe solo il dato nominalistico, ma la stessa natura della relazione di coppia, posto che, da un lato, la non consumazione del rapporto non è contemplata tra le ipotesi di annullamento dell'unione, e, dall'altro, non è invece presente alcun richiamo all'adulterio quale causa di scioglimento. Sul punto, C. Troisi, *Le unioni civili tra nuovi modelli familiari e paradigmi genitoriali*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, *Quaderni*, Napoli, 2020, p. 172.

sentenza di rigetto delle istanze presentate da una coppia eterosessuale che, rifiutando il matrimonio perché considerato “istituzione patriarcale”, voleva contrarre un’unione civile.¹⁹ Successivamente, anche la Corte Suprema ha concluso che l’esclusione delle coppie eterosessuali per la stipula delle unioni civili viola l’art. 14 della Convenzione EDU in relazione all’art. 8 della stessa; dichiarazione questa che, tuttavia, come gli stessi giudici hanno sottolineato, non obbliga né il governo né il parlamento a prendere provvedimenti, per via del margine di apprezzamento «*in the timing of the introduction of legislative changes*» riconosciuto dalla Corte di Strasburgo agli Stati²⁰.

2_ LA GERMANIA: DALLA “EINGETRAGENE LEBENSPARTNERSCHAFT” ALL’APPROVAZIONE DELL’EMENDAMENTO “EHE FÜR ALLE”

Il 30 giugno 2017 il Bundestag ha approvato l’emendamento “*Ehe für alle*”, con cui la Germania ha riconosciuto il diritto per le persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio.

La legge, denominata *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personengleichen Geschlechts*, è entrata in vigore il 1 ottobre 2017²¹ ed ha rappresentato lo sbocco naturale di un percorso inaugurato dal legislatore tedesco nel 2004 con l’approvazione della *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts*, la legge che ha in larga parte eliminato le differenze che permanevano tra il matrimonio e le unioni registrate, inizialmente previste dalla *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartG) del 16 febbraio 2001²².

Tali differenze, mitigate anche dalla complessa opera di composizione realizzata in particolare dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*²³, comportavano una deviazione rispetto alle regole matrimoniali sotto molteplici aspetti, come quello del mantenimento e dello scioglimento dell’unione, oltreché

19 Si tratta della sentenza *Steinfeld & Anor v. The Secretary of State for Education*, 1 febbraio 2016, consultabile su www.lawandreligionuk.com.

20 La sentenza è consultabile su www.supremecourt.uk all’indirizzo <https://tinyurl.com/yb5nvb6s>.

21 La *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts* è stata pubblicata nel *BGBI.*, I, 28 luglio 2017, p. 2787 e ss.

22 Sulla disciplina delle convivenze registrate in Germania, v. C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme*, in *Famiglia*, 2016, p. 72 e ss.; S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 959 e ss.

23 Per il vero, una svolta determinante l’evoluzione della disciplina tedesca del matrimonio ha avuto inizio nel 2004, grazie ad una storica sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, che respinse la tesi secondo cui l’art. 6 del *Grundgesetz* avrebbe precluso ogni significativa equiparazione tra i due istituti ad opera della legislazione ordinaria. Sul punto e per un primo commento sulla nuova legge v. F. Azzari, *La legge sul matrimonio omosessuale*, su <http://www.rivistafamiglia.it/2017/07/06/la-legge-tedesca-sul-matrimonio-omosessuale/>.

specifiche distinzioni, determinate dalla protezione riconosciuta alla famiglia fondata sul matrimonio tra persone di sesso diverso dall'art. 6, comma 1, del *Grundgesetz*. In particolare, per gli uniti civilmente non era previsto un regime legale dei rapporti patrimoniali, essendo tenute le parti a stipulare un contratto per la regolamentazione dei loro rapporti economici ovvero a dichiarare la loro intenzione di optare per la *Ausgleichsgemeinschaft*, un istituto corrispondente alla *Zugewinnngemeinschaft*, ovvero la comunione degli incrementi patrimoniali prevista per i coniugi in mancanza di altra scelta; inoltre, l'unione civile non faceva nascere diritti previdenziali in caso di cessazione o scioglimento dell'unione, né godere di benefici fiscali, riservati esclusivamente alle persone di sesso diverso unite in matrimonio, così pure l'adozione, sia congiunta che quella del figlio del *partner*, era esclusa per gli uniti civilmente²⁴.

Nonostante le differenze, la costituzionalità del *Lebenspartnerschaftsgesetz* è stata fin da subito oggetto di accesi dibattiti sia da parte della dottrina, che da parte dei *Länder* della Baviera, della Sassonia e della Turingia, che impugnarono la legge dinanzi alla Corte costituzionale sostenendo, da una parte, la violazione del principio di uguaglianza, rispetto ai conviventi eterosessuali, che non avrebbero a disposizione tale strumento, e, dall'altra, l'esistenza di un vero e proprio *Abstandsgebotta*²⁵ l'istituto matrimoniale e la convivenza registrata, in conseguenza della previsione di cui all'art. 6, comma 1, del *Grundgesetz*²⁶, in ragione della quale il legislatore avrebbe dovuto garantire una particolare tutela alla famiglia fondata sul matrimonio e, pertanto, differenziare le forme di convivenza alternative a tale istituto.

Entrambe le questioni sono state rigettate dal *Bundesverfassungsgericht*, il quale ha affermato che la tutela riconosciuta alla famiglia ed al matrimonio non vietava il riconoscimento di diritti analoghi a quelli riservati ai coniugi ed, anzi, il legislatore era libero di introdurre istituti giuridicamente riconosciuti per le coppie formate da persone dello stesso sesso che non potevano accedere al matrimonio, il quale rimaneva l'unione per tutta la vita di un uomo e di una donna. Per tale ragione, il matrimonio non veniva danneggiato con l'introduzione di unioni civili non aperte alle coppie eterosessuali, che, d'altra parte, non erano matrimoni, ma relazioni giuridiche riconosciute²⁷.

24 Sul punto, F. Azzarri, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *NLCC*, 5, 2016, p. 1105 e ss.

25 Il termine si può tradurre come "obbligo di differenziazione". Tuttavia, per una puntuale disamina dello stesso v. *Bundesverfassungsgericht – BverfG – Federal Constitutional Court – Caso No 1 BvF 1/01* Luglio 2012, in *NJW*, 2002, p. 2543.

26 L'Art. 6, comma 1, del *Grundgesetz* recita: «*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung*».

27 Sul punto, v. A. Sanders, *Matrimonio, unione civile tra persone dello stesso sesso e Costituzione tedesca*, in *German Law Review*, Vol. 13, no. 08, 2012, p. 911 e ss, reperibile su https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol13-No8/PDF_Vol_13_No_08_911-940_Sanders.pdf.

In tale modo, la Corte costituzionale ha respinto la tesi secondo cui l'art. 6, comma 1, del *Grundgesetz* prevedeva una significativa differenziazione tra matrimonio ed altre forme unione, precisando, peraltro, che la Costituzione non richiedeva che le altre unioni fossero trattate meno favorevolmente rispetto al matrimonio e non sarebbe stato corretto interpretare la particolare protezione costituzionale dell'istituto matrimoniale come se vietasse di elaborare per le coppie dello stesso sesso una cornice di unione giuridica sulla falsariga del matrimonio.

La pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* ha così rappresentato l'avvio del percorso verso la piena equiparazione delle unioni civili al matrimonio, segnato da tre importanti riforme²⁸, che hanno progressivamente eliminato una serie di differenze artificiali rispetto al matrimonio, dettate esclusivamente per garantire un rispetto formale dell'art. 6, comma 1, della Costituzione, nell'ottica di prevenire i ricorsi di costituzionalità, che comunque non sono mancati²⁹.

28 Con il *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (LPartRÜG)* del 15 dicembre 2004, in *BGBI.*, 2004, I, 3396, entrato in vigore dal 1 gennaio 2005, il legislatore ha apportato notevoli modifiche alla disciplina delle unioni civili, tanto da renderla pressoché identica a quella del matrimonio. In particolare, la novità più rilevante della riforma è stata senz'altro l'introduzione della disposizione che permetteva al *Lebenspartner* l'adozione del figlio dell'altro. Tra le altre novità, si segnalano l'introduzione della disciplina della promessa di matrimonio, della comunione degli incrementi patrimoniali, come previsto per i coniugi, della parificazione con riguardo ai diritti successori, della contribuzione in modo adeguato alla *partnerschaftliche Lebensgemeinschaft*, dell'obbligo di mantenimento della prole adottata, del mantenimento in seguito allo scioglimento dell'unione. Successivamente, il *Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts und des Unterhaltsverfahrensrechts* del 21 dicembre 2007 è ulteriormente intervenuto sulle regole inerenti al mantenimento in costanza dell'unione civile e in seguito allo scioglimento della stessa. Infine, il *Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner* del 20 novembre 2015 è intervenuto a modifica di alcune norme di diritto civile, di diritto procedurale e di diritto pubblico che ancora comportavano un trattamento diverso tra coppie unite in matrimonio e coppie unite civilmente. In particolare, con tale ultimo provvedimento, il legislatore ha modificato il § 9, comma 7, LPartG, sull'adozione del figlio del convivente, inserendo il richiamo al § 1742 BGB - «*Annahme nur als gemeinschaftliches Kind - Ein angenommenes Kind kann, solange das Annahmeverhältnis besteht, bei Lebzeiten eines Annehmenden nur von dessen Ehegatten angenommen werden*». Offre una precisa analisi dell'evoluzione del quadro normativo tedesco sulle unioni civili F. Azzari, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, cit., p. 1105 e ss.

29 Così C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme*, cit., p. 74. Rispetto ai ricorsi di costituzionalità, con due ordinanze, rispettivamente del 2009 e del 2010, il *Bundesverfassungsgericht* ha rafforzato la piena legittimazione della *eingetragene Lebenspartnerschaft*, sostenendo che non solo non vigevo alcun *Abstandsgebot* a tutela del matrimonio eterosessuale, ma, anzi, doveva configurarsi un vero e proprio *Differenzierungsverbot* (divieto di differenziazione) con la convivenza registrata. Da rimarcarsi che in entrambe le pronunce il *Bundesverfassungsgericht* ha invertito la logica del proprio ragionamento e, partendo dal principio per cui la tutela giuridica riconosciuta alle convivenze registrate non ledeva di per sé quella apprestata alla famiglia e al matrimonio, doveva decidere se nei confronti delle altre forme di convivenza era riscontrabile una discriminazione e in quale misura. Nell'ordinanza del 2009 i giudici del *Bundesverfassungsgericht* hanno giudicato incostituzionale la norma che prevedeva un differente trattamento pensionistico di reversibilità tra chi avesse contratto matrimonio e chi, invece, fosse legato in una convivenza registrata, perché incompatibile con l'art. 3, Abs 1, della Costituzione tedesca. Nell'ordinanza del 2010, invece, oggetto della controversia era la legge che prevedeva che i superstiti di una coppia registrata dovessero pagare fino al 2008 una tassa ereditaria maggiore rispetto a quella a cui erano soggetti i coniugi di un matrimonio. Anche in tal caso, il Tribunale costituzionale ha affermato che tale normativa violava l'art. 3, Abs 1, della Costituzione. Sul punto, si veda in dottrina Günter Krings, *Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenenversorgung eingetragener Lebenspartner*, in *NVwZ* 2011, 26 ss.

La riforma del 2017 rappresenta dunque l'epilogo del percorso giurisprudenziale e legislativo durato poco più di quindici anni, durante il quale la volontà di differenziare il matrimonio dalle unioni civili si è via via mitigata, al fine di favorire il principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3, comma 3, della Legge fondamentale, che recita *“Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung”*³⁰; in tale contesto, si è ritenuto che l'art. 6, comma 1, del Grundgesetz non imponesse una tutela della famiglia fondata sul matrimonio tra due persone di sesso diverso, ma fosse per lo più il frutto della discrezionalità del legislatore³¹. Tale assunto è stato effettivamente confermato dal legislatore, con l'introduzione della nuova disciplina con legge ordinaria, senza seguire la procedura di revisione costituzionale³².

Sotto il profilo tecnico, il *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, con soli tre articoli, consente che tutta la disciplina sul matrimonio contenuta nel codice civile possa trovare applicazione anche alle coppie formate da persone di sesso uguale.

La novità fondamentale risiede nella modifica, ad opera dell'art. 1 della nuova Legge, del primo periodo del primo comma del § 1353 del *BGB*, che recita ora *«Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen»*³³; vi è da precisare che a tale novella non ha fatto seguito un adeguamento

Si veda altresì N. Dethloff, *Ehe für alle*, in *FamRZ*, 2016, 354; J. Wasmuth, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l'orientamento della Corte costituzionale tedesca*, in *Familia*, 2013, p. 503 e ss.. Peraltro, sul regime previdenziale della *Lebenspartner* era già intervenuta la Corte Europea dei diritti dell'Uomo, con la sentenza *Maruko*, dichiarando discriminatorie le distinzioni connesse esclusivamente al sesso della coppia. Sentenza della Grande Camera del 1 aprile 2008 - causa C 267/06 *Todao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, su cui L. Violini, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte alla sentenza Maruko: un dialogo tra sordi*, in *Quad. cost.* 2009, 410 ss e A.O. COZZI, *Il diritto alla pensione di reversibilità del partner di un'unione solidale registrata: la Corte di Giustizia al bivio tra il divieto comunitario di discriminazione in base all'orientamento sessuale e il diritto nazionale*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_giustizia/0002_cozzi.pdf. È importante rilevare come la giurisprudenza costituzionale del 2002 abbia dato origine ad una inversione di tendenza, per cui se nella prima decisione ad impugnare la legge sulle convivenze registrate erano i *Länder* conservatori, che volevano ottenere una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'istituto della *eingetragene Lebenspartnerschaft*, le successive decisioni, al contrario, erano oggetto di *Verfassungsbeschwerden* da parte di persone omosessuali che ritenevano violati i loro diritti, con particolare riguardo ai principi di uguaglianza, di dignità e di libero sviluppo della personalità.

30 Nessuno può essere discriminato o favorito per il suo sesso.

31 Secondo F. Azzarri, *La legge tedesca sul matrimonio omosessuale, cit., la riforma «portata a compimento riflette (...) l'acquisita consapevolezza degli effetti inclusivi che il principio di eguaglianza dispiega sulla declinazione civilistica del matrimonio, inteso come Beistandsund Verantwortungsgemeinschaft, e sulla garanzia costituzionale dello stesso: garanzia che, una volta fondata sulla natura di Solidargemeinschaft della Ehe, non può allora che estendersi a tutti i cittadini, a prescindere dal loro orientamento sessuale e da quelle letture 'originaliste' dell'art. 6 I GG che, se per un verso erano già state efficacemente confutate in dottrina, per altro verso risultavano ormai espressione di uno sforzo ricostruttivo di tipo formalistico, estraneo alla tela intessuta dalla giurisprudenza costituzionale, nella quale andava invece nitidamente emergendo non solo che tra i due modelli giuridici non vigeva alcun Abstandsgebot, ma che, anzi, doveva piuttosto valere un vero e proprio Abstandsverbot».*

32 Con il consenso di due terzi dei membri del *Bundestag* e del *Bundesrat* (art. 79, comma 2, del *Grundgesetz*).

33 «Il matrimonio è concluso per la durata della vita da due persone di sesso diverso o uguale».

a livello terminologico delle altre norme del codice relative al matrimonio, alcune delle quali continuano a presentare le parole «*Frau*» e «*Mannes*»³⁴. Si ritiene che si tratti di un mero difetto redazionale, determinato dalla velocità con cui la legge è giunta all'approvazione e, pertanto, i termini che non sono stati aggiornati si ritengono *sic et simpliciter* riferiti all'uno e all'altro coniuge³⁵.

Sempre l'art. 1 della nuova disciplina ha novellato il § 1309 del BGB, il quale al terzo comma prevede che l'uguaglianza di sesso tra coniugi non sia un impedimento al matrimonio non solo per i cittadini tedeschi, ma anche per gli stranieri che vogliano contrarre matrimonio in Germania, pur nel rispetto delle singole legislazioni nazionali; è, infatti, espressamente previsto dal medesimo comma che la disposizione non si applichi agli stranieri il cui Paese di origine non preveda la possibilità di concludere matrimoni tra persone dello stesso sesso³⁶.

L'art. 2 della nuova legge è intervenuto sui testi normativi diversi dal codice e, in particolare, sul *Personenstandsgesetz*, relativo alla disciplina dello stato civile, e sul *Lebenspartnerschaftsgesetz*, prevedendo la conversione delle convivenze registrate, esistenti al tempo di entrata in vigore della legge, in matrimonio, da farsi personalmente e contemporaneamente da entrambi i *partner*, mediante una dichiarazione rilasciata dinanzi all'ufficiale di stato civile³⁷.

La disciplina appena richiamata ricalca le disposizioni del BGB sulla conclusione del matrimonio e, in particolare, il § 1310 I S. 1 sul contenuto delle dichiarazioni dei nubendi e sulla necessità che esse vengano rese dinanzi all'ufficiale di stato civile ed il § 1311, a mente del quale dette dichiarazioni devono essere personali e contemporanee e non possono essere soggette a condizione o a termine.

L'art. 3 stabilisce, invece, che i diritti e gli obblighi dei partner dopo la conversione delle unioni registrate in matrimonio decorrono dal momento in cui si è costituita la convivenza e, come norma di chiusura, che «dall'entrata in vigore della legge non

34 Si vedano, tra gli altri, il § 1363 II BGB sulla scelta del cognome coniugale; il § 1363 II BGB sul regime legale della comunione degli incrementi patrimoniali.

35 Sul punto, F. Azzarri, *La legge tedesca sul matrimonio omosessuale*, cit., p. 798.

36 Così recita il novellato § 1309 III BGB «*Absatz 1 gilt nicht für Personen, die eine gleichgeschlechtliche Ehe eingehen wollen und deren Heimatstaat die Eingehung einer gleichgeschlechtlichen Ehe nicht vorsieht*».

37 In caso di dichiarazione ricevuta da un soggetto che non rivesta la qualifica di ufficiale di stato civile, si ritiene che il matrimonio sia inesistente («*Nicht-Ehe*») e il rapporto continui come unione civile. Così D. Schawab, *Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts. Informationen und Fragen*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2017, p. 1287. In caso di carenza degli altri requisiti previsti per la validità del matrimonio, si deve fare riferimento ai § 1310 II e III, 1311 e 1314 BGB. Sulla conversione dell'unione in matrimonio, la nuova legge ha novellato il § 20 della Sezione 5 del *Lebenspartnerschaft*, ove «una convivenza registrata viene trasformata in matrimonio se le due o i due partner, personalmente l'uno nei confronti dell'altro e alla loro contemporanea presenza, dichiarino di voler condurre insieme un matrimonio per la durata della vita. Le dichiarazioni non possono essere sottoposte a condizione o a termine. Le dichiarazioni producono effetto se sono rese dinanzi all'ufficiale di stato civile».

possono essere più costituite nuove convivenze».

Il divieto di costituire nuove convivenze registrate dimostra il chiaro intento del legislatore di non voler più distinguere tra diverse tipologie di unione e di volerle trattare tutte allo stesso modo, ragion per cui, il riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso non è più disciplinato da una normativa *ad hoc*, ma avviene con l'estensione del matrimonio anche a tali unioni³⁸; siffatta scelta, evidentemente dettata dall'intento di porre fine a qualsiasi forma di discriminazione, lascia tuttavia molte lacune, verosimilmente dettate dalla fretta con cui la riforma è stata approvata.

Si segnala, in particolare, la mancanza di adeguamento tra la nuova disciplina ed alcuni termini contenuti nel BGB, ove restano ancora diverse disposizioni che richiamano espressamente all'uomo e alla donna, per cui si ritiene che la terminologia debba essere letta in senso neutrale³⁹; inoltre, la nuova legge non disciplina espressamente le conseguenze specifiche nel caso in cui le dichiarazioni dei *Lebenpartner* non presentino i requisiti di validità previsti per la celebrazione del matrimonio. Anche in tal caso, si deve fare ricorso all'analogia, attraverso la lettura delle disposizioni codicistiche in tema di matrimonio⁴⁰.

Al di là dei tecnicismi della riforma, è evidente che essa abbia avuto come obiettivo principale quello eliminare definitivamente ogni forma di discriminazione dettata dall'orientamento sessuale ed affettivo, nel prisma di un mutato cambiamento di prospettiva in ambito civile e costituzionale, ove l'eguaglianza o la differenza di sesso non costituiscono più una ragione di trattamento differenziato⁴¹; a maggior ragione quando il concetto di famiglia è espressione di una realtà in cui rientra ogni nucleo ove vi siano dei minori che ricevono, dalla coppia o dal singolo, cura ed educazione⁴². E, dunque, la riforma deve essere senz'altro letta anche in termini di eguaglianza e di piena parificazione di tutti i figli, al di là del sesso dei genitori, posto che l'ordinamento tedesco riconosceva, già dal 2015, l'adozione del figlio del convivente registrato.

38 Così G. Varanese, *La Germania e il matrimonio tra persone dello stesso sesso* (EheöffnungsG), in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 7, 2018, p. 5.

39 D. Schwab, *Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, in *FamRZ*, 2017, p. 1285, parla di veri e propri «errori redazionali».

40 Sul punto, F. Azzari, «Ehe für alle»: *ragioni e tecnica della legge tedesca sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *NLCC*, 3, 2018, p. 795 e ss, richiama il § 1310 II e III BGB sulle ipotesi di sanatoria del matrimonio viziato e il § 1314 I BGB sull'invalidità del matrimonio, da applicarsi entrambi in via analogica.

41 M. Gattuso, *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 588, secondo il quale vi è stato un «progressivo slittamento del discorso giuridico sulla questione omosessuale, da questione di libertà (sessuale) a questione di eguaglianza».

42 F. Azzari, «Ehe für alle»: *ragioni e tecnica della legge tedesca sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, *cit.*, p. 822.

3_ LA SPAGNA

L'art. 32 della Costituzione spagnola del 1978 sancisce che «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*», mentre l'art. 39 garantisce la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia.

Nel 2005, con l'approvazione della *Ley* n. 13/2005, il legislatore spagnolo, non ritenendo necessaria una riforma del dettato costituzionale, ha esteso il matrimonio e la possibilità di accedere all'adozione congiunta alle coppie dello stesso sesso, intervenendo principalmente sull'art. 44 del *Código civil*, rubricato «*De los requisitos del matrimonio*», ove è stato aggiunto il secondo comma⁴³, che prevede uguali requisiti ed effetti per il matrimonio omosessuale rispetto a quello eterosessuale; inoltre, la *Ley* ha introdotto piccole modifiche linguistiche ad altri articoli del *Código civil*⁴⁴ ed alla *Ley* dell'8 giugno 1957 sul registro civile e, ove prima si leggeva «uomo» e «donna», «marito» e «moglie», «sposo e sposa», «padre» e «madre», adesso si parla di «coniugi», «consorti» o «progenitori», indicando in tal senso che le persone si possono sposare, indipendentemente dal fatto che esse siano dello stesso o di diverso sesso.

Il testo legislativo ha, inoltre, modificato l'art. 175 del *Código*, introducendo la possibilità dell'adozione co-parentale del figlio biologico del coniuge e l'adozione successiva del figlio di questi, realizzando, in tal modo l'equiparazione delle coppie dello stesso sesso non solo in termini di dignità giuridica del rapporto di coppia, ma anche in termini di tutela e valorizzazione dei rapporti genitoriali sociali non basati sulla procreazione, ma sul prevalente interesse della prole⁴⁵.

La riforma ha avuto un dirompente impatto sociale sia per via sua rilevanza storico-politica, trattandosi del primo Paese a maggioranza cattolica ad avere esteso l'istituzione matrimoniale anche alle relazioni omosessuali, sia per il cambiamento radicale che ha operato rispetto al concetto stesso di matrimonio, tradizionalmente inteso con riferimento a due *partner* eterosessuali, tanto che la legge è stata percepita da alcuni come un attacco alla famiglia ed ai valori sociali e religiosi da questa rappresentati nella società spagnola⁴⁶.

Contro tale previsione normativa è stato presentato un ricorso al *Tribunal*

43 Il secondo comma dell'art. 44 recita: «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*».

44 In particolare, sono stati novellati gli artt. 66 e 67 in tema di uguaglianza dei coniugi e doveri di solidarietà, ove le precedenti indicazioni «marito e moglie» sono state modificate con il più generico «coniugi»

45 C. Troisi, *Le unioni civili tra nuovi modelli familiari e paradigmi genitoriali*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, *Quaderni*, cit., p. 160.

46 C. Guerrero Picò, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Paesi europei. Spagna-dossier del servizio studi della Corte costituzionale*, su www.cortecostituzionale.it, 2010, p. 81 e ss.

Constitucional spagnolo da oltre cinquanta deputati del Gruppo parlamentare Popolare del Congresso dei deputati, secondo i quali il legislatore, con la *Ley 13/2005*, aveva di fatto snaturato non solo gli elementi fondamentali della struttura sociale spagnola, ma tutto l'insieme di regole normative costruite intorno ad essa nel corso della storia, trasformando il matrimonio, una «*institución de contornos precisos que responde a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie ... Categoría unánime en lo simbólico, en lo antropológico, en lo sociológico, en lo ético, y, por supuesto, como consecuencia de todo lo anterior, en lo jurídico*», in una *institución polisémica, borrosa y disponible*. Per gli estensori del ricorso la *Ley* modificava la concezione secolare, costituzionale e giuridica del matrimonio, come unione tra un uomo ed una donna, avendo riconosciuto in seno allo stesso le unioni tra persone dello stesso sesso⁴⁷.

La Consulta, con la decisione n. 198 del 2012, ha respinto il ricorso, rilevando che il motivo di incostituzionalità principale, ovvero quello che avrebbe potuto condurre all'accoglimento del ricorso nella sua interezza, riguardava la violazione del primo comma dell'art. 32 della Costituzione spagnola, secondo il quale «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*» e, in relazione a ciò, il precetto costituzionale si limita ad identificare i titolari del diritto al matrimonio, ponendo l'accento sulla *igualdad jurídica* tra l'uomo e la donna, e non i soggetti che possono esercitare lo *ius connubii*. Secondo i giudici costituzionali, tale precisazione trova giustificazione nell'affermazione dell'eguaglianza della donna rispetto all'uomo, quale formulazione essenzialmente anti-discriminatoria rispetto alla diseguaglianza tra i due sessi che vigeva nell'ordinamento civile pre-costituzionale.

Analogamente, la Consulta ha ribadito che, già dalla propria sentenza n. 25/1981, essa ha affermato la duplice natura, oggettiva e soggettiva, dei diritti fondamentali, che impone a tutti i poteri pubblici, incluso il legislatore, il loro rispetto in quanto diritti inerenti la persona ed a fondamento dell'ordine politico e della pace sociale. Da questo punto di vista, il diritto di contrarre matrimonio riconosciuto dalla

47 *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 198 del 6 novembre 2012, in *Boletín Oficial del Estado – BOE –* 28 novembre 2012, num. 268 e ss. Singolare anche l'argomentazione linguistica riportata dagli estensori del ricorso, fondata sulla definizione di matrimonio contenuta nel vocabolario della *Real Academia de la Lengua*: «*El criterio del sentido propio de las palabras empleadas en el art. 32.1 CE sirve a los recurrentes para sostener, en primer lugar, que la utilización del término «matrimonio» –y no de otros como «relación de convivencia» o «relaciones estables de familia»– resulta en sí misma significativa, puesto que su propio significado etimológico es revelador de su verdadera naturaleza. Aunque no existe plena coincidencia sobre la etimología latina del vocablo matrimonio, la idea predominante en las diversas derivaciones del mismo es la idea de «madre», que presupone la de engendramiento y la unión sexual entre un hombre y una mujer. De acuerdo con ello, el matrimonio equivale a un vínculo jurídico entre varón y mujer, no siendo casual que el diccionario de la Real Academia Española lo defina como la «unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales».*

Costituzione richiede non solo la protezione della libertà dell'individuo, ma anche un dovere del legislatore di tutelare i valori alla base delle relazioni *horizontales*.

Ciò significa che la Costituzione, consacrando un *Estado social y democrático de Derecho*, ha superato una visione strettamente individualista dei diritti, che si limitava a conferire un potere inviolabile dell'individuo dinanzi al potere pubblico o agli altri individui, come espressamente indicato nell'art. 10, comma 1, della Carta, che stabilisce come i diritti inviolabili relativi alla *persona son fundamento del orden político y de la paz social*.

In tal senso, l'apertura dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso non altera la *garantía institucional*, intesa, secondo la dogmatica costituzionalista spagnola, come garanzia dell'esistenza nell'ordinamento giuridico di un istituto con un contenuto predeterminato, quale appunto il matrimonio, bensì integra ed amplia la garanzia stessa, in armonia con l'evoluzione della coscienza sociale, individuando il nucleo essenziale della nozione matrimonio, come costituzionalmente garantita, nel concetto di *comunidad de afecto que genera un vinculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas con idèntica posición que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar*.

Il *Tribunal Constitucional*, ha ribadito la sentenza, deve svolgere un'interpretazione evolutiva quando viene chiamato a rispondere su questioni di legittimità delle norme, riconoscendo alle stesse un contenuto che permetta di leggere il testo costituzionale alla luce dei problemi contemporanei e delle esigenze della società attuale, alle quali le norme fondamentali devono dare risposta, onde evitare che si convertano in *letra muerta*; tale lettura evolutiva della Costituzione, che si presenta soprattutto nella categoria della *garantía institucional*, è strettamente connessa al concetto di *cultura jurídica*, che porta all'interpretazione del diritto non solo in senso letterale, bensì come un *fenómeno social* strettamente connesso alla realtà sociale giuridicamente rilevante, nella quale viene riconosciuta forza giuridica al fatto, alle opinioni della dottrina e degli organi consultivi dell'ordinamento, al diritto comparato sviluppatosi in ambienti socio-culturali vicini e, per quanto riguarda la costruzione della cultura giuridica dei diritti, l'attività internazionale degli Stati manifestata nei Trattati internazionali, nella giurisprudenza degli organi internazionali che li interpretano e nei pareri elaborati dagli organismi internazionali competenti delle Nazioni Unite, nonché dalle organizzazioni internazionali riconosciute.

Inoltre, guardando al diritto comparato emerge che, negli ultimi anni, numerose democrazie occidentali hanno elaborato strumenti normativi volti all'equiparazione dei diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso a quelli delle coppie di

sesso differente⁴⁸; tale evoluzione, che rappresenta l'esistenza di una nuova *imagen* del matrimonio, secondo una *concepción plural*, può trovare accoglimento nella cultura giuridica spagnola⁴⁹ ed è grazie ad essa che il legislatore spagnolo ha potuto estendere l'istituto matrimoniale alle coppie *same sex*.

In ordine alla possibilità dell'adozione congiunta dei minori estesa dalla *Ley* 13/2005 alle coppie omosessuali, la Consulta spagnola ha affermato come la legge non riconosca un diritto fondamentale ad adottare ed, anzi, preveda adeguate procedure che regolano l'adozione nazionale (artt. 175 e ss. *Código Civil* e *Ley Orgánica* 1/1996 sulla protezione del minore) ed internazionale (*Ley* 54/2007 sull'adozione internazionale), a tutela del superiore interesse del minore nel procedimento di adozione, come garantito peraltro dall'art. 21 della Convenzione dei diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata anche dalla Spagna il 30 novembre 1990.

Ne consegue che l'eventuale violazione dell'art. 39 della Costituzione spagnola⁵⁰ si configurerebbe solo nel caso in cui la legge non garantisse, nel procedimento di adozione, la tutela dell'interesse del minore; circostanza questa che non riguarda la legittimità della *Ley* 13/2005, in quanto l'art. 176 del *Código* stabilisce che il provvedimento finale di adozione deve sempre tener conto dell'interesse dell'adottando e dell'idoneità dell'adottante o degli adottanti per l'esercizio della *padria potestad*,

48 La sentenza richiama espressamente gli Stati che hanno legiferato in materia: «*Cuando se aprobó en España la Ley 13/2005, aquí cuestionada, sólo los Países Bajos (Ley de 2000), Bélgica (Ley de 2003), y el Estado de Massachusetts en EEUU (Sentencia de la Supreme Judicial Court, Goodridge v. Department of Public Health, de 2004) reconocían el matrimonio entre personas del mismo sexo. Desde entonces la institución se ha reconocido también en otros ordenamientos como los de Canadá (Civil Marriage Act de 2005), Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006), Ciudad de México (Ley de 2009), Noruega (Ley de 2009), Suecia (Ley de 2009), Portugal (Ley núm. 9/2010), Islandia (Ley de 2010), Argentina (Ley de 2010), Dinamarca (Ley de 2012) y en varios Estados de Estados Unidos de América, en algunos casos a resultas de la interpretación judicial, en otros de la actividad del legislador [Connecticut -2008-, Iowa -2009-, Vermont -2009-, New Hampshire -2010, Distrito de Columbia (Washington) -2010-, y New York -2011-]*». Inoltre, richiama gli Stati che hanno riconosciuto effetti alle unioni civili tra persone dello stesso sesso: «*Sin detenernos en ese mayor o menor nivel de equiparación de efectos entre matrimonio y unión civil, hemos de recordar aquí la regulación de la unión civil que se hace, en el ámbito europeo, en Francia (1999), Alemania (2001), Finlandia (2001), Luxemburgo (2004), Reino Unido (2004), Andorra (2005), República Checa (2006), Suiza (2007) Austria (2010), o Liechtenstein (2011). En el mismo sentido varios países de la comunidad iberoamericana de naciones también han regulado o aceptado por la vía de la interpretación jurisprudencial la unión civil de personas del mismo sexo, siendo éste el caso de Colombia (2007), Uruguay (2008), Ecuador (2009), y Brasil (2011). Otros países, por fin, no han establecido regulación alguna ni de las uniones de hecho ni de matrimonios entre personas del mismo sexo*».

49 In tal senso anche A. G. PARISI, «*Arcipelago famiglia*»: dalla 'famiglia di Elau' al diritto di famiglia, in www.comparazionedirittocivile.it, p. 20.

50 L'art. 39 CE recita: «*1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*».

senza che l'orientamento sessuale della coppia possa rappresentare, di per sé, una ragione idonea ad escludere l'adozione del minore.

4_ GLI U.S.A.: LA SENTENZA OBERGEFELL V. HODGES

Un'indagine sulle unioni tra persone dello stesso sesso non può prescindere dallo studio della disciplina statunitense, posto che la valenza propulsiva degli orientamenti emersi, sotto il profilo giuridico e su quello sociologico, impone di guardare all'evoluzione della materia non solo nella prospettiva dell'osservazione di un modello straniero, ma anche come fonte dei flussi giuridici che hanno riguardato il diritto di famiglia negli ultimi anni, con particolare attenzione all'influenza che essa ha avuto nella giurisprudenza delle Corti europee⁵¹.

In particolare, nel giugno del 2015, la decisione *Obergefell v. Hodges*, resa dalla Corte Suprema Federale, che ha riconosciuto il diritto al matrimonio per le coppie *same sex* in tutti gli Stati federali, non solo ha suscitato un vasto eco entro i confini statunitensi, per le ragioni che si esporranno a breve, ma ha influito sulla giurisprudenza della Corte EDU, la quale, nel caso *Oliari e altri c. Italia*, ha dedicato un'intera pagina della sua motivazione alla descrizione della decisione americana, stabilendo quello che la dottrina ha definito un «perfetto “dialogo” orizzontale tra corti».

In particolare, nel giugno del 2015, la decisione *Obergefell v. Hodges*, resa dalla Corte Suprema Federale, che ha riconosciuto il diritto al matrimonio per le coppie *same sex* in tutti gli Stati federali, non solo ha suscitato un vasto eco entro i confini statunitensi, per le ragioni che si esporranno a breve, ma ha influito sulla giurisprudenza della Corte EDU, la quale, nel caso *Oliari e altri c. Italia*⁵², ha dedicato un'intera pagina della sua motivazione alla descrizione della decisione americana, stabilendo quello che la dottrina ha definito un «perfetto “dialogo” orizzontale tra corti»⁵³.

Ciò in quanto la decisione, oltre a rappresentare una vittoria nelle battaglie

51 F. Viglione, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, in *NGCC*, 2015, II, p. 589 e ss. L'A. definisce la sentenza *Obergefell v. Hodges* di «portata dirompente», in quanto «concorrono numerosi fattori, tra i quali un ruolo preminente gioca la fascinazione che il diritto degli Stati Uniti esercita su tutti i Paesi occidentali, quando si tratta di questioni legate alla protezione dei diritti fondamentali».

52 Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, cit.

53 M. M. Winkler, *Il piombo e l'oro: riflessioni sul caso Oliari c. Italia*, in *GenIUS*, III, 2016, p. 56. Sul tema del dialogo tra Corti, si rimanda a A. Sperti, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell'esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, Pisa, 2006; G. de Vegottini, *Oltre il dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle corti costituzionali*, Pisa, 2013.

affrontate contro tutte le forme di discriminazioni omofobiche, ha favorito il rafforzamento dei diritti fondamentali della persona, tra i quali risulta la libertà di contrarre matrimonio anche tra persone dello stesso sesso, con tutte le conseguenze che ne derivano, di natura giuridica, patrimoniale, successoria, tributaria e di politica sociale.

Nello specifico, la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale la limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali sulla base del XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America⁵⁴, in cui trovano espressione la tutela della libertà individuale (*Due Process of Law*) ed il principio di eguaglianza (*Equal protection Clause*), inserendosi così nel solco tracciato da trentasei Stati della Confederazione, che già avevano riconosciuto e disciplinato i matrimoni tra persone dello stesso sesso, ed inaugurato dalla Corte Suprema Statale del Massachusetts nel 2003, con il caso *Goodridge v. Department of Public Health*, ove si è posto l'accento proprio sul principio di eguaglianza, condannando la discriminazione perpetrata nei confronti delle persone dello stesso sesso con la negazione loro del diritto al matrimonio⁵⁵.

Un provvedimento, quello della Corte Suprema, che, rilevando un contrasto tra divieto dei matrimoni omosessuali ed i citati principi costituzionali, ha attuato il riconoscimento al matrimonio tra persone dello stesso sesso per via giudiziaria, invalidando di fatto tutte le norme statali, costituzionali e non, che negli anni erano state introdotte a tutela dei matrimoni tra *opposite-sex couples*.

In riferimento a tale scelta e prima di illustrare le ragioni che la Corte Suprema ha esposto a sostegno della decisione, è opportuno riportare brevemente le *dissenting opinions* della minoranza dei giudici⁵⁶, i quali hanno inteso rimarcare la propria contrarietà in relazione alla legittimità della Corte di decidere in merito al tema del matrimonio, in quanto tale compito sarebbe dovuto spettare esclusivamente al potere democratico rappresentato dal Governo, evidenziando, in tal modo, la tensione che spesso emerge nel sistema americano tra il formante legislativo e quello giurisprudenziale.

È utile evidenziare come il Presidente della Corte, il giudice Roberts, da conservatore moderato, non si sia espresso in modo negativo sull'apertura al matrimonio *same sex*⁵⁷, ma abbia definito la decisione della maggioranza come «an

54 La decisione ha accorpato la richiesta di quattordici coppie omosessuali e di due uomini i cui partner erano defunti, i quali sostenevano che era dovere dello Stato di autorizzare i matrimoni tra persone dello stesso sesso, come pure era dovere, derivante dal XIV emendamento della Costituzione federale, quello di riconoscere i matrimoni celebrati in un altro Stato.

55 *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 NE2d 941 (Mass. 2003). In tale decisione, la Corte aveva ritenuto che limitare «*protections, benefits, and obligations*» ai matrimoni tra persone di sesso diverso violava le premesse di base della libertà individuale e della eguaglianza tutelate dalla Costituzione del Massachusetts.

56 Quattro dei nove giudici Supremi hanno espresso la loro contrarietà alla decisione.

57 «*Understand well what this dissent is about: It is not about whether, in my judgment, the institution of marriage should be changed to include same-sex couples*».

act of will, not legal judgment»; secondo il giudice, la Corte Suprema non poteva sostituirsi alle assemblee legislative elette per approvare le leggi, in quanto «*under the Constitution, judges have power to say what the law is, not what it should be. The people who ratified the Constitution authorized courts to exercise “neither force nor will but merely judgment”*»⁵⁸ e quand’anche la Corte avesse ritenuto di riconoscere un diritto fondamentale implicito, avrebbe dovuto farlo quando tale diritto fosse oggettivamente radicato nella storia e nella tradizione americana; secondo il giudice Roberts il matrimonio tra persone dello stesso sesso mancava di detto requisito, posto che oltre metà degli Stati americani non riconosceva tale diritto.

Inoltre, seguendo il ragionamento, la Corte non avrebbe potuto imporre la trasformazione di un’istituzione sociale che «*has formed the basis of human society for millenia, for for the Kalahari Bushmen and the Han Chinese, the Carthaginians and the Aztecs*», solo perché i giudici di maggioranza avevano confuso le proprie «*preferences with the requirements of the law*»; la *due process clause*, infatti, nel *judicial self restraint*, impone alla Corte Suprema di non applicare proprie convinzioni personali o determinate teorie nella valutazione di legittimità di una legge.

Sugli stessi argomenti è stata impostata l’opinione del giudice Scalia, che tuttavia ha usato toni maggiormente accesi nel definire la decisione come una «minaccia per la democrazia americana»⁵⁹ sempre per via della mancanza di legittimità, a suo avviso, del potere giurisdizionale di decidere su questioni di competenza esclusiva del legislatore statale. Egli, in particolare, nel definire la decisione come una pratica di revisione costituzionale da parte di un «*unelected committee of nine*», ha ritenuto che la stessa sottraesse al popolo la libertà più importante affermata nella Dichiarazione di Indipendenza: «*the freedom to govern themselves*». Inoltre, egli ha ritenuto l’applicazione della *Equal protection Clause* un abuso perpetrato da alcuni giudici, che «*identifies nothing except a difference in treatment*», abuso questo che la Corte non avrebbe dovuto permettere.

Anche l’intervento del giudice Thomas ha riguardato essenzialmente l’uso distorto della *Due Process Clause*, erroneamente applicata, a suo avviso, come fonte di diritti sostanziali, senza che vi fosse invece una effettiva lesione della vita, della libertà e della proprietà; una distorsione del testo costituzionale, guidata dall’opinione personale di alcuni giudici sulla natura dei «*fundamental rights*» protetti dalla Costituzione. Egli ha evidenziato, in particolare, come la libertà dei ricorrenti non sia mai stata lesa, ma, al contrario, come essi siano stati liberi di convivere e di crescere i loro bambini in pace, di celebrare matrimoni civili, ove consentito, cerimonie religiose private in tutti gli Stati, viaggiare liberamente in

58 «*But this Court is not a legislature*».

59 «*I write separately to call attention to this Court’s threat to American democracy*».

tutto il Paese e stabilire la propria residenza dove essi desideravano⁶⁰.

Secondo Thomas, neppure il richiamo alla protezione della dignità umana poteva essere invocato a sostegno della clausola basata sul «*giusto processo*», posto che la dignità umana, negli Stati Uniti, è sempre stata considerata innata, come proclamato nella Dichiarazione di Indipendenza, «*all men are created equal*» e «*endowed by their Creator with certain unalienable Rights*», riferendosi ad una visione intrinseca dell'umanità, in cui tutti gli uomini sono creati ad immagine di Dio. E detta visione sarebbe il fondamento su cui sono stati costruiti gli stessi Stati Uniti.

Si unisce alle precedenti anche l'opinione del giudice Alito, il quale ha posto l'accento sulla possibile «*irremediable corruption of our legal culture's conception of constitutional interpretation*», che, secondo lui, avrebbe dovuto preoccupare gli americani «*about what the majority's claim of power portends*».

Tutte le *dissenting opinion* si sono focalizzate sulla critica al potere giudiziario maggioritario all'interno della Corte Suprema che, a parere dei quattro giudici dissenzienti, ha voluto decidere su una questione di competenza esclusiva degli Stati, senza legittimazione alcuna, e, dunque, sull'auspicio di una regolamentazione della materia attraverso la maggioranza del potere politico, unica espressione di democraticità, in quanto voluta dal popolo⁶¹.

La base del ragionamento logico-argomentativo dei giudici di maggioranza si è invece sostanziata sulla nozione di matrimonio e sull'idea di famiglia che, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, la società naturale ha elaborato, tracciando un percorso evolutivo in cui i nuovi modelli hanno rafforzato e non indebolito l'istituto matrimoniale⁶² e la conseguente diversa concezione del matrimonio ha ampliato la dimensione delle libertà per le nuove generazioni.

Questa dinamicità ha coinvolto tutti gli Stati, le cui esperienze, nel corso degli anni, hanno dovuto necessariamente confrontarsi con le istanze di libertà e di riconoscimento giuridico delle relazioni tra persone omosessuali, che talvolta sono state etichettate come immorali, fino a definire l'omosessualità come una malattia e solamente gli sviluppi culturali e politici hanno consentito alle coppie dello stesso sesso di condurre una vita pubblica.

60 Più precisamente: «*Petitioners cannot claim, under the most plausible definition of "liberty," that they have been imprisoned or physically restrained by the States for participating in same-sex relationships. To the contrary, they have been able to cohabit and raise their children in peace. They have been able to hold civil marriage ceremonies in States that recognize same-sex marriages and private religious ceremonies in all States. They have been able to travel freely around the country, making their homes where they please. Far from being incarcerated or physically re- strained, petitioners have been left alone to order their lives as they see fit*».

61 Giova ribadire che i giudici dissenzienti hanno condiviso le argomentazioni della maggioranza in merito alla questione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso.

62 Si legge nel *Syllabus* della sentenza: «*These new insights have strengthened, not weakened, the institutions*».

L'estensore della pronuncia, il giudice Kennedy⁶³, nella *opinion of the Court*, ha evidenziato la centralità del matrimonio per la condizione umana, rilevando come l'istituto sia esistito per millenni ed abbia attraversato civiltà, trasformando estranei in parenti, legando famiglie e società, con l'espresso richiamo a Confucio, secondo il quale il matrimonio «*lies at the foundation of government*». In tale ottica, egli ha rammentato che l'esaltazione del matrimonio non trova limiti né di spazio né di tempo ed essa è argomentata in una molteplicità di testi, che rendono trasversale la riflessione prodotta dall'intelletto umano rispetto all'istituto del matrimonio in ogni ambito della cultura, dalla filosofia all'arte, fino alle fedi religiose.

La valorizzazione dell'istituto matrimoniale ha dunque condotto i giudici della maggioranza alla conclusione che il matrimonio rappresenta un diritto fondamentale, in quanto una delle decisioni «*più intime che un individuo possa prendere*», al pari delle scelte riguardanti la contraccezione, le relazioni familiari, la procreazione e la cura dei figli, tutte protette dalla Costituzione⁶⁴ e, per tale ragione, esso «*is among life's momentous acts of self-definition*». Dunque, se il matrimonio è inerente al concetto di autonomia individuale e se la sua natura è tale per cui attraverso un legame duraturo due persone possono realizzare altre libertà, ciò è vero per tutti gli individui, qualunque sia il loro orientamento sessuale, in quanto «*there is dignity in the bond between two men or two women who seek to marry and their autonomy to make such profound choices*».

Nell'esaltazione del matrimonio, passaggio fondamentale della decisione ha riguardato il richiamo alla giurisprudenza precedentemente elaborata in materia di *Due Process Clause*, utilizzata dalla Corte per affermare che il diritto al matrimonio discendeva da un diritto al matrimonio «senza aggettivi»⁶⁵, a prescindere dal sesso dei coniugi, e non configurava, invece, un nuovo diritto fondamentale⁶⁶; per configurare tale ultima ipotesi, il matrimonio tra persone dello stesso sesso sarebbe dovuto essere radicato nella storia e nella tradizione americana, come è stato dichiarato in passato per altri diritti⁶⁷.

Dunque, il fondamento del diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso è stato individuato nella sintesi tra la tutela della libertà individuale e il principio di eguaglianza, la cui interpretazione ha permesso alla Corte di invalidare le leggi che

63 Il giudice Kennedy è stato estensore di altre importanti pronunce per i diritti delle persone omosessuali, fra le quale meritano menzione *Lawrence v. Texas* e *Windsor v. United States*, 539 U.S. 558 (2003).

64 Al riguardo, i giudici richiamano espressamente la decisione *Lawrence v. Texas*, cit.

65 A. Sperti, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell'esperienza più recente*, cit., p. 11.

66 In relazione a tale affermazione, il matrimonio tra persone dello stesso sesso è stato equiparato in termini di libertà e di autonomia individuale al matrimonio interrazziale, riconosciuto dalla Corte in senso lato nel caso *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978).

67 Tra tutti, la Corte richiama la pronuncia *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), in materia di suicidio assistito.

escludevano le coppie dello stesso sesso dal matrimonio civile e concludere che «*the right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty*».

Questi aspetti ad unisono enucleano un diritto al matrimonio nel senso “universale” del termine, non come un nuovo diritto, ma come un’ulteriore manifestazione del tradizionale diritto al matrimonio, sul presupposto che esso rappresenta l’unico strumento in grado di definire con pienezza i diritti e i doveri delle coppie che intendono condividere in modo stabile il loro percorso di vita⁶⁸; ciò è stato possibile a partire dalla decisione *Lawrence v. Texas*, in cui i giudici americani hanno preso coscienza che l’impianto argomentativo doveva essere modulato sulla centralità dell’istituto matrimoniale e non su quella dei soggetti da tutelare, di modo che la rilevanza sociale del matrimonio fosse idonea a ritenere vietata ogni limitazione al suo accesso.

Da precisare, inoltre, che la Corte, nella *opinion*, ha illustrato le ragioni del proprio intervento, come a voler placare le critiche circa la legittimità della stessa di sostituirsi al potere legislativo; essa ha chiarito, con toni piuttosto pacati e riconoscendo il valore più elevato del processo decisionale democratico⁶⁹, il proprio ruolo di organo maggiormente idoneo alla tutela dei diritti fondamentali, soprattutto nei casi in cui l’opinione pubblica non condivide e il legislatore si rifiuta di intervenire, sul fondamento che l’idea stessa della Costituzione «*was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts*»⁷⁰. Questa è la ragione per cui «*fundamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections*».

Dalla sintesi dei capisaldi dell’apparato argomentativo sviluppato nella decisione⁷¹, appare evidente che la Corte abbia voluto escludere il tema del riconoscimento del matrimonio “per tutti” dal panorama politico, ritenuto incapace di scelte unidirezionali in tema di diritti fondamentali ed anzi foriero di disuguaglianza per via del differente tessuto sociale e politico degli Stati appartenenti alla Confederazione.

68 F. Viglione, *Obergefell v. Hodges*: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione, cit., p. 593.

69 «*When the rights of persons are violated, “the Constitution requires redress by the courts,” notwithstanding the more general value of democratic decisionmaking*».

70 A tal proposito, è citata la pronuncia *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 638 (1943).

71 La valorizzazione dell’istituto matrimoniale è stata argomentata dalla Corte anche con riferimento alla filiazione. In particolare, il giudice Kennedy ha affermato che il diritto al matrimonio merita tutela costituzionale poiché esso «*safeguards children and families and thus draws meaning from related rights of child rearing, procreation, and education*».

La pronuncia in parola rappresenta così la conclusione del percorso intrapreso nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso dalla giurisprudenza della Corte Suprema⁷², che, da una parte, ha risposto alle istanze di riconoscimento del *right to marry* indipendentemente dall'orientamento sessuale, e, dall'altra, ha via via superato l'incertezza giuridica legata alle differenti legislazioni degli Stati della Confederazione, per cui un matrimonio *same sex* celebrato in uno Stato poteva essere ritenuto non valido in un altro Stato, con tutte le implicazioni di natura personale, sociale e giuridica che ne conseguivano.

Risulta evidente che la declinazione universale del matrimonio voluta dalla Corte Suprema ha risposto perfettamente alla ricerca della "libertà" del popolo americano, oggetto di continua scoperta da parte delle nuove generazioni e baluardo di ogni battaglia per riconoscimento di nuovi diritti, che i giudici Supremi hanno voluto evidenziare con la seguente affermazione: «*the right of same-sex couples to marry that is part of the liberty promised by the Fourteenth Amendment is derived, too, from that Amendment's guarantee of the equal protection of the laws*».

La decisione Obergefell ha segnato, dunque, uno dei passaggi più significativi della storia americana, ragion per cui è considerata la più rilevante pronuncia in tema di diritti civili dopo il caso *Roe v. Wade*⁷³, che, nel 1973, riconobbe il diritto all'aborto.

Non solo; in un'ottica comparatistica essa appare capace di suggerire un diverso itinerario evolutivo che può condurre l'interprete ad adattare l'istituto matrimoniale al mutato contesto sociale, differente dalla tradizione nei presupposti soggettivi e nel contempo necessitato dai principi costituzionali, in cui le dinamiche familiari possono essere ripensate, in funzione del superamento di un unico modello familiare e di nuovi diritti fondamentali, che l'ordinamento è chiamato a garantire.

72 Nel 1996, la Corte Suprema Federale dichiarò la nullità di un emendamento della Costituzione del Colorado, che stabiliva che nessuna istituzione dello Stato poteva emettere alcun tipo di norma, regolamentazione e disciplina che conferisse alle persone omosessuali una tutela o una pretesa di discriminazione. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

73 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

5_ ALCUNI PAESI LATINOAMERICANI: L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA MATRIMONIALE IN ARGENTINA

L'evoluzione della disciplina matrimoniale nei Paesi latinoamericani⁷⁴, ovvero quelli “culturalizzati”⁷⁵ dalle monarchie Spagnola (Castigliana), Portoghese e, in misura minore, dalla Francia⁷⁶, offre un importante punto di riflessione per quel che riguarda la rilevanza del formante giurisprudenziale nel riconoscimento delle unioni omoaffettive.

La disciplina attualmente vigente in Argentina è il frutto, principalmente, del riconoscimento del matrimonio anche per le coppie omosessuali ad opera della giurisprudenza, che, nel novembre 2009, ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme del *Código*⁷⁷ che limitavano l'accesso all'istituto matrimoniale alle sole coppie eterosessuali⁷⁸.

Nella decisione, in particolare, è stato ricostruito l'itinerario evolutivo del matrimonio a partire dai cambiamenti sociali avvenuti a seguito dell'indipendenza del Paese; il giudice di Buenos Aires ha riconosciuto che non tutti i cambiamenti nell'ambito della famiglia hanno avuto un'origine legislativa, dovendo attribuire un ruolo fondamentale alla giurisprudenza, chiamata a correggere la definizione stessa dell'istituto, in favore di un concetto ben più ampio, identificativo delle diverse «*formas que... [la familia] ha adoptado (...) como nos lo enseñan la antropología y la historia*» (Fallos: 308:2268).

74 Questa non è da confondere con l'espressione “ibero-americani”, con la quale ci si riferisce all'organizzazione degli Stati ibero-americani fondata nel 1949 sotto la forma di un'agenzia internazionale denominata “Ufficio dell'educazione latino-americana”, trasformata nel 1954 nell'attuale Organizzazione internazionale degli Stati ibero-americani per la cooperazione nei campi dell'educazione, della scienza e della cultura, nel contesto di uno sviluppo integrale, di cui fanno parte le Nazioni dell'America e dell'Europa che parlano il portoghese o lo spagnolo, oltre alla Guinea Equatoriale. Con “Latino-America” o “Sistema Latino Americano” ci si riferisce ad una visione anti-inglese, promossa dalla Francia bonapartista, al fine di contrapporre anche nel continente americano, come in quello europeo, un mondo latino ed un mondo anglosassone. Per un approfondimento sull'argomento si veda P. L. Carbone, *Latin American System*, in http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/carbone_latino.pdf.

75 Questi Paesi hanno recepito il diritto romano, come spiega F. Hinestrosa, *Influenza del diritto privato italiano in america latina*, in *Saggi Latino-america*, in fase di pubblicazione.

76 Come precisa F. Hinestrosa, *Influenza del diritto privato italiano in america latina*, in *Saggi Latino-america*, in fase di pubblicazione, il diritto romano “adeguato al modo di essere e alle circostanze, nelle varie accezioni dell'aggettivo ‘volgarizzato’, penetrando come strumento di formazione accademica e professionale, attraverso le università, cominciando da quella di Bologna, e del *mos italicus*, rivisto e restaurato come ordinamento sussidiario. Così si trapiantò in America, adeguato con specifiche disposizioni al Regno delle Indie”

77 Si trattava dell'art. 172 del *Código Civil*. Successivamente, con la Ley 26.994 del 7 ottobre 2014, il Parlamento argentino ha approvato il nuovo Codice Civile e Commerciale (CCyC), entrato in vigore il 1 agosto 2015, in anticipo (giusto il disposto della Ley 27077/2014) rispetto all'originario termine del 1 gennaio 2016. Tale Codice è noto anche come Código Lorenzetti, dal nome del Presidente della Corte Suprema Argentina, che ha presieduto la Commissione.

78 Si è trattato del ricorso presentato al giudice del contenzioso amministrativo della città di Buenos Aires da una coppia di persone dello stesso sesso (i signori Alex Freyre e José María di Bello). La sentenza integrale si può leggere su: <http://www.dosmanzanas.com/wp-content/uploads/2010/01/Caso-Freyre-Alejandro-contra-GCBA-sobre-Amparo-Art.-14-CCABA---Expte-3429201.pdf>.

La sentenza ha inaugurato una linea argomentativa tesa ad evidenziare il carattere intrinsecamente dinamico dell'istituto matrimoniale ed ha posto l'accento sul collegamento fra il paradigma eterosessuale del matrimonio e quello del sentimento omofobico, facendo riferimento al linguaggio diffuso nel mondo, ricco di espressioni lesive della dignità degli omosessuali, e, a tal proposito, ha richiamato altresì la legge sull'unione civile, che, secondo il giudice, oltre a garantire minori diritti rispetto al matrimonio, in termini simbolici, è rafforzativa dello stereotipo, del biasimo e della mancanza di approvazione e di riconoscimento delle differenti sessualità.

Aspetti questi che sono stati superati con la *Ley n. 26618/2010*, con la quale l'Argentina ha approvato il c.d. '*matrimonio igualitario*', che ha modificato l'art. 172 del *Código Civil*, attraverso la sostituzione della formula "marito e moglie" con l'espressione '*contrayentes*'; successivamente, il Parlamento argentino ha approvato il nuovo Codice Civile e Commerciale (CCyC)⁷⁹, che sostituisce il precedente Codice civile approvato nel 1869 ed il Codice del commercio del 1889.

Il nuovo testo ha ampliato le possibilità per le coppie, sia di sesso diverso che dello stesso sesso, di disciplinare i loro rapporti, introducendo, accanto alla disciplina matrimoniale (artt. 401-445), le *uniones convivenciales* (artt. 509-528), con le quali vengono regolamentate le unioni affettive di natura «*singular, pública, notoria, estable y permanente*» di due persone che convivono e condividono un progetto di vita comune, siano esse dello stesso o di differente sesso⁸⁰.

Tra i requisiti è richiesta la maggiore età dei contraenti, l'esclusione di qualsiasi vincolo di parentela, in linea retta, in tutti i gradi, e in linea collaterale fino al secondo grado, oltreché per affinità in linea retta, la libertà di stato (compresi i legami derivanti da un'altra unione registrata), la registrazione dell'unione e dei relativi accordi (in forma scritta), ai fini probatori; a livello contenutistico, invece, i patti possono regolare tutte le questioni economiche relative alle spese comuni, oltreché gli aspetti patrimoniali che possono insorgere dopo la rottura del rapporto (eventuale assegnazione della casa comune e divisione dei beni in comunione).

Detti patti possono essere modificati congiuntamente in qualsiasi momento, fatta sempre salva la forma scritta, con il limite che non possono essere contrari all'ordine pubblico, né al principio di uguaglianza dei conviventi, né «*afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial*» (art. 515).

79 Il CCyC è stato pubblicato l'8 ottobre 2014 nel *Boletino Oficial* (<http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>) ed è entrato in vigore il 1 agosto 2015, in anticipo (giusto il disposto della *Ley 27077/2014*) rispetto all'originario termine del 1 gennaio 2016. Tale Codice è noto anche come Código Lorenzetti, il Presidente della Corte Suprema Argentina, che ha presieduto la Commissione che lo ha redatto in soli tre anni.

80 Art. 509 CCyC.

È di rilevante importanza la previsione della c.d. *compensación económica* (art. 524), per cui, in caso di cessazione dell'unione, al convivente che subisce una modificazione in senso deteriore della propria condizione economica a causa della rottura del rapporto, spetta un risarcimento, che può consistere in una somma corrisposta *una tantum* o in un assegno per un tempo determinato che, in ogni caso, non può superare la durata della convivenza.

Le disposizioni del nuovo Codice ed anche le modifiche introdotte precedente dalla Ley n. 26.618/2010, come si legge dal preambolo stesso della legge, sono finalizzate a perseguire l'eliminazione di qualsiasi discriminazione basata sull'orientamento sessuale, dando in particolare attuazione al principio sancito dall'art. 16 della Costituzione⁸¹, secondo il quale tutti gli abitanti della Nación Argentina «*son iguales ante la ley*».

Tale affermazione trova riscontro anche nell'art 559 del CCyC a mente del quale possono essere *adoptantes* sia le coppie coniugate sia quelle che formano una *unión convivencial* o una persona single ed è riconosciuta, sempre a norma della stessa disposizione, la possibilità di adottare il figlio dell'altro coniuge o convivente; detta possibilità è ovviamente riconosciuta anche alle coppie omosessuali.

Il nuovo Codice argentino si è dunque ispirato alla realtà variegata dei nuovi modelli familiari e, intorno ad essa, si è modellato, dotandosi di strumenti che tengono conto delle varie fattispecie di assortimento di identità di genere e orientamento sessuale; esso, inoltre, come si è visto, non regola solo il mero rapporto affettivo tra due soggetti, ma governa anche il rapporto di filiazione alla luce nei nuovi modelli familiari e li governa con flessibilità, esaltando più che lo status, l'interesse del minore e la volontà di chi intende procrearlo o occuparsi della sua crescita.

5.1_ (SEGUE). L'URUGUAY

Dopo l'Argentina, l'Uruguay è il secondo Paese latino-americano ad aver riconosciuto i c.d. '*matrimoni igualitari*' con l'approvazione della Ley n. 19.075/2013⁸²,

81 R. Ibrido, A. Romano, A. Schillaci, *Same sex marriage e riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: materiali di diritto comparato*, Sez. II, *La Spagna e l'America latina*, in https://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiiuYP1-b3VAhVMJcAKHfmEBEEQFggsMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.osservatorioaic.it%2Fdownload%2FSSBoWmp66ni8nI_jpiFpgwLgu1kg_GZNVfwXKRUY7y6M%2Fdossier-same-sex-marriage-2-spagna-e-america-latina-0-0.pdf&usq=AFQjCN Gvq0dA95afjzxbVFVZfhLLDwAtGA.

82 Consultabile su <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/93484/109334/F1598267387/URY93484.pdf>.

che ha modificato il *Código Civil* e il *Código de la Niñez y la Adolescencia*, relativamente ai doveri tra coniugi ed ex coniugi, rapporti di famiglia, divorzio e nome del coniuge e dei figli, ed è intervenuta a modifica dei termini o delle parole che determinavano differenze in ragione del sesso (marito o moglie, padre e madre), inserendo vocaboli neutri (*contrayentes, esposos e progenitores*).

L'art. 83 del Codice civile dispone che il matrimonio «*civil*» è l'unione permanente tra due persone di sesso differente o uguale, che possono pertanto unirsi a prescindere dall'identità di genere o l'orientamento sessuale, salvi gli impedimenti codicistici che vietano il matrimonio alle persone di età inferiore ai 16 anni (precedentemente, la legge per contrarre matrimonio richiedeva l'età di 12 per le donne e 14 per gli uomini), nei casi di mancanza di *consentimiento* dei contraenti, in quelli di vincolo coniugale anteriore non sciolto e in quelli di vincolo di parentela legittima o naturale.

L'Uruguay riconosce anche altri tipi di legame; in particolare, per effetto della *Ley* n. 18.264/2007, ammette la *Unión Concubinaria*⁸³, la quale tutela le coppie conviventi da almeno cinque anni senza interruzioni e a prescindere dal sesso; per *Unión* si intende quella situazione di fatto derivante da una comunione di vita tra due persone, che mantengono una relazione affettiva di natura sessuale, esclusiva e stabile, non vietata dagli impedimenti stabiliti dal *Código* per il matrimonio.

Si badi che non tutte le unioni possono essere riconosciute, ma solo quelle comunità di vita tra due persone che convivono stabilmente (elemento oggettivo), con *l'animus* di voler convivere (elemento soggettivo); deve inoltre esistere una relazione affettiva, che in caso di riconoscimento giudiziale può essere dimostrata da una serie di elementi, ovvero da come la coppia si presenta dinanzi ai terzi, da come i terzi considerano la coppia e dalla considerazione che i soggetti nutrono come coppia.

La relazione affettiva deve altresì essere di natura sessuale; essa infatti viene anche detta '*comunidad de lecho*', vale a dire che tra i soggetti che formano la coppia deve esistere una relazione di natura intima, *o al menos, la apariencia de ellas, dado el modo íntimo en que comparten la vida*.

Tali elementi sono essenziali in caso di riconoscimento giudiziale dell'unione, esistendo la possibilità di riconoscimento postumo dell'unione non regolarmente registrata; essa, infatti, nel caso di scioglimento giudiziale, può essere riconosciuta posteriormente dal giudice, che ne determina la data di inizio ed i beni acquistati in comunione dai conviventi⁸⁴.

83 Consultabile su <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/18246-2007>.

84 Sempre nel caso di scioglimento giudiziale dell'unione, il Tribunale è tenuto ad esperire un tentativo di conciliazione, al fine di promuovere un accordo tra le parti in merito alle questioni in contrasto.

In caso di scioglimento del concubinato per morte di uno dei membri, quello superstite conserva i diritti successori che l'art. 1026 del *Código*⁸⁵ riconosce ai coniugi, mentre, in caso di coniuge superstite, questi concorre con il *concupino*, il quale riceve la propria quota in proporzione agli anni di convivenza; sempre in caso di morte, il concubino superstite ha il diritto di continuare ad abitare nella casa dove viveva la coppia se ha un'età superiore ai sessanta anni, se non dispone di mezzi propri per sopravvivere e se l'unione è durata almeno dieci anni interrottamente; in tale caso, l'abitazione deve essere di proprietà comune della coppia o del *concupino* deceduto.

Alla luce di quanto sopra, è ragionevole chiedersi quali siano le differenze tra il concubinato e il matrimonio, posto che, da un'analisi sintetica, i diritti ed i doveri appaiono equivalenti.

Uno degli aspetti che differenziano maggiormente le due fattispecie riguarda la forma: il matrimonio è un atto giuridico civile, solenne e pubblico⁸⁶, mediante il quale due persone instaurano un rapporto regolato dalla legge e dotato di stabilità e continuità, mentre *l'Unión Concubinaría* è una unione di fatto, in cui la volontà si manifesta di giorno in giorno e può essere espressa dinanzi l'ufficiale del *Registro civil*, mediante la sottoscrizione di un atto, che, tuttavia, non vincola le parti come nel matrimonio⁸⁷, potendo essere sciolta in qualsiasi momento, con la semplice dichiarazione anche solo di un concubino; a differenza del matrimonio, inoltre, se non sono decorsi almeno cinque anni di convivenza stabile, esclusiva e ininterrotta, alcun diritto discende dall'unione.

85 L'art. 1026 del Código Civil dispone che «A falta de posteridad legítima o natural del difunto lo sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sean legítimos o naturales, cuando ha mediado reconocimiento anterior al fallecimiento del causante, y su cónyuge. La herencia se dividirá en dos partes, una para los ascendientes y una para el cónyuge. Cuando sólo hubiese una de las dos clases llamadas a concurrir por este artículo, ésta llevará toda la herencia».

86 Si veda in tal senso: <http://www.monografias.com/trabajos17/matrimonio/matrimonio.shtml#ixzz4pZol7wK9>, in cui viene spiegato che il matrimonio è un «Acto Jurídico- Regido por la ley, existen requisitos. Acto Civil- Modifica el estado civil, se da entre personas. Acto Solemne- Porque tiene formalidades que cumplir, tiene efectos, es un contrato ya que no se realiza por intereses, ya sean afectivos o no. Acto Público- Porque se publica en el Registro Civil y Diario Oficial del domicilio de cada cónyuge para quien conozca algún impedimento lo de a conocer por escrito, si se presenta algún impedimento después de consumado, será anulado. Será publicado por 8 días. Regulado por la Ley- La ley establece derechos y obligaciones a partir del matrimonio (familia, hijo legítimos). Publico -Deben haber 4 testigos en la inscripción. -Debe haber 4 testigos ante de contraerse. Estabilidad y Permanencia- Crea bases sólidas»

87 Il matrimonio può essere sciolto solo attraverso un procedimento giudiziario, dinanzi al Juez de Familia. L'Art. 146 del Código Civil dispone che «Es Juez competente para entender en ellos el Juez de Familia o quien hiciera sus veces, del domicilio del demandado. Si se ignorase el domicilio de éste, o no lo tuviera en la República, será Juez competente el del último domicilio que se le hubiere conocido».

5.2_ (SEGUE). LA COLOMBIA

Anche in Colombia il riconoscimento dei diritti delle coppie *same sex* ha matrice giurisprudenziale; è frutto, infatti, della vivace evoluzione ad opera della Corte Costituzionale, la quale ha progressivamente esteso molti dei diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali⁸⁸ anche a quelle omosessuali, fino a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 113 del Codice civile, nella parte in cui escludeva le coppie dello stesso sesso dall'accesso all'istituto del matrimonio.

Vale la pena richiamare brevemente il percorso ermeneutico affrontato dal giudice delle leggi colombiano, considerato all'avanguardia per le argomentazioni giuridiche poste alla base dei risultati ottenuti nella protezione dei diritti delle coppie omosessuali.

Posto che l'art. 42 della Costituzione intende la famiglia come «il nucleo fondamentale della società» ed essa è riconosciuta «per vincoli naturali o giuridici, per la decisione libera di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio o per la volontà responsabile di confermarla», la Corte Costituzionale è stata chiamata, nel 2010, a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della definizione di matrimonio, ancorata ad una concezione di tipo tradizionale della famiglia; tuttavia, la Corte, all'epoca, non ha ritenuto maturi i tempi per un'interpretazione evolutiva dell'istituto e, con la decisione C-886/2010, ha preferito dichiararsi *inhibida* per la mancanza dei requisiti di carattere sostanziale richiesti dalla legge per la proposizione di questioni di legittimità.

Solo un anno dopo, invece, procedendo ad un *overruling* della propria precedente giurisprudenza, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 113 del Codice civile, nella parte in cui limitava l'accesso al matrimonio alle coppie dello stesso sesso, esortando il legislatore ad approvare una disciplina organica dei diritti delle coppie omosessuali entro il 20 giugno 2013.

L'argomentazione sviluppata dal giudice costituzionale ha posto in luce come il dettato costituzionale dell'art. 42, il quale consente la formazione della famiglia secondo modalità differenti, mediante «*vínculos naturales o jurídicos*», ammetta anche la possibilità di famiglie mono-genitoriali o costituite da *partner* dello stesso sesso, evidenziando così la necessità di optare per un'interpretazione maggiormente flessibile ed aderente alla realtà sociale della famiglia, non più strettamente ancorata all'eterosessualità della coppia. Anche se la Costituzione fa riferimento al matrimonio come decisione libere di «*un hombre y una mujer*», il giudice delle leggi, avvalendosi

88 I. Spigno, *Tecniche di interpretazione costituzionale del riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali in Colombia*, in *Ianus*, 2011, 4, p. 235 e ss.

dell'utilizzo dell'argomento sistematico (il complesso della cornice costituzionale) e di quello sociologico (il pluralismo e la diversità della società colombiana), ha arricchito il proprio arsenale argomentativo di elementi nuovi⁸⁹.

La Corte ha, infatti, sottolineato come il principio democratico imponga al legislatore, nell'ambito delle proprie competenze, di adottare delle misure volte a garantire il godimento effettivo dei diritti delle coppie omosessuali e, qualora il *Congreso* non avesse provveduto entro la data stabilita, le coppie dello stesso sesso avrebbero potuto comunque recarsi da un notaio o dal giudice competente per formalizzare la loro unione.

Il legislatore, tuttavia, non ha approvato alcuna legge e così, nel 2015, a seguito della richiesta del Procuratore generale della Colombia di invalidare tutti i matrimoni tra persone dello stesso sesso approvati nel Paese⁹⁰, la questione è arrivata ancora una volta all'attenzione della Consulta⁹¹. La decisione del giudice costituzionale⁹², questa volta, è stata determinante per la definitiva estensione dell'istituto del matrimonio civile anche tra le persone dello stesso sesso.

Appare rilevante il mutamento dell'approccio interpretativo sviluppato dalla Corte, soprattutto se analizzato nella prospettiva dello specifico contesto latino-americano e, più in generale, in quello internazionale; se, infatti, inizialmente la giurisprudenza costituzionale colombiana si è avvalsa di un arsenale interpretativo caratterizzato dall'interpretazione letterale della norma, successivamente, è ricorso ad un approccio evolutivo che ha spinto la Corte a leggere il dettato costituzionale adeguandolo ai mutamenti sociali e culturali⁹³.

Nonostante l'esplicito riferimento dell'art. 42 della Costituzione colombiana al matrimonio eterosessuale, la Corte ha constatato che da siffatta descrizione normativa non deriva una proibizione per le coppie dello stesso sesso, poiché stabilire che gli uomini e le donne possano sposarsi tra loro non implica che la Costituzione escluda la possibilità che il vincolo si celebri anche tra donne o tra uomini.

89 I. Spigno, *Tecniche di interpretazione costituzionale del riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali in Colombia*, cit., p. 261.

90 L'art. 86 della Costituzione della Colombia prevede la c.d. azione di tutela, la quale consente ad ogni interessato di richiedere al giudice ordinario la tutela dei propri diritti fondamentali lesi da un atto della pubblica autorità; tra i soggetti legittimati a proporre l'azione vi è la Procura Generale della Nazione. L'istruttoria viene svolta in modo sommario e, all'esito della stessa, il Tribunale si pronuncia con sentenza, soggetta la rimedio dell'appello. Il giudice di primo o di secondo grado trasmette, al termine del processo, gli atti alla Corte Costituzionale, la quale può discrezionalmente pronunciarsi in merito all'azione.

91 Quasi contemporaneamente, il 5 novembre 2015, pur senza riconoscere il matrimonio egualitario, il Parlamento colombiano ha approvato una legge che consente alle coppie dello stesso sesso di adottare figli.

92 La decisione si può leggere su: <http://www.articolo29.it/corte-costituzionale-della-colombia-sentenza-del-28-aprile-2016/>.

93 I. Spigno, *Tecniche di interpretazione costituzionale del riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali in Colombia*, cit., p. 239.

Ciò in quanto, secondo il giudice delle leggi colombiano, nell'interpretazione della Costituzione, l'enunciazione espressa di una categoria non esclude l'esistenza di altre, incorporando di per sé la regola di interpretazione *inclusio unius est exclusio alterius*, poiché la Carta non è una norma generale scritta in un linguaggio proibitivo; al contrario, essa, essendo scritta nel linguaggio deontico dei principi e dei diritti fondamentali, il suo contenuto essenziale si determina basandosi sul principio logico giuridico kelseniano secondo cui ciò che non è giuridicamente proibito è permesso.

5.3_ (SEGUE). IL BRASILE: LA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA.

Il formante giurisprudenziale è stato determinate anche in Brasile, ove, nel 2011, il *Supremo Tribunal Federal* ha riconosciuto all'unanimità la *união estável* di una coppia formata da due persone dello stesso sesso.

L'unione stabile, espressamente riconosciuta come entità familiare dall'art. 226 della Costituzione brasiliana del 1988⁹⁴ e riportata nell'art. 1.723 del *Novo Código Civil* del 2002⁹⁵, fino a quel momento, era prerogativa esclusiva delle coppie eterosessuali⁹⁶, che potevano scegliere liberamente di contrarre matrimonio ovvero unirsi in una unione stabile e successivamente convertirla in matrimonio⁹⁷.

Gli argomenti utilizzati dai giudici supremi sono stati principalmente di natura sistematica sia al fine di giustificare l'esistenza di lacune giuridiche, sia per escludere la necessità di una regolamentazione normativa, sul presupposto che le disposizioni costituzionali riconoscono già implicitamente le unioni tra persone dello stesso sesso.

94 Prima della promulgazione della Costituzione Federale del 1988 i *partner* delle coppie che, pur senza alcun impedimento a contrarre matrimonio, decidevano di formare una famiglia di fatto erano definite *concubinos*. Molte sentenze brasiliane differenziavano il concubinato puro da quello impuro, identificando il primo con l'unione di fatto tra un uomo ed una donna, che decidevano di stare insieme senza formalizzare la loro unione con il matrimonio; il secondo, invece, si riferiva alle relazioni amorose intrattenute con un altro partner contemporaneamente al matrimonio, senza alcun riconoscimento di diritti. Sul punto, si può leggere l'appello civile n. 128219-6/188 nella *Seção I do Diário de Justiça do Estado de Goiás* (DJGO) de 3 de Abril de 2009, p. 432, consultabile su <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/13919258/pg-432-secao-i-diario-de-justica-do-estado-de-goias-djgo-de-03-04-2009>.

95 Il Codice può essere consultato anche nella versione tradotta in italiano: *Il nuovo Codice Civile brasiliano*, a cura di P. L. Carbone, Milano, 2019

96 A.V. Azevedo, *Estatuto da família de fato*, 3a edição, São Paulo, Atlas, 2011, p. 174, ha sottolineato come «Nesse estado de coisas, foi importante o surgimento de uma legislação extravagante, em defesa do concubinato, e de uma jurisprudência, em evolução constante, nesse mesmo sentido, de caráter jurídico, mas de cunho eminentemente judicial».

97 Si tratta di una unione che si realizza mediante la convivenza duratura, pubblica, non incestuosa o adulterina, con doveri di lealtà, di rispetto e di assistenza reciproca tra i partner e di custodia, di mantenimento e di educazione nei confronti della prole, con il fine di costituire una famiglia. Sul punto, P. L. Carbone, *Latin American System*, cit., p. 39.

In particolare, secondo il *Tribunal*, una serie di principi costituzionali (dignità, uguaglianza, libertà e protezione dell'intimità personale) richiedevano un riconoscimento analogico delle unioni civili omosessuali rispetto a quelle eterosessuali; inoltre, non vi era alcuna disposizione costituzionale che proibiva espressamente la formazione di famiglie o unioni civili omosessuali; progetti di vita individuali dovevano essere rispettati e riconosciuti come liberi e autonomi; le preferenze e le attività individuali dovevano essere protette, in quanto attinenti alla sfera privata (art. 5 della Costituzione); infine, poiché tutte le famiglie sono ontologicamente uguali, la Costituzione non poteva considerarle diversamente sia nel rispetto del principio di uguaglianza, che implica di trattare in maniera sostanzialmente identica casi uguali, sia perché il mancato riconoscimento delle unioni civili tra persone omosessuali avrebbe avuto un effetto nocivo sulla certezza del diritto, stante l'ostacolo alla possibilità dei cittadini di gestire i loro beni con conseguenze giuridiche prevedibili⁹⁸.

Successivamente a tale decisione, il 14 maggio 2013, il *Conselho Nacional de Justica*, organo di controllo dell'autonomia del potere giudiziario, ha approvato la risoluzione n. 175, con la quale ha stabilito che gli uffici pubblici di tutto il Brasile non potranno rifiutarsi di celebrare matrimoni tra persone dello stesso sesso o convertire in matrimonio una *união estável homoafetiva*.

Per tale ragione, la decisione rappresenta la legalizzazione di fatto del matrimonio tra persone dello stesso sesso, per via della previsione contenuta nel par. 3 dell'art. 226 Costituzione del 1988, il quale dispone che la legge deve agevolare la conversione dell'unione stabile in matrimonio.

Sul punto, occorre precisare, che la Costituzione non ha in alcun modo voluto equiparare la *união estável* al matrimonio, privilegiando comunque quest'ultimo istituto ad ogni altra forma familiare⁹⁹; è, infatti, la stessa Costituzione che ne proclama la preferenza quando impone allo Stato di agevolare la conversione dell'unione stabile in matrimonio; è

98 D. Dimoulis e S. Lunardi, Sacralità del testo costituzionale ed eresia interpretativa – *La sentenza della Corte Suprema brasiliana sulle unioni civili omosessuali*, in *Genlus*, 2014, fasc. 2, p. 164 e ss.

99 C. A. Bittar, *O direito civil na constituição de 1988*, 2 ed. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1991, p. 14, sostiene che: «Não houve e nem haverá equiparação entre as duas noções, pois diversas, como das regras da hermenêutica jurídica se pode detectar: a) a primeira, de que não abriga a lei palavras inúteis (ora, a Carta de 1988 usa 'família, no 'caput' no art. 226, e 'entidade familiar' nos §§ 3o e 4o); b) a segunda, de que a princípio Constituição faculta sob certas condições, a conversão da relação concubinária em casamento (§ 3o) e, portanto, a convalidação de 'entidade familiar' em família»; nello stesso senso, E. de Oliveira Leite, *O concubinato frente à nova Constituição: Hesitações e certezas*, in *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1993, p. 101, secondo il quale «Quando a Constituição se referiu à "união estável" não liquidou a noção de casamento [...] nem, tampouco, pretendeu qualquer equiparação de realidades dicotômicas, conforme se viu; o que a Constituição quis foi implantar uma nova ordem social e familiar que engloba outras formas de conjugalidade, não necessariamente esgotáveis na figura preponderante do casamento civil».

da questa stessa previsione che si ricava che i due istituti non possono ritenersi equivalenti.

La dottrina brasiliana si è spesso interrogata sulla utilità di convertire la *união* nel vincolo matrimoniale e, a parte chi ritiene che la previsione rifletta una visione moralista che continua a posizionare l'unione stabile su un piano inferiore rispetto al matrimonio, vi è chi, condivisamente, sostiene che la *ratio* della norma sia connessa alla necessità di retrodatare il matrimonio al momento della costituzione dell'unione¹⁰⁰.

Sotto il profilo sostanziale non si rivengono rilevanti differenze rispetto al matrimonio, ad eccezione del dovere di coabitazione, escluso per le coppie dell'unione; per il resto, l'art. 1724 del Codice stabilisce per l'unione gli stessi doveri derivanti dal matrimonio, ovvero lealtà, rispetto e mutua assistenza, custodia, mantenimento ed educazione dei figli¹⁰¹. Anche rispetto agli effetti patrimoniali ed alimentari le discipline si sovrappongono: per quanto riguarda la proprietà dei beni acquistati da uno o entrambi i conviventi durante l'unione, essi appartengono ad entrambi in comunione e in parti uguali, salva l'esistenza di un contratto scritto, a deroga espressa della comunione; in caso di scioglimento dell'unione è riconosciuta l'assistenza materiale (alimentare) al convivente che si trovava in stato di necessità;

Rileva, invece, l'art. 1.790 in tema di successioni, il quale stabilisce che la convivente o il convivente partecipa alla successione dell'altro, relativamente ai beni acquistati a titolo oneroso durante la vigenza dell'unione stabile, alle seguenti condizioni: se concorre con i figli comuni, ha diritto ad una quota equivalente a quello che per legge è attribuito al figlio, se concorre con i discendenti del defunto, gli spetta la metà di quello che è assegnato ad ognuno di esse, se concorre con altri parenti che hanno diritto alla successione ha diritto ad un terzo dell'eredità, non esistendo parenti che hanno diritto alla successione, gli spetta la totalità dell'eredità.

Inoltre, si nota il dettato dell'art. 1.727 del Codice, a norma del quale gli impedimenti imposti per la costituzione dell'unione stabile (che, secondo gli artt. 1.521 e 1.523, sono i medesimi stabiliti per il matrimonio) determinano automaticamente la costituzione dell'unione di fatto come un concubinato.

Il merito dell'evoluzione della disciplina brasiliana del diritto di famiglia deve ricercarsi nei principi costituzionali in materia di eguaglianza e discriminazione recepiti

100 R. Pereira, *Concubinato e união estável*, Belo Horizonte, 2001, p. 144.

101 Per quanto riguarda l'adozione, essa è ammessa per le coppie omosessuali che formano una entità familiare (coniugate o unite stabilmente); tali coppie possono adottare un minore senza impedimenti, in quanto l'*Estado da Criança e do Adolescente* (Lei 8.069/1990), che regola l'adozione in Brasile, prevede, oltre agli altri requisiti, in caso di adozione congiunta da parte di due persone, che esse siano sposate o vivano in una unione stabile. Per un approfondimento sulla possibilità di adozione per le coppie omosessuali C. Fiuza, L. Costa Poli, *A ampla possibilidade de Adoção por casais homoafetivos face às recentes decisões dos Tribunais Superiores*, in *Revista Síntese, Direito de Família*, 76, Fev.-Mar./2013, p. 9 e ss.

dal *Novo Código*, il quale attua completamente i principi della dignità della persona umana e dell'isonomia, autorizzando in tal modo soluzioni che, prima, erano ritenute estreme e non accettabili. In specie, il principio di isonomia è richiamato in tutte le norme costituzionali che vietano la discriminazione sessuale¹⁰² e, tra queste, riveste un ruolo fondamentale l'art. 5, I, che recita «*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*» (uomini e donne hanno uguali diritti ed obblighi, nei termini della Costituzione). Per comprendere l'essenza di questo principio, è necessario comprendere altri due concetti: “uguale” e “uguale davanti alla legge”. Entrambi sono riassunti nell'uguaglianza immanente a tutti gli esseri umani, proclamata nella Costituzione federale, la quale deve essere intesa sia dal punto di vista *materiale*, sia da quello *formale*; nel primo caso, in particolare, l'eguaglianza deve essere offerta equamente a tutti i cittadini, in tutti gli ambiti, compreso quello giuridico. Nella sostanza, prevedendo che «tutti sono uguali davanti alla legge», senza distinzioni di alcun genere, la Costituzione federale mette alla prova il suddetto principio di isonomia, che, in altre parole, significa trattare in modo uguale e disuguale gli uguali nella misura delle loro disuguaglianze. Non si tratta, dunque, più di un solo un confronto tra marito e moglie, in quanto esso non riguarda solo l'uguaglianza in casa e in famiglia, ma di un'uguaglianza universale, tra uomini e donne, sposati o no; è un'uguaglianza di razza, colore, credo e molto di più, è il divieto di atti discriminatori contro tutti gli esseri umani.¹⁰³

Il *Novo Código*, rispetto a quello precedente del 1916 (*Código Beviláqua*), lascia cadere antichi pregiudizi e concetti, eliminando diverse discriminazioni, non solo con riferimento al sesso, ma anche con riguardo alla famiglia e alla filiazione. Infatti, in attuazione dei principi costituzionali della dignità della persona umana e dell'isonomia, l'espressione “*homem*” (uomo) viene sostituita con quella di “*ser humano*” (essere umano), affermando dunque l'uguaglianza formale e sostanziale dell'uomo e della donna nella “società coniugale”¹⁰⁴. Nel Codice del 2002, le donne sono viste come cittadini, soggette a diritti e doveri, che, nel rapporto matrimoniale, si esplicano nella piena comunione di vita e nell'uguaglianza tra i coniugi¹⁰⁵. Inoltre, sempre in materia di

102 Inoltre: art. 3, IV; art. 7, XXX, il quale, in tema di lavoro, vieta le differenze salariali, quelle di esercizio di funzioni e di criteri di ammissione per ragioni di sesso, età, colore o stato civile.

103 K.M. Gabral, *A mulher e o Código Civil de 2002: a confirmação do princípio da isonomia*, in *Revista Jus Navigandi*, anno 9, n. 524, 13.12.2004, disponibile su: <https://jus.com.br/artigos/6028/a-mulher-e-o-codigo-civil-de-2002>. Sul punto anche: P. L. Carbone, *La rotta dei codici: orizzonte terzo millennio*, Napoli, 2019, p. 234.

104 *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Vol. I. Coord.: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro, Editora Forense: 2005. p. 113.

105 L'art. 240 del Codice del 1916, invece, prevedeva che la donna, con il matrimonio, assumeva «*a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta*» (la condizione di compagna, consorte e collaboratrice del marito nelle spese di famiglia, dovendo vegliare sulla direzione materiale e morale di questa).

famiglia, è stata eliminata la prova della verginità delle donne in occasione del matrimonio, per non essere ripudiate e restituite alla famiglia di origine ed altresì la prova della “onestà” per avere il diritto alla eredità paterna, posto che il termine stesso di “onestà” ha un significato differente per gli uomini e per le donne, avendo carattere “pubblico” nel primo caso, per cui l’uomo deve essere “persona senza macchia”, e “privato” nella seconda, intendendosi la “modestia”, ovvero il comportamento privato riservato.

In definitiva, l’apertura della giurisprudenza verso il matrimonio per le persone dello stesso sesso si deve alla diversa impostazione del nuovo *Código*, caratterizzato, appunto, «*pelas suas cláusulas abertas, pelas normas que não são estrita e rigorosamente jurídica*», come evidenziato dal codificatore Miguel Reale, che era solito definirlo come «*a Constituição do homem comun*¹⁰⁶», per cui il nuovo soggetto del codice, il cittadino tipo, non è più riconducibile ad un unico modello antropologico di riferimento, vale a dire il maschio bianco, adulto, sano di mente, possidente, possibilmente coniugato, ma ad un modello, che può ricevere tutela solo attraverso un’interpretazione caso per caso¹⁰⁷.

6_ OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

L’indagine che si è condotta in questo lavoro ci permette di delineare alcuni risultati emersi dalla lettura comparatistica del tema analizzato.

Lo scopo di queste riflessioni finali non è tanto quello di trarre delle conclusioni, quanto piuttosto di porre degli spunti per l’analisi del fenomeno giuridico contemporaneo nel suo complesso e fissare gli ambiti, seppur in termini generali, entro cui analizzare criticamente le questioni che incidono sulla soluzione delle controversie emerse, nella consapevolezza che, da sempre, la famiglia sfugge alla morsa del diritto e questo, da parte sua, cede all’idea di poterla regolare in tutti i suoi aspetti.

Punto di partenza da cui svolgere alcune considerazioni di orientamento consiste nella constatazione della complessità delle relazioni familiari, in specie, di quelle che si sviluppano nell’ambito delle unioni non matrimoniali, e nella consapevolezza che esse non riguardano esclusivamente il mondo del diritto, ma interessano anche altre discipline scientifiche, quali la sociologia, la statistica, la psicologia e coinvolgono la sfera religiosa, etica e bioetica, i cui apporti possono notevolmente arricchire la prospettiva di un discorso che pure si propone di rimanere circoscritto al mondo del

106 M. Reale, *O Projeto do Novo Código Civil*, São Paulo, 1999.

107 P. L. Carbone, *La rotta dei codici: orizzonte terzo millennio*, Napoli, 2019, p. 238.

diritto¹⁰⁸. A ciò deve aggiungersi la varietà e la mutevolezza delle forme in cui le stesse si presentano, unitamente alla pluralità delle istanze sociali a cui danno luogo, che rappresentano l’emblema della complessità del sociale.

La famiglia è stata ritenuta a lungo estranea alla comparazione giuridica, proprio per via dei suoi diritti, ritenuti troppo dipendenti dalla morale e dalle credenze religiose dei singoli popoli, ovvero legati a scelte politiche contingenti e, comunque, afflitti in modo massivo dai particolarismi nazionali, tendenzialmente incomparabili, soprattutto al di fuori del mondo occidentale, in cui proprio le relazioni familiari sono strettamente connesse alla moralità del luogo, alla religione ed ai valori della tradizione¹⁰⁹.

Si è guardato allo strumento della comparazione solo nel momento in cui si è capito, come scelta politica di modernizzazione del diritto di famiglia, che esso può aiutare ad individuare gli equivalenti funzionali che negli ordinamenti servono a selezionare il migliore o il più adatto al proprio caso¹¹⁰.

L’estrema eterogeneità degli ordinamenti analizzati e delle soluzioni emerse di volta in volta, al fine di fornire all’interno di ciascuno di essi le risposte alle esigenze di giustizia, rende arduo impostare una comparazione, che porti ad una valutazione comune delle soluzioni nei richiamati mutamenti del diritto di famiglia, in specie sul piano legislativo, ove i silenzi normativi lasciano un profondo senso di incertezza al giurista, il quale si trova in estrema difficoltà nel predeterminare la soluzione che sarà adottata nel caso concreto¹¹¹.

Il senso di questo lavoro è dunque quello di valutare se, anche alla luce delle considerazioni appena effettuate, sia possibile intravedere un orientamento comune nel riconoscimento dei nuovi fenomeni sociali di relazioni tra persone unite da legami affettivi, che porti ad un sempre maggiore riconoscimento dei rapporti di natura familiare non fondati sul matrimonio.

Dall’analisi che precede può affermarsi che il riconoscimento giuridico dei legami tra persone dello stesso sesso deve senz’altro considerarsi uno dei fenomeni più rilevanti fra quelli che hanno investito la famiglia nel corso dell’ultimo ventennio. I cambiamenti, a livello globale, hanno avuto origine dall’espansione dei diritti dell’individuo e del riconoscimento del diritto all’autodeterminazione della persona, del suo diritto a governare liberamente la propria vita e il proprio corpo, mutando il paradigma di

108 M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2021, p. 8.

109 O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Modern Law Review*, vol. 37, 1974.

110 R. David, *Le droit de la famille dans le code civil Ethiopien*, Milano, 1976,

111 Ad esempio, in materia di rapporti patrimoniali tra conviventi, A. Belen, *Union de hecho y vivienda: estudio jurisprudencial sobre cuestiones de titularidad*, J. M. Martinell – M. T. Areces (cur.), *Uniones de hecho*, Lleida, 1998, p. 126, evidenzia la difficoltà di distinguere nel diritto spagnolo il fatto determinativo nelle decisioni delle Corti, sia in senso favorevole che sfavorevole, al riconoscimento di una comunione tacita tra conviventi.

riferimento, in cui «la dimensione dei diritti fondamentali porta con sé la necessità di collegare i diritti dell'amore con il principio di eguaglianza e con l'integrale rispetto della dignità della persona, che non può prescindere dalla rilevanza della sua volontà»¹¹².

Da un punto di vista comparatistico, può distinguersi tra ordinamenti in cui il riconoscimento delle unioni omosessuali è stato introdotto in modo deciso in via legislativa e ordinamenti, invece, nei quali esso si è progressivamente affermato su impulso delle Corti.

Seguendo un corretto approccio metodologico alla questione si deve evidenziare come la famiglia non sempre è richiamata dai testi costituzionali e, talvolta, quando lo è, non è definita espressamente. Ed allora ecco che dal punto di vista dello stile utilizzato dal costituente è possibile individuare almeno tre differenti tradizioni: una prima che comprende i modelli che guardano alla famiglia fondata sul matrimonio come elemento costitutivo dell'ordine giuridico e sociale (tra queste si può certamente richiamare l'Italia); una seconda che si limita a riconoscere la famiglia come entità sociale alla quale deve essere assicurata tutela e protezione per via dei suoi aspetti economici e sociali (Germania, Francia e Spagna); un terza in cui il costituente ha ommesso del tutto il riferimento alla famiglia (Olanda, Belgio, Danimarca e Usa). Tuttavia, detta classificazione deve essere intesa con una certa elasticità: infatti molti Paesi in cui è declamato il riconoscimento costituzionale della famiglia, esistono norme che ne assicurano la protezione sociale ed economica (Italia), mentre in altri la tutela economica e sociale della famiglia è estesa anche ad alcuni tipi di soggetti, quali ad esempio le madri ed i bambini, ovvero ad alcuni ruoli o funzioni, come la maternità (Portogallo). Vi sono Paesi invece nei quali, grazie alla giurisprudenza, che ha fatto ricorso ad altri valori costituzionali, come la libertà individuale e personale (Usa) o l'eguaglianza (Belgio), ovvero al richiamo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Austria) o agli accordi internazionali (Olanda, Danimarca e Norvegia), si è formato un vero e proprio diritto costituzionale della famiglia pur non essendo questa contemplata nelle Carte fondamentali¹¹³.

E così le esperienze esaminate rivelano come, pur operando in ambiti costituzionali differenti, vi è il favore di confluire verso il riconoscimento delle nuove esigenze di tutela attraverso la via giurisdizionale e, in tale contesto, le Corti, tramite l'impiego di raffinate tecniche interpretative dei principi, si sono spinte verso la creazione dei diritti, estrapolandoli dalla norma costituzionale scritta, effettuando una

112 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit., p. 77

113 Sulla rilevanza della giurisprudenza rispetto all'estrema eterogeneità del quadro delle carte costituzionali in materia di famiglia v. M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 56 e ss.

interpretazione storico-evolutiva degli stessi¹¹⁴. Allo stesso modo, alcune Corti si sono potute esprimere in termini di riconoscimento di diritti fondamentali dei diritti delle coppie same sex, seppur non previsti originariamente dalle Carte costituzionali¹¹⁵.

Le soluzioni adottate, di volta in volta, dalle Corti sono state differenti, risentendo del substrato storico, economico e sociale di ciascun ordinamento, ma anche del diverso ruolo occupato da tali organi nei sistemi di garanzia dei rispettivi Paesi. In tal senso, ad esempio, partendo da una diversa concezione dei diritti fondamentali, la Corte Suprema degli Stati Uniti, per ciò che riguarda i matrimoni tra persone dello stesso sesso, ha preso le mosse dai diritti fondamentali individuali coinvolti nelle decisioni e, al contempo, ha individuato argomentazioni anche a tutela i diritti della community delle persone omosessuali; la giurisprudenza italiana, invece, si è concentrata sulla tutela della specifica formazione sociale, includendo in tale espressione le unioni omoaffettive, e, solo una volta riconosciuta detta tutela, ha individuato margini per garantire i diritti fondamentali individuali¹¹⁶.

La via giudiziale del riconoscimento del same sex marriage mostra una maggiore sensibilità e celerità delle Corti rispetto alla salvaguardia della libertà e della dignità delle persone omosessuali e suggerisce come sia maggiormente celere imporre per tale via nuovi diritti, che, altrimenti, dovrebbero attendere le lungaggini dei procedimenti legislativi o, peggio, il tempo necessario per il formarsi di un'opinione pubblica più solidamente favorevole per il loro riconoscimento¹¹⁷; per tale ragione, le scelte radicali imposte dalle Corti mostrano come esse siano più lineari non lasciando spazio a parziali e disorganici risultati, che costringono le coppie dello stesso sesso ad adire le competenti autorità giudiziarie al fine di trovare tutela.

L'esempio brasiliano ci permette di svolgere alcune considerazioni su tale ultimo aspetto. Il Código Civil del 2002, primo codice del terzo millennio, nonostante si inserisca in un contesto storico, culturale ed economico del tutto differente rispetto al codice precedente, in specie, in un Paese rinnovato, stabile, consapevole di poter rivestire un ruolo di fondamentale rilievo nell'economia mondiale¹¹⁸, tuttavia, non è

114 A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, 2015, p. 328.

115 E. Cukani, *Le same sex couples tra giudici e legislatori: il ruolo peculiare della giurisprudenza negli USA e in Europa*, su www.federalismi.it, 4, 2016, p. 38.

116 E. Cukani, *Le same sex couples tra giudici e legislatori: il ruolo peculiare della giurisprudenza negli USA e in Europa*, cit., p. 39.

117 F. Viglione, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, cit., p. 598.

118 Come peraltro emerso da celebrati studi economici, che nel 2003 hanno inserito il Brasile, insieme a Russia, India e Cina, tra le potenze mondiali ad altissima crescita. In particolare, si veda il celeberrimo rapporto del 2003 della Goldman Sachs, dal titolo «*Dreaming With BRICs: The Path to 2050*», noto come «*paper 99*», disponibile su <https://www.goldmansachs.com/insights/archive-pdfs/brics-dream.pdf>. Sul BRIC in generale v. A. Goldstein, *Bric, Brasile, Russia, India, Cina alla guida dell'economia globale*, Bologna, 2011; *BRICs and Global Governance*, a cura di J. Kirton e M. Larionova, Oxford-New York, 2018; *The international Political Economy of the BRICs*, a cura di L. Xing, Oxford-New York, 2019.

riuscito a segnare il passaggio ad una codificazione rivolta a tutte le realtà familiari emergenti nel costume sociale. Ciò, malgrado esso attui completamente i principi costituzionali della dignità della persona umana e dell'isonomia. Un codice che ha il merito di aver eliminato una terminologia discriminatoria, con riferimento alle donne, alla famiglia e alla filiazione, ma che ha volutamente lasciato alla giurisprudenza il ruolo di riempire gli spazi vuoti aperti dalla norma¹¹⁹. È grazie alle sue clausole aperte, infatti, che, i Giudici della Corte Suprema brasiliana hanno potuto riconoscere l'unione stabile tra persone dello stesso sesso come entità familiare, anche nonostante la preclusione determinata dal testo dell'art. 226 della Costituzione, che si limita a riconoscere l'unione stabile tra un uomo e una donna¹²⁰. I giudici sono dovuti ricorrere ad un'interpretazione conforme alla Carta fondamentale per escludere qualsiasi discriminazione in merito all'unione stabile tra persone dello stesso sesso e, dunque, evitare un'interpretazione data dall'art. 1.723 del *Código* che ne escludesse il riconoscimento. Pertanto, poiché la *união estável* non risulterebbe vietata dai principi presenti nel testo costituzionale, conseguentemente, essendo essa applicabile alle coppie formate da persone dello stesso sesso, non si può disconoscere il loro diritto a chiedere la conversione del rapporto in matrimonio, ai sensi dell'art. 1.726 del *Código*¹²¹.

Nel perimetro giuridico dell'Unione Europea, le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, ove interpellate, non hanno mancato di affermare la competenza sovrana del legislatore nazionale nel riconoscimento delle unioni *same sex*, ma soprattutto nella definizione della nozione giuridica del matrimonio; la ragione di tale scelta risiede nella visione della famiglia come strumento di politica nazionale e nell'accettazione della logica del «minimo comune denominatore», in base alla quale gli Stati membri non possono essere costretti a garantire uno *status* e una disciplina che essi non hanno voluto riconoscere¹²².

Ne è conferma la sentenza della Corte EDU, nel caso Oliari e altri c. Italia, ove, appunto, l'Italia non è stata sanzionata per la mancata equiparazione del *same sex marriage* al matrimonio eterosessuale, bensì per la totale mancanza di una legislazione

119 P. L. Carbone, *La rotta dei codici: orizzonte terzo millennio*, Napoli, 2019, p. 236.

120 È lo stesso Miguel Reale, filosofo del diritto, oriundo italiano, coordinatore della commissione di lavoro del Nuovo Codice, che evidenziò, durante una conferenza, la presenza di «*cláusulas abertas* (clausole aperte) per norme che non sono strettamente e rigorosamente giuridiche». Così è stato valorizzato il ruolo della giurisprudenza, la quale, per dare una soluzione piena e completa, deve svolgere quel ruolo del «*direito em sua concretude*»

121 La mancata previsione delle unioni tra persone dello stesso sesso nel *Código* è considerata uno dei punti di critica del codice. Tuttavia, lo stesso Reale ha affermato che una tale materia sarebbe dovuta essere riconosciuta da una legge speciale e non dal Codice. Sul punto v. L. Schneider, Miguel Reale e o *Código Civil*, 'a *Constituição do homem comum*', in *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 13, 21 jul. 2006, p. 2 e ss, anche su <https://core.ac.uk/download/pdf/16051582.pdf>.

122 M.R. Marella – G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Bari, 2014, p. 96.

nazionale in grado di offrire protezione e tutela alle coppie formate da persone dello stesso sesso, ovvero l'obbligo positivo del legislatore ad intervenire per tutelare un diritto riconosciuto come fondamentale¹²³.

A livello interno, la Corte Costituzionale italiana ha voluto orientare il legislatore salvaguardando il paradigma eterosessuale del matrimonio di cui all'art. 29 Cost. ed immettendo le unioni omo-affettive nel circuito protettivo dell'art. 2; tuttavia, è legittimo domandarsi se tale differenziazione sia corretta perché, se è vero che lo Stato è libero di difendere la concezione di matrimonio radicata nella tradizione culturale della società, è altrettanto vero che il diritto deve rispecchiare la società e, pertanto, «diventa difficile negare con ragione soltanto a talune persone istituti funzionali allo sviluppo della personalità umana» e ciò, maggiormente, quando, nell'evoluzione della società si è assistito all'attenuazione della diversità dei sessi nella concezione matrimoniale¹²⁴.

Peraltro, come dimostra anche l'esperienza tedesca, il presunto divieto costituzionale di consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso è fine a sé stesso nel momento in cui l'impianto istituzionale pone al centro la dignità umana (art. 1, comma 1, del *Grundgesetz*) e la soggettività giuridica della persona in quanto tale¹²⁵. Ragione per la quale in Germania, con l'approvazione dell'emendamento «*Ehe für alle*», si è potuto definitivamente realizzare il passaggio del discorso giuridico sul tema omosessuale da questione di libertà (sessuale) a questione di uguaglianza.

Ed è dal rispetto dei valori delle libertà individuali e della dignità della persona umana, racchiusi nel corollario del principio di uguaglianza, che le Corti dei Paesi analizzati, a prescindere dall'area giuridica in cui sono situati, hanno decretato la valenza dell'istituto matrimoniale quale diritto fondamentale¹²⁶.

La rappresentazione di un rinnovato istituto matrimoniale, esteso nei suoi confini oltre il paradigma eterosessuale, differente dalla tradizione nei presupposti soggettivi e nel contempo necessitato dai principi costituzionali, suggerisce dunque una complessiva rivalutazione delle dinamiche familiari, divise tra posizioni giuridicamente irrilevanti per il diritto e posizioni che, invece, l'ordinamento è chiamato a garantire, in ossequio ai principi della libertà e della non discriminazione¹²⁷.

123 E. Cukani, *Le same sex couples tra giudici e legislatori: il ruolo peculiare della giurisprudenza negli USA e in Europa*, cit., p. 45.

124 A. Gorgoni, *Famiglie e matrimonio. Profili evolutivi nel diritto europeo*, in *Persona e mercato*, 2013, p. 257.

125 F. Azzari, «*Ehe für alle*»: *ragioni e tecnica della legge tedesca sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 821.

126 M. Gattuso, *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 588, secondo il quale «il mutamento paradigmatico in materia di orientamento affettivo ha portato con sé un radicale cambiamento di prospettiva in ambito civile e costituzionale».

127 F. Viglione, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, cit., p. 601.

In conclusione, si rafforza l'argomento che, a prescindere dal diverso ruolo occupato nei rispettivi ordinamenti, le pronunce delle Corti si indirizzano verso un «orientamento assiologicamente favorevole alla tutela delle unioni *same sex*»¹²⁸ e all'apertura nei confronti di queste dell'istituto matrimoniale, mentre i legislatori mostrano un approccio piuttosto cauto, ogniqualvolta sono chiamati a legiferare su questioni di particolare interesse sociale o su temi controversi che riguardano nuovi diritti, quali quelli delle persone omosessuali¹²⁹.

L'analisi comparatistica mostra, infine, come l'introduzione da parte del legislatore di forme di convivenza registrata a tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso abbia rappresentato un mero passaggio intermedio nel percorso verso l'apertura del matrimonio *same sex*, anche in ordinamenti nei quali, fino a pochi anni prima, si riteneva vi fossero delle preclusioni di matrice costituzionale; in definitiva, una volta che si assiste all'attenuazione della diversità dei sessi negli istituti funzionali allo sviluppo della personalità umana, viene altresì favorito il percorso della loro accettazione sociale e, di conseguenza, l'accesso all'istituto del matrimonio diviene la conclusione naturale di detto percorso.

128 E. Cukani, *Le same sex couples tra giudici e legislatori: il ruolo peculiare della giurisprudenza negli USA e in Europa*, cit., p. 46.

129 G. De Vergottini, *Diritto Costituzionale*, Padova, 2017, p. 386. Rispetto al punto, l'A. individua tre generazioni di diritti, nelle quali richiama la tutela delle persone omosessuali nella terza e ultima generazione dei diritti.

Rapporti di forza tra imprese: contratto e bilanciamento di poteri

Incentivi e rimedi in chiave di *Economic Analysis of Law*
di PAOLO L. CARBONE

1_ PREMESSA

La contrattazione tra imprese (B2B) si pone, oggi, specie alla luce della disciplina emersa a favore del consumatore, come un nuovo luogo di confine tra tutela del mercato e tutela del singolo operatore considerato 'debole'.

La casistica, ove l'imprenditore 'forte' (non necessariamente monopolistico di diritto o di fatto) decide le regole del mercato, è sotto gli occhi di tutti.

Il conflitto, nel più generale ambito della concorrenza del mercato, si muove su più piani e gli strumenti utilizzati dall'imprenditore «dominante» sono diversi con ricadute dirette sia sui *competitors*, sia, più in generale, sui fruitori indiretti del mercato.

Mentre sul mercato del *consumerism* già da alcuni decenni si è visto un trasferimento di *property rights* o *entitlements* dall'imprenditore soggetto forte a favore del consumatore, nei rapporti inter-imprenditoriali tale fenomeno non ha assunto un rilievo sistematico.

Ciò nonostante, negli ultimi decenni, in modo disordinato, i rapporti tra imprese si sono imposti ad una specifica attenzione degli ordinamenti, esattamente come originariamente era avvenuto in occasione dello sviluppo della teoria del *consumerism*, che aveva preso le mosse da settori disomogenei, come la tutela dei sinistri stradali, la responsabilità del produttore e del risparmio.

In particolare, il legislatore italiano è intervenuto caso per caso cogliendo specifici spunti o evidenziando casi sintomatici ove il fenomeno si presenta in modo più vistoso come ad esempio, in Italia, nei casi di:

- abuso di posizione dominante (art. 3 legge 10/10/1990, n. 287);
- abuso di dipendenza economica nella subfornitura (art. 5 e 9 legge 18/06/1998, n. 192);
- usura, art. 1815 co. 2, c.c. e legge sull'usura 7/3/1996 n. 108 e successive modificazioni che prevede come si determina il tasso medio.

In tali casi la sanzione prescelta è quella della nullità.

Orbene, se il rimedio della nullità parziale, intesa come nullità di protezione, è per il consumatore efficiente - posto che la giurisprudenza non giunge mai ad applicare

la caducazione dell'intero contratto - non altrettanto avviene per i contratti di impresa considerati, al contrario, necessari per l'estrinsecazione delle attività dell'imprenditore, ove il tenore dell'art. 1419 c.c. possa portare alla eliminazione, non solo della clausola, ma dell'intero contratto.

La comminatoria della nullità, pertanto, lascia perplessi specie là dove vi sia interesse da parte dell'imprenditore 'debole' a mantenere comunque in vita il contratto. In effetti quest'ultimo pur di non perdere la fornitura, anche se costretto da prezzi strozzati, non agirà mai in giudizio per far valere la nullità di un contratto che comunque lo lascia in vita.

La nullità si rivela, perciò, un rimedio assolutamente inefficiente, posto che la posizione di inferiorità assunta dall'impresa oggetto di abusi sul mercato richiederebbe che la stessa possa continuare ad avvalersi delle prestazioni dedotte nel contratto stesso, una volta depurate dalle pattuizioni lesive.

Agli interventi sporadici del legislatore italiano si oppone una nutrita casistica nazionale e sopranazionale che si muove sotto il 'livello del radar' giurisprudenziale per cui solo talvolta è toccata e organizzata da questo formante. Mi riferisco, solo a titolo esemplificativo, alle:

- complesse **manovre nel mondo delle telecomunicazioni**, soprattutto tra la fine del secolo scorso ed i primi anni del presente, che hanno dato luogo al fenomeno anche definito *di global antitrust* (1);

1 I 'derivati' sono strumenti finanziari il cui valore definito in un contratto deriva dall'andamento di un'attività sottostante nota anche come underlying asset, ovvero dal verificarsi nel futuro di un evento osservabile oggettivamente. L'attività, ovvero l'evento, che può essere di qualsiasi natura o genere, costituisce, per l'appunto, il 'sottostante' del prodotto derivato.

Nascono essenzialmente come strumenti di copertura o riduzione dei rischi finanziari di un portafoglio preesistente (finalità di copertura o, anche, hedging) dando la possibilità di acquistare o vendere qualcosa (il 'sottostante') in una data futura e a un prezzo deciso al momento della sottoscrizione del contratto.

In realtà tale strumento è stato utilizzato soprattutto o per assumere esposizioni al rischio al fine di conseguire un profitto (finalità speculativa) o per conseguire un profitto privo di rischio attraverso transazioni combinate sul derivato e sul sottostante tali da cogliere eventuali differenze di valorizzazione (finalità di arbitraggio). Ciò ha identificato la natura aleatoria di tali contratti proprio perché l'alea trova negli indici predeterminati l'elemento di razionalità della 'scommessa' sottesa agli stessi.

Tale natura aleatoria, specie quando contratta da Pubbliche Amministrazioni ha giustificato i primi interventi contrari da parte della Suprema Corte di Cassazione che si è espressa nel 2020 a Sezioni unite con la sentenza 12.5.2020, n. 8770, in *Foro News* 18.5.2020 con nota di Palmieri, *Intermediazione e consulenza finanziaria*; in *Ius, Resp. Civ.*, 6.11.2020 con nota di Liguori, *Nullità dell'Interest Rate Swap: le Sezioni Unite sulla determinazione dell'oggetto nei contratti derivati atipici*; poi con l'Ordinanza del 29.7.2021, n. 21830, infine, con l'Ordinanza del 24.7.2023, n. 22014 con cui ha ribadito che il contratto derivato è nullo se non sono in esso esplicitati i costi impliciti, la modalità di calcolo del valore di mercato (*mark to market*) e gli scenari probabilistici.

Per una disamina completa degli interventi in chiave di diritto amministrativo v. Rum, *I contratti derivati. Una disamina sullo stato dell'arte*, in *Il Dir. amm.*, n. 4, aprile 2024; ma più in generale già: Girino, *I contratti derivati*, II ed., Milano, 2010; Vitelli, *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, Torino, 2013.

L'esito degli interventi giurisprudenziali hanno determinato la nullità di tali contratti con la conseguenza che il cliente avrà diritto di recuperare tutti i differenziali negativi pagati.

- problematiche scaturenti dalle **privatizzazioni e concentrazioni bancarie** che tanto male hanno fatto e stanno facendo alla piccola impresa italiana;
- o ancora i casi di **sfruttamento o tesaurizzazione di monopoli di fatto o di essential facility** tra cui esemplare lo sviluppo dei criteri di tolleranza e di ‘prezzo giusto’ e ‘ragionevole’ evidenziati dalla giurisprudenza brasiliana in materia di telecomunicazioni e poi applicata in via analogica anche alle TV *a cabo* ⁽²⁾;
- o, infine, a casistiche approdate recentemente in Italia alle aule giudiziarie ⁽³⁾, come la questione dei **derivati** imposti da banche primarie a piccole medie imprese e amministrazioni pubbliche alla ricerca di opportunità di credito o di risanamento dei propri debiti, rivelatesi spesso un rimedio peggiore del male.

La difficoltà di un approccio sistematico è dovuta al fatto che in un ritorno dal contratto agli *status* un imprenditore è sempre un imprenditore, come tale, in un’ottica attuale, uso ad approfittare del consumatore e titolare della cd. *deep pocket* ⁽⁴⁾. È perciò socialmente incomprensibile vederlo dall’altro lato della barricata come oppresso, vessato, in difficoltà economica e magari a rischio di estinzione!

A maggior ragione diventa complesso «calarsi nei suoi panni» (magari dismessi e a volte meno eleganti di quanto possa astrattamente immaginarsi) e fargli credito di una fiducia e di una tutela diretta.

2 La *deep pocket* –espressione dello slang americano che indica una persona dotata di notevoli capacità finanziarie– è spesso utilizzata nelle ipotesi di responsabilità civile secondo la *Law & Economics*. Si riferisce all’idea che il rischio di un’attività può attribuirsi a chi abbia le migliori condizioni per sopportarlo ed in tal caso viene ad essere uno dei criteri giustificativi per l’allocazione del danno e del rischio.

L’uso del criterio della *deep pocket justification* si deve soprattutto a Calabresi che, individuando nel profilo allocativo la funzione principale del sistema dei *torts*, ha collegato alla funzione risarcitoria - che diventava così una regola di responsabilità secondaria - le teorie della *loss spreading* e della *deep pocket* (cfr. Calabresi, *Some thoughts on Risk Distribution and Law of Tort*, in *Yale L.J.*, 1961, vol. 70, 497; Id., *The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs*, in *Harv. L. Rev.*, 1965, vol. 78, 713; Id., *Fault, Accidents and the Wonderful World of Blum and Kalven*, in *Yale L.J.*, 1965, vol. 75, 216; Id., *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970).

3 Emblematico, per tutti, in tal senso il titolo del libro Roppo *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, che rispetto al precedente volume in tema dello stesso autore (Id., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Ludica e Zatti, Milano, 2001) sviluppa «più compiutamente ricognizioni e riflessioni sui processi di crisi e trasformazione che oggi divaricano l’istituto dai tradizionali modelli di riferimento, e che nel libro appena uscito avevo dovuto in larga misura (e con qualche sofferenza) ‘autocensurare’» (op. cit., VIII).

4 La riflessione di Sr. Henry Sumner Maine deriva dalla sua esperienza personale di membro giuridico del Consiglio del Viceré in India tra il 1862 e il 1869. Tale esperienza lo portò a riflettere sul sistema delle caste e sui doveri di appartenenza ai gruppi sociali, gli status facendogli considerare questi il frutto di società «statiche» e primitive da aprire alla superiore civiltà di società «progressive» attraverso il passaggio «*from status to contract*». V. Maine, *Village Communities in the East and West, Six Lectures Delivered at Oxford*, London, 1871, tr. it. a cura di Cassiani, *Società primitive e diritto antico, scritti di H.S. Maine*, Faenza 1986; Id., *Ancient Law*, Oxford, 1931, tr. it. a cura di Ferrari, *Diritto antico*, Milano, 1998.

Sul punto, nell’ottica delle migrazioni cfr. il mio *Migrazioni e cittadinanza nell’era della globalizzazione: riflessioni di un comparatista*, in *Riv. crit. del dir. priv.*, 2005, 682.

2_ IL CONTRATTO

Lo strumento del contratto, del resto, muovendosi subdolamente all'interno di rapporti necessari per l'esercizio e l'esternazione delle attività imprenditoriali, ed operando ad un livello interprivato, rischia di essere una vera e propria arma letale nelle mani dell'imprenditore che, per dimensioni o per anzianità, ha conseguito un posizionamento significativo, forte o di riferimento sul mercato. Siffatto strumento non solo è in grado di sovvertire gli ordini del mercato stesso, influenzandone il corretto funzionamento, ma può altresì condizionare in modo pregnante le vicende di altri imprenditori con minore forza contrattuale o appena entrati nel mercato, al punto da determinarne la resa incondizionata, l'asservimento, o la definitiva fuoriuscita dalla competizione economica.

La materia contrattuale è da diversi anni oggetto di riflessioni e ripensamenti, non solo in Italia (5). Essa non appare più corrispondere all'immagine descritta dal Maine a cavallo tra fine Ottocento ed i primi del Novecento secondo cui il contratto è il simbolo delle civiltà «progressive», valorizzatore della libertà di scelta, emblema della rivalutazione dell'individuo e della sua liberazione dalla subordinazione al gruppo (6).

- 5 Si è passati da un diritto all'informazione, all'obbligo d'informazione ed infine al dovere di non informare in modo inesatto. Sul punto Grisi, *L'obbligo precontrattuale d'informazione*, Napoli, 1990, 3 ss., 377 ss. Sulla conoscenza dell'informazione sui suoi abusi e sui doveri d'informare nell'ambito dei mercati finanziari v. Carbone P.L., *Il mercato e l'insider trading*, in *Tutela civile del mercato ed insider trading*, vol. 1, Padova, 1993. Una rassegna sulla rilevanza dell'informazione nel quadro dei rapporti interprivati, con riferimento agli oneri ed obblighi d'informazione già presenti nel Codice civile e nella legislazione speciale è offerta da Grisi, *Oneri ed obblighi d'informazione*, in *Nuova giur. civ.*, 1990, II, 252 ss. Sui rapporti tra informazione ed errore nell'ambito del contratto in chiave di *Law & Economics*, essenziale il saggio di Kronman, *Errore e informazione nell'analisi economica del diritto contrattuale*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di Alpa-Pulitini-Rodotà-Romani, Milano, 1982, 332 ss.
- 6 Cfr. per tutti la ricostruzione svolta dal Rescigno, nel suo *Manuale di diritto Privato*, Milano, 2000, 118 ss. Questi, infatti, nel segnalare il differente approccio alla figura degli status da parte dei giuristi di lingua inglese, e riconoscere al Maine la paternità della «formula assai nota che riassume l'evoluzione del diritto, ed anzi dell'intera civiltà, nel progressivo trascorrere della società civile 'dallo status al contratto'», ne ricostruisce il percorso logico secondo cui una organizzazione stratificata attorno a innumerevoli status contraddistingueva le società primitive; lo Stato moderno, al contrario, rimetteva agli individui, alla loro iniziativa e libertà, la costituzione e le vicende dei rapporti privati, sintetizzando così il senso della formula «dallo status al contratto», proposta come legge ricostruttiva ed interpretativa della storia politica e giuridica, dall'antichità ad oggi. Al contrario, nella dottrina italiana, lo status viene messo in relazione con l'esistenza di collettività organizzate e necessarie escludendo l'arbitrio individuale, determinando in tal modo, una relazione tra l'individuo e la comunità che si rivelava utile solo sul piano pubblicistico (*status civitatis*) o al limite nella particolare e primordiale cellula della comunità costituita dalla famiglia (*status familiae*). Tuttavia «il nuovo assetto delle attività economiche realizzato attraverso le corporazioni, a partire dalla Carta del lavoro (del 1927), doveva suscitare, in larga parte degli studi nati dall'esperienza dell'epoca, l'idea che un nuovo status si andava configurando accanto agli stati tradizionali della persona, precisamente lo status professionale. Le attività produttive, gli operatori economici ed i lavoratori venivano inquadrati in 'categorie', e queste erano fissate in modo autoritario e con criteri rigidi; a ciascuna categoria economica corrispondeva una corporazione. La dottrina giuridico-politica di estrazione liberale, nei paesi di lingua inglese segnalò gli esperimenti corporativi del nostro continente e quelli italiani in particolare come l'indizio più grave di arresto del 'movimento dello status al contratto', e vi riscontrò i segni di un cammino che

In particolare, tale riflessione si è sviluppata significativamente avendo come riferimento l'ipotesi in cui uno dei contraenti sia considerato 'debole' inteso però – fino ad oggi – prima come risparmiatore e poi come consumatore.

Nel tentativo di riequilibrare la forza delle parti contrattuali, nel tempo, si sono approntati strumenti di etero regolamentazione pubblica (si pensi alla legislazione nazionale che ha ricostituito le figure degli *status* a partire da quello del lavoratore l. n. 300/70 a quella sull'equo canone l. n. 392/78) poi interventi sempre più pregnanti esperibili dal privato attraverso la previsione di obblighi di informazione (?) che in

cominciava a correre all'incontrario».

Ma per cogliere lo stato attuale della teorica degli *status*, l'Autore, individua «un'altra maniera di intendere gli *status*» di cui «occorre tener conto» poiché, pur non allontanandosi dalla costruzione dominante che ruota attorno ai temi della cittadinanza e della famiglia, ha «adottato un punto di vista che vuol essere puramente logico, libero da ogni preoccupazione dei contenuti sociali e dei caratteri pregiudiziali del concetto». «*Lo status diventa così, semplicemente, 'sintesi ideale di particolari atteggiamenti che assumono talora intere categorie di rapporti sociali, giuridicamente rilevanti, fra un soggetto e tutti gli altri' [...] 'immaginaria qualità personale' (le parole sono di Redenti)*».

La considerazione dello *status* in termini di mera convenienza logica al servizio di ragioni di pratica utilità può essere fornita di due spiegazioni, la prima d'indole tecnica, più strettamente ideologica la seconda, ma entrambe in grado di stempera la figura fino a costituire una «*immaginaria qualità personale*» dovendosi presta prevalente attenzione al profilo processuale della tutela accordata alle situazioni soggettive. Gli stati di famiglia (coniugio e filiazione) e di cittadinanza si presentano allora come materia di pretese del singolo e di accertamento giudiziale, a prescindere dai singoli rapporti che ne derivano.

Ma l'insistenza sul carattere 'intellettuale' della figura degli *status*, pur riconoscendosi che l'immagine è fatta propria dal diritto sulla spinta di bisogni sociali di congruenza, coerenza e certezza dei rapporti, non si lega solamente alla prospettiva dell'azione e del processo. Quel modo di intendere lo *status* discende, innanzitutto, dal rifiuto di un discorso che negli istituti e negli schemi della legge e della tradizione si sforzi di cogliere i contenuti di natura sociale delle scelte legislative, delle classificazioni dell'interprete, e delle categorie dell'esperienza giuridica.

Fermato in termini di «*sintesi ideale*» di rapporti, di formula verbale che riassume una normativa, lo *status* si presenta allora come riferibile anche a situazioni che si determinano fuori della famiglia e dell'appartenenza alla comunità statale; in particolare si parla di *status socii* per descrivere la situazione del socio di un'associazione o di una società, intesa come presupposto dei singoli diritti o doveri (i diritti di partecipazione alle assemblee e di voto, per le società il diritto alla periodica distribuzione degli utili, per taluni tipi di società il dovere di non concorrenza, e così via).

La preoccupazione di ritrovare un contenuto sostanziale al fondo della nozione di *status* e dei singoli stati conosciuti dall'esperienza, facendo prevalere la rilevanza e l'esame delle esigenze sociali sulla operazione logica che costruisce «*immaginarie qualità*», è evidente invece negli scrittori di lingua inglese.

7 La distinzione prende spunto dal celebre caso *Paradine v Jane* [1647] EWHC KB J5, e dalla dottrina della *frustration* nel diritto inglese contrattuale, che reintroduce nel contratto eventi imprevisi che rendono impossibile adempiere agli obblighi contrattuali, o modificano radicalmente lo scopo principale insito nella *consideration* al momento della stipula del contratto.

I *leading cases* come *Paradine v. Jane* avevano escluso la possibilità di rinegoziare o di liberare dagli obblighi il contraente che restava vincolato alla sua prestazione anche quando quella della controparte era divenuta impossibile se la causa di impossibilità non fosse stata espressamente indicata nel contratto.

Il caso *Paradine v. Jane* risale all'epoca della Guerra civile in Inghilterra. Il principe tedesco Rupert era il comandante delle armate dello zio Carlo I. Entrambi gli schieramenti per rifornirsi saccheggiavano le terre dei nobili che incontravano durante le manovre. Il 19 luglio del 1643, le forze inglesi fedeli al re, occuparono un terreno di proprietà dell'attore, Paradine, che era stato dato in fitto al convenuto, Jane. I realisti avevano occupato il terreno per tre anni liberandolo solo nel 1646 quando la resistenza dei realisti era stata definitivamente sconfitta. Paradine ricorse in giudizio per l'adempimento contrattuale dei canoni di locazione, la controparte si difese affermando che: «*uno straniero, nemico del re e del reame aveva invaso il reame con un armata ostile, e con queste truppe era entrato nei terreni in suo possesso e lo aveva espulso*» pertanto non aveva potuto nel periodo indicato ottenere i profitti che avrebbero giustificato un pagamento dei canoni di locazione. Il giudice applicando il principio *pata sunt servanda* obbligò il convenuto al pagamento dei canoni dovuti sul seguente presupposto: «*ammesso che tutto l'esercito sia*

qualche modo ricalcano prima e fuori dal contratto principi tipici del *common law* come il *duty to disclose*; o diritti di recesso (d.lgs. 50/92; l. 189/99 oggi tutte nel Codice del consumo del 2005) o le già citate nullità di protezione, spingendo emblematicamente a casi residuali i principi generali di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.

In sintesi, è sempre più nutrita la schiera degli autori che seguendo Pietro Rescigno sostengono che è ormai evidente il ciclo inverso rispetto alle tesi del Maine e che dunque il *trend* ritorni dal contratto agli *status* (8).

stato di nemici stranieri, avrebbe comunque dovuto pagare l'affitto. [...] qualora sorga un dovere conforme alla legge, e la parte è impossibilitata ad adempiere, senza che vi sia alcun difetto nel suo comportamento, e non vi siano rimedi a tutela, solo allora è scusabile. Come, ad esempio, nel caso di rovina di una casa distrutta dalla tempesta o dai nemici, dove il locatario è scusato. [...] Ora, l'affitto è un'obbligazione creata dalle parti al momento del contratto, con il conseguente obbligo di pagamento e non vi era stata alcuna eccezione», in sostanza il giudice afferma che nel contratto manca una qualsiasi clausola che includesse una causa imprevedibile come l'occupazione da parte di una truppa nemica. «[...] non c'è altra protezione giuridica in presenza di un contratto [...] un'ulteriore ragione è data dal fatto che il locatario può avvantaggiarsi di profitti casuali, così deve correre il rischio di perdite casuali, non potendo far ricadere il peso sul locatore». In definitiva ciò che non è previsto dal contratto non può trovare tutela at law se non in casi estremi. Una parziale (o temporanea) occupazione equivarrebbe ad anni di carestia e di raccolto minore; perciò, se non previsto nel contratto non permetto un mancato pagamento del canone.

Da ciò la differenza tra i contratti '*slim*' di *civil law* che fanno rinvio alle norme codicistiche per tutto quanto non previsto nel contratto e quelli '*fat*' di *common law* che tendono a regolare anche le ipotesi più imprevedute.

8 Tale teoria è nota come teoria dei contratti incompleti e si riconduce a Oliver Eaton Williamson, premio Nobel per l'Economia nel 2009 secondo cui ogni organizzazione economica nasce dal tentativo di minimizzare costi di transazione in contesti caratterizzati da contratti incompleti, investimenti specifici, razionalità limitata e opportunismo. Tale circostanza comporta che ogni organizzazione economica soffra di un problema di contrattazione incompleta. Sono incompleti i contratti i cui termini siano osservabili dalle parti contrattuali ma non verificabili ed eseguibili con certezza e in via forzosa, da terze parti nel caso in cui sorgano controversie tra i contraenti (tipicamente l'autorità giudiziaria). Più precisamente si può affermare che le cause di incompletezza risiedono: a) nell'impossibilità da parte dei contraenti di prevedere ogni possibile contingenza futura che dovesse verificarsi nel corso della relazione; b) negli elevati costi di contrattazione sostenuti dalle parti per accordarsi su ogni singola circostanza e il costo di descriverla in modo esaustivo nel contratto; c) nel costo di ricorrere al sistema legale per ottenere l'adempimento del contratto; d) nella difficoltà di ottenere l'*enforcement* del contratto, a causa delle limitate informazioni esistenti tra le parti riguardo ad azioni, caratteristiche o stati del mondo, oppure alla difficoltà di trasmettere queste informazioni all'autorità esterna.

Williamson sottolinea in particolare che, se le parti inizialmente pattuiscono una determinata cosa, e solo successivamente si rendono conto che quanto pattuito non rispecchia le reali intenzioni delle parti, allora qualunque adattamento che avverrà dopo sarà necessariamente incompleto. Ciò vale in particolare quando a decidere quale possa essere l'effettiva intenzione delle parti e quale l'obiettivo economico prefissato, è il giudice che spesso finisce con il determinare un risultato che nessuna delle due parti avrebbe effettivamente voluto.

La teorica dei contratti incompleti è una diretta conseguenza della razionalità limitata, proprio perché gli individui non sono in grado di descrivere in maniera del tutto razionale gli eventi che si verificano nel mondo che li circonda. Quando i contratti sono incompleti, ogni promessa è esposta al rischio di rinegoziazione, specie nei casi in cui le transazioni richiedono investimenti specifici o irreversibili che mantengono un valore elevato solo all'interno di una data transazione. Ciò comporta che transazioni incomplete sostenute da investimenti specifici saranno realizzate solo quando le parti sosterranno elevati costi di transazione volti a ridurre il rischio di rinegoziazioni contrattuali.

Tra le sue opere principali cfr.: *The economics of discretionary behaviour: managerial objectives in a theory of the firm*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1964; *Corporate control and business behaviour; an inquiry into the effects of organization form on enterprise behaviour*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1970; *Markets and hierarchies, analysis and antitrust implications: a study in the economics of internal organization*, New York, Free Press, 1975; v., altresì, tradotti anche in italiano: *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, tr. it. di *The economic institutions of capitalism*, Milano, 1988; nonché *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, tr.it. di *Economic organization*, Bologna, 1991; *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, tr.it. di *The mechanisms of governance*, Milano, 1998.

Ma un tale fermento di interventi non trova altrettanti risconti – siamo davvero in un mondo parallelo – nei rapporti inter-imprenditoriali, ove *a contrario* l'uso di *forms* predefiniti; il ricorso ad una giustizia conciliativa o arbitrale; il tentativo di scelta della legislazione o di fori particolarmente vantaggiosi; l'introduzione di clausole di rinegoziazione, sono la dimostrazione dell'intento, nemmeno poi così mascherato, di sottrarre dal controllo esterno al mercato proprio i rapporti B2B indipendentemente dai casi di *market failure*.

La dottrina contrattualistica comparatista, attenta alla contrattazione di impresa, nel registrare la riduzione della tendenza a distinguere specie nei rapporti internazionali tra contratti '*slim*' e '*fat*' (9), ha messo in rilievo da diversi anni l'intento delle parti contrattuali di evitare che il 'giudice metta il naso nel contratto' (come fanno ad esempio le Sezioni Unite in materia di riducibilità della clausola penale anche d'ufficio, sul punto Cass. S.U. 13.9.2005 n. 18128), sul presupposto che questi sia in grado di determinare un risultato economico che nessuna delle due parti avrebbe realmente voluto (10).

3_ INCENTIVI E REGOLE

È ragionevole tale differenza tra contratto per tutti e contratto tra imprenditori? Qual è l'approccio cui occorre ricorrere?

Chi non è avvezzo al metodo della *Law & Economics* tende ad invocare genericamente l'intervento del Leviatano in grado di porre il miglior rimedio possibile indipendentemente dalla circostanza che esso, volta per volta, consista in strumenti incentivi o punitivi o che consentano una riallocazione dei diritti (*entitlement*) o delle risorse.

Il più delle volte l'invocazione di 'giustizia', a qualsiasi costo, è prevalente rispetto al metodo con cui la medesima può essere operata.

Dal momento che l'alveo in cui si muove la situazione esaminata è il mercato, nella maggior parte dei casi la tutela o l'intervento previsto rivestirà un carattere

Le tesi di Williamson hanno costituito quel filone di studi economici definiti *New Institutional Economics* o Economia Neo-Istituzionalista, conosciuta anche come Economia dei costi di transazione o *Transaction Costs Economics*. Mentre la microeconomia classica prende l'impresa come una scatola nera (*black box*), l'economia dei costi di transazione, assieme ad altre teorie nate già negli anni Cinquanta, nasce per cercare di capire come le imprese si organizzano al loro interno, ed in particolar modo si concentra sulla dualità tra gerarchia (insieme delle regole formali che definiscono procedure e meccanismi di funzionamento proprie di una qualunque istituzione anche privata come l'azienda) e mercato (libertà di iniziativa lasciata ai singoli di agire anche se spinti dall'individualismo).

In Italia diversi giuristi si sono occupati della teoria del contratto incompleto. Per tutti: Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.

9 Carbone P.L., *Controllo del mercato e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 1990, 596.

10 Kitch in *Economics and the law- From Posner to post Modernism*, a cura di N. Mercurio & S. G. Medema, Princeton University Press, 1997, 54.

prettamente pubblicistico con una spiccata preferenza, nel caso di specie alla ‘tutela del mercato’ piuttosto che ‘alla tutela dell’imprenditore’ esattamente negli stessi termini in cui si presentava il problema in Italia, alla fine negli anni ‘80 con riguardo al risparmiatore, poi consumatore (11).

Ma ciò consentirà, nella maggior parte dei casi, anche qualora o quando verrà posto in essere un intervento legislativo *ad hoc*, al massimo una produzione di meri enunciati privi di *enforcement*.

Anche la cartina di tornasole della *Law & Economics*, specie in chiave coasiana, se in un primo momento sembrerà confortare le scelte pubbliche fin qui operate – volte all’esclusivo intervento pubblico sul mercato, o al ricorso a strumenti come la nullità *tout court* (uno strumento che tutela certamente il mercato e non singoli operatori) – ad un’analisi più approfondita consentirà di offrire alla problematica un metodo ed alcune soluzioni generali e non caso per caso.

Seguiamone perciò l’approccio, spiegandoci anche il perché il diritto e l’economia si siano incrociati in casi di conflitti tra posizioni o se vogliamo valori opposti.

4_ IL PERCHÉ DI UN APPROCCIO DI LAW & ECONOMICS

Un giurista della *Chicago law school*, con riferimento al come sia nata la *Law & Economics (L&E)* ha affermato che: «l’interesse per l’economia (da parte dei giuristi) derivò essenzialmente dalla idea che dal momento che il sistema giuridico interviene nel sistema economico ci occorre imparare come intervenire correttamente e può darsi che gli economisti sappiano qualcosa sul come farlo nel modo giusto» (12).

Una delle più importanti occasioni di incontro tra Diritto ed Economia, anche se non l’unica, è stata ed è quella che tocca direttamente o indirettamente problemi relativi a relazioni tra soggetti muniti di interessi diversi che si scontrano su di un terreno di «concorrenza». Non a caso, Chicago è stata una delle culle della *L&E* e proprio lì la *antitrust economics* ha avuto i suoi sviluppi più importanti e significativi. In particolare, si è affermato: «la concorrenza è stata praticamente inventata dagli economisti appunto nel diciottesimo secolo quando veniva inventata anche la denominazione di economisti per i cultori della nuova scienza

11 Romani, *Pensiero economico, pensiero giuridico e concorrenza*, in *La concorrenza fra diritto ed economia*, a cura di Lipari e Musu, Cariplo la Terza, 2000.

12 La storia del barattolo di fagioli approdato sull’isola deserta dopo un naufragio di un fisico un chimico ed un economista è raccontata tra gli altri da Mitchell Polinsky, *Una introduzione all’analisi economica del diritto*², Roma, 1992, tr. it. e postfazione a cura di Pardolesi, 1 ss.

dell'economia politica. La scienza economica nasce da un problema di filosofia politica. È possibile che una società non gerarchicamente ordinata possa funzionare? È possibile che ognuno faccia quel che gli pare senza che il risultato sia il disordine e il caos?»⁽¹³⁾

Gli economisti, forse fa parte del loro DNA, tentano continuamente con il loro lavoro di dimostrare la non indispensabilità del sovrano, dello Stato sul presupposto che le forze spontanee del mercato possano sempre garantire il buon funzionamento della vita associata.

Ma è proprio su questo punto, sulla libera autodeterminazione della concorrenza, sulla circostanza che la stessa può finire per apparire come uno strumento in mano ad alcuni per sopraffare altri, per dar libero spazio alla rivalità, che ci si è posto il problema di una necessità di controllo dell'anima della concorrenza. Ciò fa rientrare in gioco proprio la forza del diritto e dei giuristi con il loro continuo rincorrere le multicolori farfalle del gioco economico con dei piccoli retini per 'giuridificarle', ingabbiarle in regole e principi.

Il terreno della concorrenza si è rivelato, perciò, più di ogni altro il 'mercato' dove l'incontro tra economisti e giuristi che pure come in qualsiasi mercato muovono da posizioni opposte giungono ad incontrarsi creando un gioco non più strategico, ma cooperativo.

5_ IL TEOREMA DI COASE ED I CASI DI CD. MARKET FAILURE

A Chicago – *sweet home* – per una serie di alchimie imprevedibili, si sviluppano gli studi di Ronald Coase sui costi sociali che, pur non intendendo affatto fondare una scuola di pensiero finiscono per far scattare la scintilla di vita generatrice delle prime cellule della futura 'giuseconomia'⁽¹⁴⁾.

13 I tre soggetti nel chiedersi come aprire il barattolo offrono tre soluzioni tutte, peraltro, suggestive. Il fisico dice: «ho calcolato che la velocità terminale di un oggetto di una libbra – il peso del barattolo – lanciato da un'altezza di 20 piedi è di 183 piedi al secondo. Se mettiamo una pietra sotto il barattolo l'impatto dovrebbe far saltare le giunture senza rovesciare i fagioli»; il chimico risponde: «far così è rischioso perché non possiamo essere sicuri che lanceremo il barattolo dall'altezza giusta. Ho un'idea migliore. Accendiamo il fuoco e riscaldiamo il barattolo sui carboni per 1'37". Ho calcolato che ciò dovrebbe bastare a far saltare le giunture. Questo metodo è meno rischioso perché possiamo sempre togliere il barattolo dal fuoco se comincia ad esplodere prima» La reazione dell'economista è: «può darsi che entrambi i vostri metodi funzionino, ma essi sono troppo complicati. Il mio approccio è più semplice: mettiamo che ci sia un apriscatole?».

14 Nel 1966, George Stigler, figura di spicco della Scuola di economia di Chicago, riassunse la soluzione per il problema delle esternalità in assenza di costi di transazione in termini di costi privati e costi sociali e, per primo, chiamò l'enunciato di Coase 'teorema'.

Il teorema di Coase è un tentativo di dimostrare come, attraverso il mercato, si possa giungere a un'efficienza, intesa come somma netta del benessere sociale (un succedaneo più facile da misurare rispetto alla felicità) superiore rispetto a quella che si può ottenere con l'intervento dello Stato o di altre regolamentazioni.

È a tutti noto che gli economisti ragionano per assunti ⁽¹⁵⁾, in particolare tra quelli del modello neoclassico, cui si ispira la particolare evoluzione di Chicago, quello della perfetta conoscenza di ogni e qualsiasi vincolo ed opportunità da parte di tutti gli agenti economici è fondamentale.

In altri termini ci si esprime dicendo che «*ognuno è il miglior giudice del proprio benessere*». Ognuno, cioè, sa meglio di chiunque altro cosa scegliere e cosa fare per ottenere il massimo (di utilità se è un consumatore, di profitto se è un imprenditore) dalle proprie risorse, dati i prezzi dei mezzi che gli occorrono per ottenere i propri fini.

Su questi assunti si muove la tesi di Coase definito Teorema solo sei anni dopo la sua enunciazione da Stigler ⁽¹⁶⁾.

Il suo enunciato può così sintetizzarsi: posto che ognuno è il miglior giudice del proprio benessere e che i costi di negoziazione e transazione siano nulli, la contrattazione tra agenti economici porterà a soluzioni efficienti da un punto di vista sociale (dette Pareto-efficienti) ⁽¹⁷⁾ anche in presenza di esternalità ed a prescindere da chi detenga inizialmente i diritti legali.

Una formulazione equivalente, afferma che in assenza di costi di transazione, quale che sia la scelta con cui un governo allochi inizialmente delle proprietà si otterrà sempre una soluzione efficiente, perché saranno le parti interessate a contrattare privatamente per correggere ogni esternalità. Come corollario, l'enunciato implica che in presenza di costi di transazione un governo può minimizzare le inefficienze allocando inizialmente le proprietà alla parte a cui assegna maggiore utilità. Si noti che parlando di proprietà si intende la proprietà privata, composta cioè di beni appropriabili: tale

15 L'ottimo paretiano o efficienza paretiana è un concetto introdotto dall'economista italiano Vilfredo Pareto, largamente applicato in economia, teoria dei giochi, ingegneria e scienze sociali. Si realizza quando l'allocatione delle risorse è tale che non è possibile apportare miglioramenti paretiani al sistema, cioè non si può migliorare la condizione di un soggetto senza peggiorare la condizione di un altro.

16 Originariamente, nel contesto della regolamentazione dell'assegnazione delle frequenze radio, Coase propose, nel 1959 che, finché i diritti di proprietà sulle frequenze sono ben definiti, non ha importanza se inizialmente alcune stazioni radio adiacenti interferiscono reciprocamente trasmettendo nella stessa banda di frequenza: la stazione delle due in grado di trarre maggiore vantaggio economico è incentivata a pagare l'altra stazione per non interferire. Se non ci sono costi in questa transazione, ad esempio, tasse, entrambe le stazioni raggiungeranno un compromesso mutualmente vantaggioso a prescindere da chi detiene inizialmente il diritto di trasmettere.

17 Il teorema di Coase del 1960 è uno dei più importanti in tema di inquinamento e di esternalità, sulle sue basi sono state costruite le fondamenta del Protocollo di Kyoto pubblicato l'11.12.1997 nella città giapponese di Kyoto in occasione della Conferenza delle parti 'COP 3' della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC).

In sostanza, secondo Coase nella gestione dell'inquinamento e delle esternalità, le negoziazioni di mercato tra le parti fanno tendere verso un equilibrio socialmente ottimale a prescindere da chi possieda il diritto di proprietà. Lo scopo del Teorema è dimostrare come il mercato possa giungere ad un equilibrio sociale migliore rispetto all'intervento dello Stato o delle regolamentazioni (tasse e standard). Il meccanismo del mercato, però, per funzionare deve coesistere con la piena assegnazione dei diritti di proprietà (ove per proprietà deve intendersi il diritto d'uso di un particolare bene, ad es. terra, fiume, risorse naturali ecc.) dei beni tra gli operatori

teorema non è perciò applicabile alla proprietà pubblica ⁽¹⁸⁾.

L'argomentazione principale di Coase, chiarita nel citato articolo del 1960, è che i costi di transazione non possono essere ignorati e, quindi, l'allocazione dei diritti di proprietà iniziale ha importanza in presenza di effetti collaterali o esternalità.

Dal punto di vista etico e politico, il teorema ha fatto molto discutere perché in pratica sostiene che l'intervento dello stato per trovare una soluzione efficiente da un punto di vista sociale alle esternalità (impatti negativi o positivi nei confronti di altri agenti economici, come ad esempio l'inquinamento) ⁽¹⁹⁾ sarà sempre fallimentare e che il mercato lasciato libero sia da solo in grado di risolvere questi problemi semplicemente contrattando l'esternalità come un bene qualsiasi secondo la legge della domanda e dell'offerta, purché i diritti di proprietà siano ben definiti e quindi sia possibile creare un normalissimo mercato delle esternalità.

Il teorema di Coase presuppone perciò – posto che ognuno sia miglior giudice del proprio benessere – o che i costi transattivi siano uguali a zero o che l'allocazione originaria dei diritti di proprietà diventa di importanza fondamentale.

Ma tali assunti, e soprattutto quello della perfetta conoscenza del proprio benessere è seriamente compromessa dalla esistenza di effetti esterni – dalla esistenza cioè di

18 La teoria del *market egalitarianism* si deve al Loss, *The Fiduciary Concept as Applied to Trading by Corporate «insiders» in the United States*, in *Mod. Law Rev.*, 1970, vol. 33, 34.

Oggi, tuttavia, la letteratura è pressoché unanime nel riconoscere il carattere utopistico della teoria del *market egalitarianism*, che postula il raggiungimento di una condizione di par condicio informativa in capo a tutti i soggetti convergenti nel mercato mobiliare.

Ciò a maggior ragione oggi quando il mercato non è più un luogo fisico di incontro di domanda ed offerta. L'abbattimento delle barriere spaziali solleva nell'attuale new economy problemi in ordine alla circolazione delle informazioni ed all'uso di strumenti virtuali come internet (in proposito v. BESSONE, *I mercati mobiliari*, Milano, 2002, 87 ss., secondo cui lo strumento della virtualità consente sempre più pervasive tecniche di contatto che non comportano la presenza fisica e simultanea dell'impresa offerente e dell'investitore, con conseguenti strategie di mercato, forme di interazione tra intermediario ed investitori, nuovi assetti dell'economia finanziaria che sono in ogni senso molto più di un variante delle tradizionali modalità dell'offerta fuori sede). Diviene quindi inevitabile la formazione delle asimmetrie informative tra i diversi operatori, pregiudicando perciò la razionalità delle scelte e, di riflesso, la funzionalità e l'efficienza del sistema. In quest'ottica, il raggiungimento di un mercato efficiente e funzionale richiede la realizzazione di un ambiente informativo tale da consentire a tutti gli operatori il compimento delle proprie scelte in maniera consapevole, responsabile e razionale.

Sul punto v. altresì diffusamente la posizione critica di Carbone P.L. *Tutela civile del mercato e insider trading – 1 Il mercato e l'insider trading*, Padova, 1993, 59 ss.

19 Per esemplificare potremmo riferirci al caso delle spese per l'istruzione o per la sanità. La motivazione, forse essenziale, addotta per il loro finanziamento pubblico origina dalla loro caratteristica di beni meritori. Si parte dalla constatazione della esistenza di effetti esterni positivi collegati alla fruizione di tali servizi, si dice infatti che i benefici dell'istruzione e della sanità travalicano i consumatori diretti per diffondersi nell'intera società. In queste condizioni la quantità di risorse individualmente dedicate a questo tipo di beni o servizi risulta inferiore a quella socialmente desiderabile o efficiente che dir si voglia. Insomma, gli individui, particolarmente quelli a basso reddito, non valuterebbero correttamente i benefici loro derivanti dall'istruzione e dalla sanità (di base). Ergo lo Stato, in migliori condizioni di loro per effettuare tale valutazione si sostituisce alla loro scelta fornendogli 'più' servizi di quanto da loro stessi richiesti. In realtà, però, la quantità di servizi individualmente richiesta dipende anche dalla distribuzione della ricchezza, non soltanto dalla valutazione dei benefici che ne possono derivare.

situazioni nelle quali il mio benessere (la mia utilità di consumatore o il mio profitto di produttore) è influenzato da altri con i quali non esiste una relazione (non esiste un mercato) che permetta di valutare i costi e i guadagni che reciprocamente ci provochiamo - non si potrà più produrre automaticamente il risultato ottimale di cui sopra, non si avrà più una situazione efficiente od ottimale che dir si voglia. E ciò indipendentemente dall'allocazione iniziale. Al contrario chi ha ricevuto l'allocazione iniziale (in genere colui che è in grado di trarre maggiore vantaggio economico, o che è in condizioni di poter acquistare la risorsa) si comporterà strategicamente per impedirne il trasferimento a chiunque possa trarne effetti esterni. Il punto è che in queste situazioni l'individuo non è più il miglior giudice del proprio benessere, e la società nel suo complesso non potrà più 'fidarsi' del mercato per ottenere il meglio possibile dalle risorse date.

In definitiva, ciò si verifica perché l'assunto che vuole i costi transattivi essere uguali a zero non riesce mai a verificarsi.

Difatti, le relazioni sociali non si sviluppano in campane di vetro ma in un amplissimo tessuto in cui ciascuna scelta avrà sicuramente un'influenza, anche minima, anche di riflesso, sulle altre (cd. effetti esterni o esternalità).

Per correggere queste situazioni - ovvero per far rientrare nel calcolo economico i costi ed i guadagni che sfuggono al mercato o che ne determinano il suo insuccesso (cd. *market failure*), ma che, non di meno, hanno effetto sul benessere degli individui e per ciò stesso devono esser valutati -, occorrerà un intervento extra-individuale.

Tra le situazioni di *market failure*, oltre alle esternalità, si pongono senz'altro le ipotesi di monopolio o di asimmetria (in particolare informativa) che hanno dato luogo all'invocato e falso fenomeno del cd. *Market egalitarianism* ⁽²⁰⁾.

Nel modello neoclassico, quindi, l'intervento allocativo esterno al mercato è invocato per motivi di efficienza, per riportare, cioè, l'uso delle risorse a quello che sarebbe stato se ci fosse stata la perfetta conoscenza dei vincoli e delle opportunità, presupposto necessario per l'instaurarsi di un sistema dei prezzi efficiente capace, pertanto, di garantire il corretto impiego delle risorse. In estrema sintesi, questa è l'impalcatura teorica alla base, ad esempio, degli interventi allocativi destinati alla fornitura dei cd. '*merits goods*', quei beni che si ritiene dover fornire e produrre anche a prescindere dalla volontà degli stessi destinatari. E perché questo? Perché si valuta, per l'appunto, che in talune circostanze non esista la perfetta conoscenza dei propri bisogni, talvolta, cioè, qualcuno non è più ritenuto il miglior giudice del

20 È ciò che ad esempio è avvenuto nel caso dell'insider trading. In proposito cfr. Carbone P.L., Tutela civile del mercato ed insider trading, Padova, 1993.

proprio benessere ⁽²¹⁾.

6_ INTERVENTO PUBBLICO: UNICA SOLUZIONE?

Da sempre tali casi secondo la *Public choice theory* vengono affrontati e risolti

21 Ciò porta alla memoria le affermazioni del giudice statunitense nel caso *Losee v. Buchanan* (51 N.Y., 476 [1873]), che contengono una lode all'audacia dell'imprenditore, da tutelare ad ogni costo per il benessere della collettività, nel senso che la sopportazione di un modesto danno individuale diviene un vero proprio 'dovere sociale' se confrontato con l'acquisizione di benessere collettivo che produce lo sviluppo economico dell'intera società. Così si esprime la corte di New York: «diventando membro di una società civile, io sono obbligato a rinunciare ad alcuni miei diritti naturali, ma ricevo in cambio ben più di una compensazione dal fatto che anche gli altri uomini rinunciano ai miei stessi diritti, alla sicurezza, ai vantaggi e alla protezione che la legge mi concede», ed aggiunge: «noi dobbiamo avere industrie, macchinari, dighe, canali, ferrovie. Esse sono richieste dai molteplici bisogni dell'umanità, e sono alla base di tutta la nostra civiltà. Se ho alcune industrie sul mio terreno, ed esse comportano 'immissioni illecite' sul terreno del vicino e non sono in grado di poterlo evitare in futuro, non sono affatto responsabile dei danni che accidentalmente e inevitabilmente essi possono provocare al mio vicino. Egli riceve un risarcimento di questi danni dal benessere sociale». L'interpretazione del caso fu fatta propria anche dalla dottrina e assunse al ruolo di teoria generale grazie soprattutto alle pagine di Holmes, *The Common Law*, Boston, 1881, 94 ss., tr. it. a cura di Lambertenghi, *Il diritto comune*, 1888-1889, il quale, sostenendo l'assenza di cases o principles che permettessero di assoggettare qualcuno a responsabilità per il danno prodotto da atti non imputabili a sua colpa, dichiarò che «the general principle of [...] law is that loss from accident must lie where it falls». Il case nordamericano *Losee v. Buchanan*, è riportato in Alpa e Bessone, *La responsabilità civile*², Milano, 1980, 118 s., nonché commentato in Id., *La responsabilità civile. I. Illecito per colpa, rischio d'impresa, assicurazione*, Genova, 1975, 64 ss., riguarda un soggetto il quale, colpito dallo scoppio di un bollitore a bassa pressione per il caffè, aveva citato in giudizio il fabbricante per il risarcimento danni. Sul caso cfr. altresì: Bessone, *Il problema negligence e l'evolere verso il moderno regime della law of torts. Ancora sul ruolo dei giuristi*, in *Nuovi saggi di diritto civile*, Milano, 1980, 201 ss., ora anche in *La responsabilità civile nei sistemi di Common Law: Profili generali*, a cura di Maciocie, Padova, 1989, 193 ss.; Alpa, *Teorie e ideologie nella disciplina dell'illecito (Appunti sull'evoluzione della 'tort liability')*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 814 s., ora anche in *La responsabilità civile nei sistemi di Common Law: Profili generali*, op. cit., 269 s.; Prosser, *The Law of Torts*³, St. Paul (Minn.), 1964, 724 ss.

In questa logica per il sistema nord-americano 'nessuno' poteva essere ritenuto responsabile per danni causati ad altri in assenza di prova di una sua *fault or negligence*. Va rimarcato come all'epoca era in atto una vera e propria *lawyers-merchant alliance*, tra il procedere a grandi passi dello sviluppo industriale e le direttive della giurisprudenza intesa a non gravare le imprese di una eccessiva responsabilità. Sull'influsso che un siffatto 'accordo' ha esercitato nell'ambito del sistema di *common law*, con riflessi sia sulla disciplina contrattuale che sulla *property law* cfr. Prosser, *Revising the Conservative Tradition: Towards a New American Legal History*, in *New York Uni. Law Rev.*, 1977, vol. 52, 700 ss.

Il case *Losee v. Buchanan*, è in genera affiancato ad un altro case inglese che si muove con la medesima logica: *Winterbottom v. Wright*, [1842], 10 M. & W., 109, 152 Eng. Rep. 402, la pronuncia (integralmente tradotta in Alpa e Bessone, *La responsabilità civile*, op. cit., 105 ss.) concerne il caso di un cocchiere che aveva subito un grave incidente per il ribaltamento di una diligenza provocato da una riparazione effettuata con scarsa perizia da parte del fornitore del veicolo, il quale si era obbligato a provvedere alla sua manutenzione in base ad un contratto concluso con la società che gestiva il servizio di trasporto.

Nel caso *Winterbottom v. Wright* la *Court of Exchequer* negò – pur in presenza del nesso causale, di evidenti pregiudizi, e di altrettanto indubbia *negligence* – il risarcimento dei danni all'attore (privo di un rapporto contrattuale diretto col convenuto) basandosi sull'assunto che gli interessi dell'impresa (equiparati all'interesse sociale) dovessero essere privilegiati a qualunque costo. Ciò nel timore che un scelta opposta avrebbe potuto costituire un pericoloso precedente in grado di autorizzare un incontenibile numero di richieste di risarcimento dei danni provocati dalle imprese, anche al di fuori del rapporto contrattuale. Una siffatta circostanza avrebbe rappresentato un onere troppo gravoso per l'*infant industry* che andava perciò messa al riparo da simili *outrageous consequences*.

A seguito del caso *Winterbottom v. Wright* viene maturando il principio che solo chi sia in *privity of contract* col danneggiante possa ottenere un risarcimento. Sulle conseguenze prodotte dal detto caso cfr. fra l'altro Prosser, *The Assault Upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)*, in *Yale Law Journ.*, 1960, vol. 69, 1099 ss.; Rabin, *Some Thoughts on Tort Law from a Socio-political Perspective*, in *Wisconsin Law Rev.*, 1969, vol. 50, 51 ss.; Bessone, *Progresso tecnologico, prodotti dannosi e controlli sull'impresa*, in *Pol. dir.*, 1972, 206 ss.; nonché Alpa, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, 18 ss., cui si rinvia per una più accurata bibliografia. Sul punto v. altresì Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 380, nt. 100; Carbone P. L.,

attuando regole di intervento pubblico dirette alla tutela del mercato e all'eliminazione delle alterazioni alle regole concorrenziali, ma solo indirettamente a combattere le ricadute dei comportamenti complessivi di imprenditori «prepotenti», sugli altri *competitors*.

In quest'ottica l'intervento pubblico sul mercato o l'intervento regolatorio del Leviatano di fronte alle ipotesi di *market failure* hanno volta per volta fatto ricorso a strumenti di tipo tassazione/incentivo – che spesso non tiene affatto conto del profilo soggettivo dei soggetti passivi dell'intervento (es. imprese quotate, non quotate, piccole o micro imprese) – o all'intervento di autorità regolatrici con il compito di vigilare sul regolare andamento del mercato e di punire i comportamenti vistosamente anticoncorrenziali ⁽²²⁾.

Ciò senza verificare se altri strumenti, volti a tutelare non più il mercato in sé, ma gli interessi di singoli operatori che si muovono sullo stesso – e dunque offrendo al mercato, a *contrario*, solo una tutela indiretta – siano potenzialmente in grado di sanzionare o inibire il perpetrarsi di comportamenti illegittimi o di contribuire in misura altrettanto «efficiente», in piena chiave giuseconomica, al corretto funzionamento del mercato.

Il problema vero è, dunque, se occorra dare spazio a questa sola visione del mercato, quella della concorrenza pura.

È unicamente l'intervento pubblico, come quello *Antitrust*, l'unico strumento di regolazione del mercato? Possono essere riconosciuti ai singoli poteri o soluzioni per modificare o influenzare il mercato?

22 Cfr. l'intramontabile saggio di Ascarelli, *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, t. I, p. 3. Sin dalle origini fondanti della nostra civiltà, al diritto codificato ossia alla legge viene contrapposta l'universalità di valori umani che nessuna norma positiva può negare: all'iniqua legge dello Stato promulgata da Creonte, che nega universali sentimenti e valori umani, Antigone contrappone le 'non scritte leggi degli dèi', i comandamenti e i principi assoluti che nessuna autorità può violare. Il capolavoro di Sofocle è una tragica espressione del conflitto tra l'umano e la legge, che è pure conflitto tra il diritto e la legge. Il decreto iniquo di Creonte è una legge positiva, con un suo contenuto specifico. Ad essa Antigone contrappone un diritto non codificato, potremmo dire consuetudinario, tramandato dalla *pietas* e dall'*auctoritas* della tradizione, che si presenta quale depositario stesso dell'universale, un diritto al di sopra della legge positiva. In questo caso, esso corrisponde a imperativi categorici assoluti; Antigone è il simbolo intramontabile della resistenza alle leggi ingiuste, alla tirannide, al male. Ma Antigone è una tragedia ossia non è solo una nitida contrapposizione di pura innocenza e truce colpa, ma è un conflitto nel quale non è possibile assumere una posizione che non comporti inevitabilmente, per tutti i contendenti, anche i più nobili, pure una colpa. Sofocle, genialmente, non raffigura Creonte quale un mostruoso tiranno, ma è un governante le cui responsabilità di governo, di tutela della città, possono chiedere di tener conto delle conseguenze, sulla vita di tutti, di una disobbedienza alle leggi positive e di un possibile caos che ne segua. A seconda della costellazione storico-sociale, la libertà e la democrazia si difendono appellandosi al diritto non scritto, depositario di tutta una tradizione culturale, o alla legge positiva. Ma - come ha sottolineato Ascarelli - Shakespeare, nel *Mercante di Venezia*, ci mostra genialmente come l'umanità, la giustizia, la passione, la vita, vengano salvate da Porzia travestita da sottilissimo e capzioso avvocato, grazie al formalismo giuridico più sofisticato, che autorizza Shylock a prendere una libbra di carne dal corpo di Antonio, ma senza versare neanche una goccia di sangue. Non è il caldo appello all'umanità, ai sentimenti, alla giustizia a salvare la vita di Antonio, bensì il freddo richiamo avvocatescò alla lettera formale della legge. Questa freddezza logica salva i valori caldi: non solo la vita di Antonio, ma anche l'amicizia di Antonio e Bassanio e soprattutto l'amore di Porzia e Bassanio, prima turbato dall'angoscia di quest'ultimo per la sorte dell'amico: «*Voi non giacerete accanto a Porzia con l'animo inquieto*», dice la donna all'amato, decidendo allora di liberarlo da quell'inquietudine che offusca l'eros e di salvare dunque, con i cavilli legali, Antonio.

Nella logica del mercato libero l'imprenditore debole (come la gazzella o la zebra malata o troppo giovane e inesperta, nella logica della lotta per la sopravvivenza darwiniana) o si fa le ossa da solo o è inadatto e inadeguato, potendo ben morire o fallire nell'interesse della collettività ⁽²³⁾.

In questo rinnovato *struggle for life* si apre ancora una volta il conflitto tra diritto morale e diritto civile che, ricordando Ascarelli, può essere risolto, per evitare il dramma dell'Antigone, solo dalla saggezza interpretativa di Porzia nel mercante di Venezia di shakespeariana memoria ⁽²⁴⁾.

La questione, del se l'unico strumento per regolare i *market failure* sia l'intervento pubblico sul mercato con scelte che influenzano in via esclusiva e diretta il mercato stesso, coinvolge il complesso rapporto tra intervento pubblico ed autonomia privata e può essere risolto solo in una chiave di lettura più ampia ⁽²⁵⁾.

7_ QUALCOSA STA CAMBIANDO: ANOTHER VIEW O OF CATHEDRAL

I rapporti oggetto di analisi mostrano come la vicenda dell'imprenditore 'debole', fino a ieri quasi un ossimoro, un contrasto stridente, possono rappresentare la nuova frontiera di passaggio di *property rights*, non diversamente da quanto avvenuto in materia di costi sociali e di *consumerism*, che pure partivano da posizioni difficilmente ribaltabili e che hanno rappresentato i primi ambiti di indagine dell'EAL ⁽²⁶⁾.

Per verificare, dunque, se si sia cominciato il guado e, eventualmente, in quale punto ci si trovi in questa fase, occorre esaminare gli strumenti attualmente a disposizione dell'interprete, per considerare se, ancora una volta con gli occhi impressionistici di Claude Monet di fronte alla Cattedrale di Rouen, l'ora è cambiata e siamo di fronte, parafrasando *Calabresi & Melamed ad una another view of Cathedral* (1972) ⁽²⁷⁾.

L'approccio calabresiano di L&E che mescola giustizia ed efficienza evidenzia,

23 Sul punto cfr. Carbone P.L., *Autonomia privata ed intervento pubblico: un conflitto a più livelli ordinamentali*, in *Diritto Privato europeo, Fonti ed effetti*, a cura di Alpa e Danovi, materiali del seminario del CNF dell'8-9 novembre 2002, Milano, 2004, 287 ss.

24 V. ancora una volta il celeberrimo *leading case* *Losee v. Buchanan*, 51 N.Y. 476 [1873] secondo cui il prezzo della modernizzazione legittimamente compromette alcuni diritti.

25 Calabresi & Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 1972, vol. 85, 1089.

26 Il libro si può leggere sul sito: www.ec.europa.eu/comm/competition/cartels/studies.

27 Neelie Kroes, *Building a Competitive Europe – Competition Policy and the Relaunch of the Lisbon Strategy*, conferenza tenuta all'Università Bocconi di Milano il 5.2.2005, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-78_en.htm.

infatti, che prima di qualsiasi cosa occorre individuare a quale delle due parti nel conflitto di interessi occorra assegnare gli *entitlement* realizzando il miglior effetto distributivo, e successivamente individuare quale regola utilizzare per tutelare la posizione raggiunta.

Nel caso dei consumatori, si è visto, il passaggio dell'*entitlement* è avvenuto generando come tutela una serie di regole miste, a seconda dei casi: proprietarie o di *liability*.

Nel caso in esame attribuire l'*entitlement* ancora una volta al contraente debole garantendo la sua posizione con una *liability* consentirebbe sì all'altra parte di infrangere l'*entitlement*, ma tramite il risarcimento permetterebbe un più efficiente uso delle risorse ed il verificarsi di quell'obiettivo redistributivo che differenzia la riflessione calabresiana da quella originaria coasiana.

8_ SEGNALI VISIBILI

Qualche avvisaglia potrebbe già esserci visto che l'art. 36 del nuovo codice del consumo al comma 4 rievoca l'espressione dell'art. 1469 quinquies c.c. in materia di contratti con il consumatore affermando che «*il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni subiti in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole abusive*» ove non si capisce come mai improvvisamente l'imprenditore, quello piccolo, quello debole, fa il salto della barricata e si avvicina al contraente 'debole' consumatore.

Forse anche il ricorso generale alla responsabilità «contrattuale» laddove non sempre siamo di fronte ad un contratto è riconosciuta in materia di buona fede, ad esempio, *in executivis* o in precontrattuale.

In tali sensi senza altro di grande interesse il Libro verde della Commissione comunità europea (19.12.2005) in materia di «*azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*» ⁽²⁸⁾.

Sintomatica, altresì, le dichiarazione del Commissario Neelie, Membro della Commissione Europea responsabile per la politica della concorrenza, secondo cui indistintamente «*business and consumers in Europe have a right to damages if they have lost out as a result of the anti-competitive behaviour of others*» ⁽²⁹⁾.

Questi 'segnali di fumo', non possono passare inosservati e devono ritenersi quantomeno un preludio di un cambio di sensibilità e di un verosimile mutamento di obiettivi da perseguire.

La concezione unitaria del contratto ha già incontrato una prima frattura che ha messo in luce una differente anima a seconda del soggetto che tale contratto conclude dando rilevanza al riemergere degli *status*. Il contratto monolitico basato sulla presunta parità delle parti si è frantumato in due tutelando il contraente più debole che agisce per scopo di consumo.

La prospettiva che si intravede attraverso questi ‘segnali di fumo’ lascia presagire che tale frazionamento non resti un’esclusiva di chi agisce per scopo di consumo, ma finisca per travolgere positivamente anche chi – pur rimanendo debole – agisca per scopi inerenti la propria attività professionale.

In tal caso l’intervento da preferirsi resta sempre quello di salvare il contratto affinché possa produrre un qualche effetto depurato, ovviamente, di quelle parti che schiacciano il contraente debole. Ciò potrà aprire la porta a tutta una serie di scenari di tutela sia nei confronti delle controparti principali (fornitori unici, o committenti di subfornitura), sia nei confronti di tutto il sistema contrattuale necessario per la sopravvivenza di un’impresa (banche, assicurazioni ecc.).

In tale scenario il contratto ricorda sempre più la mitologica figura dell’Idra di Lerna ove ogni testa tagliata (delle nove originarie), veniva subito rimpiazzata da altre due.

In conclusione, siamo davvero di fronte ad un’altra *view of Cathedral*? Ad un nuovo mutamento di ora? ... e soprattutto che ora è?

International Cooperation in Competition Law in Latin America

JULIÁN PEÑA
(Allende & Brea and Universidad Torcuato Di Tella)

abstract

The purpose of this paper is to see how much influence international cooperation has played in the development of competition law in the Latin American region, both in the introduction of new legal regimes in the region as well as in its enforcement, taking into consideration the vast variety of economic, political, social and geographic difference found among the different Latin American countries. This paper also analyzes the importance of recognizing the existence of such differences in order to make a more efficient use of the existing resources.

The development of international cooperation in Latin America has reflected how the different players have understood the need to seek particular solutions for each jurisdiction or region avoiding the “one size fits all” approach of the past. The wide variety of international, regional and bilateral initiatives that aroused in the past decade and the growing number of initiatives reflects the growing interest of the different Latin American jurisdictions in the development of competition law, though posing certain challenges to the region.

International cooperation in Latin America (mainly through technical assistance, though also through bilateral cooperation among agencies in different enforcement cases), has played a key role in the development of competition law in the region. Without this cooperation, the learning process for many Latin American competition agencies would have been much more slow and difficult.

key words

Latin America, Competition Law, International Cooperation, Technical Assistance, Competition Policy

INTRODUCTION

Prior to analyzing the influence of international cooperation in the development of competition law in Latin America, a few semantic issues need to be straightened out for the sake of clarity. The scope of the paper covers three very broad concepts that need previous clarification as to how they are interpreted in order to avoid misunderstandings.

First of all, the concept of international cooperation could be misleading when analyzing the development of competition law in Latin America since it would be more appropriate in most cases to talk about technical assistance. The concept of cooperation implies, from a semantic perspective, a joint or reciprocal effort, while most parts of the region have so far been mainly receivers of technical assistance provided by either an international organization, a foreign country or a civil institution. There are, however, certain countries in the region that have either moved to the giver end of the technical assistance equation and/or have started working together in specific cases in joint efforts with enforcers from other jurisdictions.

A second broad concept that needs prior clarification is what it is that we are talking about when talking about competition law or policy. Although it may seem obvious that everyone is speaking the same language when talking about competition law, in practice, we find throughout the region very different interpretations of what competition law is or should be. This broad interpretation has led to a point that competition law has in some places mutated into a modern and politically correct multi-purpose tool for governments to keep intervening in the markets for purposes other than the traditional goals of competition law in developed countries. The problem gets bigger if we refer to competition policy since “policy” is translated into Spanish by using the same word used to translate “politics”: *política*. The existence of a dual interpretation of the concept *política* helps understand why some governments are sometimes confused on what competition law or policy means and how it should be enforced.

Finally, we need to understand what we are talking about when we refer to the concept of Latin America. Through this sweeping concept, we include the Spanish speaking countries south of Rio Grande plus Brazil, thus including a vast number of countries with very diverse economic, geographic, social and political realities and dimensions. It includes big countries such as Brazil, Mexico and Argentina and smaller countries such as Bolivia, Ecuador, Guatemala, and Costa Rica, just to name a few. Even in the ways their current governments conceive the paradigm of state intervention in the markets, the region is so broad that within it there is place for countries such as Venezuela, Ecuador, Bolivia, and Nicaragua, as well as countries

much more market oriented such as Chile, Colombia and Peru, among others. Even in the development of their competition regimes, there is a significant distance between the different jurisdictions. Latin America has countries with many years of enforcement and a continuous growth in the level of its development (such as Brazil, Chile and Mexico, for instance) and other countries that are taking the very first steps (such as Ecuador, Paraguay and Dominican Republic, among others).

There are, however, common patterns that permit us to make the proposed analysis even though each jurisdiction has its own characteristics, timing and intensity regarding enforcement. Most countries experienced the same path of development and have received similar international cooperation or technical assistance at some point in time.

The purpose of this paper is to see how much influence international cooperation has played in the development of competition law in the Latin American region, taking into consideration the vast variety of economic, political, social and geographic difference found among the different Latin American countries. This paper will also analyze the importance of recognizing the existence of such differences in order to make a more efficient use of the existing resources.

2_ THE CONTEXT OF THE DEVELOPMENT OF COMPETITION LAW IN LATIN AMERICA

In an interview with William Kovacic at the Annual Competition Law Conference of the International Bar Association in 2012, he pointed out that in technical assistance “you learn quickly that context matters a lot.”¹ This is also true for Latin America. The context of the development of competition law in Latin America helps explain how competition law has arisen in the region and why it has developed the way it did in most countries.²

First of all, and in a large contrast with the United States, due to centuries of Spanish and Portuguese (in the case of Brazil) colonialism, there is almost a complete lack of a competition culture in the region. Instead, throughout Latin American countries, there is a historical anti-market institutional system where the government

1 Michael Reynolds, *An interview with William Kovacic, Former Chair of the U.S. Federal Trade Commission*, 9 *Comp. Law Int'l.* 1, 15 (2013), p. 15.

2 See Julián Peña *Competition Policies in Latin America, Post-Washington Consensus*, in *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, 732 (Philip Marsden ed., 2006); Julián Peña, *The Limits of Competition Law in Latin America*, in *The Global Limits of Competition Law*, 236 (Ioannis Lianos & Daniel Sokol eds., 2012).

is or has been omnipresent. As Ignacio de León points out, “colonial mercantilism was a natural response to the increasing militarization propelled by the colonization of the Indies and the huge indigenous civilizations that needed to be Christianized. The proliferation of legal monopolies was a natural outcome of this process.”³

Although free market ideas inspired most nineteenth-century Latin American constitutions, from the 1920’s to the 1980’s, the vast majority of the region’s governments followed a paradigm of strong state interventionism in the market. The two pillars of development policies within Latin America were: (1) protecting local industries from foreign competition and (2) regulating internal markets.⁴ The major policies in the region during this period included: (1) price and exchange controls, (2) large state-owned enterprises, (3) strong government incentives to promote production of certain goods or regions, (4) foreign investment limitations, and (5) high trade barriers to implement import substitution mechanisms.

Since the late 1980’s (at least until the late 1990s’), Latin American countries started implementing the pro-market policies included in the so-called Washington Consensus. In particular the different countries, at their own pace and manner: a) deregulated their economies; b) privatized the state owned enterprises; c) eliminated some government subsidies; d) received strong foreign investments inflows; e) liberalized their foreign trade; and f) implemented competition policies. This overnight pendulum shift of the economic paradigm was not a result of a drastic self-examination and recognition of the failure of the previous paradigm. Instead, it was a set of “recommendations” from the Washington-based international financial institutions, which needed to be followed by the different countries in order to attain debt relief.

The failure of the Washington Consensus policies to provide sustainable development with social welfare in the region resulted in a return to the greater state interventionism paradigm. Since the return of significant state intervention, there has not been a common paradigm but many different approaches. In December 1994, with the onset of the Mexican crisis, a turning point in the development of policies occurred in the region. In 1998, disenchantment with the Washington Consensus policies began to materialize. Afterward, the regional economic situation started to deteriorate, as did the political support for the structural reform process. Since then, the people of Venezuela, Ecuador, Brazil, Argentina, Bolivia, and Uruguay have, among others, elected as their presidents the candidates who had, at least in their political

3 Ignacio De León, *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience* 11 (Wolters Kluwer 2009).

4 Julián Peña *Competition Policies in Latin America, Post-Washington Consensus*, in *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, 732 (Philip Marsden ed., 2006).

discourse, an anti–Washington Consensus position.

Instead of having a new positive consensus, there is now an agreement merely of the failure of the Washington Consensus policies to solve the region’s historical development problems. Most Latin American governments would agree that a fiscal-oriented model without equity and social awareness cannot be a legitimate path toward integrating the region in a globalized world.

However, there are currently at least as many alternative paths as there are countries in the region. The role of state intervention in the market is a crucial issue that has been interpreted differently throughout the region. A common response to the crisis of the Washington Consensus in the region is characterized by a greater presence of the state in the market. The difference is, however, the degree of this return to state interventionism.

The long-standing tradition of government *dirigisme* has resulted in a strong institutional corporatism. According to De León, “Latin American corporatism follows an organization format imposed ‘from above’ by governments, and was institutionalized prior to the consolidation of industrial capitalism or any autonomous social movement.”⁵ The strength of this corporatism is reflected in the various exemptions from antitrust enforcement introduced in the different antitrust legislations in Latin America. These exemptions that, as De León points out, in some countries cover over sixty percent of the GDP, evidence “that antitrust provisions in Latin America are deeply influenced by the institutional corporatism and fragmentation of property rights that have long influenced policy making in the region.”⁶ Examples of antitrust exemptions include labor unions (Dominican Republic), agricultural producers (Venezuela), or public services (Costa Rica and Colombia).

Historically, Latin American countries utilized protectionist policies. The import substitution schemes imposed throughout the region are just one of the many mechanisms used by Latin American governments over time to protect local industries from foreign competition. The pendulum shift toward trade liberalization in the 1990’s led to a severe injury to the local industries that overnight faced competition, without a sufficient transition period. Latin American countries launched regional trade agreements (Mercosur) or revised existing agreements (Andean Community) in the 1990’s. Moreover, negotiations for broader free trade agreements were launched (Free Trade Area of the Americas [“FTAA”], EU-Mercosur) and the Latin American countries agreed to the Uruguay Round agreements signed in Marrakesh that are the basis for

⁵ De León, *supra* note 3, at 586.

⁶ *Id.* at 50.

the World Trade Organization.

These developments led to a fierce counter-reaction by local businessmen who demanded that governments create protectionist measures to favor domestic industries. Consequently, during the first decade of the new century the regional trade agreements suffered severe setbacks, the broader free trade projects were frozen, and many nontrade barriers were enacted. These developments significantly reduced potential entry by foreign firms.

However, the new shift toward protectionism has not been the same across the region. Each Latin American country has adopted a different attitude toward the post-Washington Consensus paradigm, from mere declarations to strong protectionist measures. The degree of protectionism also has varied in intensity over time, in which the international financial crisis of 2008 has had a relevant impact on the adoption of these measures.

For many decades, businessmen were forced to negotiate with or to apply to government officials for permission to set prices or to increase them. This practice obliged competitors to meet among themselves to negotiate a common strategy. Some industries were regulated and had special government agencies that set prices and quantities (e.g., meat, sugar, and grains). In other industries, to fight inflation governments arranged price agreements with the businessmen and treated these agreements as necessary and beneficial for consumers. Although these agreements were difficult to enforce, they trained generations of businesses in the practice of arranging prices with their competitors with the government's consent.

The combination of deregulation and of competition law enforcement in the 1990's created difficulties for local businesses since they were not prepared for such an abrupt change in price-setting practices. In prior decades, it was more profitable for businesspeople to spend more time and resources lobbying government officials for prices and protectionist measures than investing in improving their competitiveness. Ironically, there have been cases in different countries where the competition agencies have opened investigations on price or quota agreements consented to by a previous government (e.g., Brazil, Argentina), though there are no known cases where fines were actually imposed for such practices.

For decades, Latin American markets were protected from foreign competition. In many markets, there was no price competition. Consequently, Latin American businesses lacked incentives for innovation. This was reflected in low levels of investment and research and development. This situation was aggravated by insufficient protection of intellectual property rights and inefficient and sometimes nonexistent government policies to promote investment. Furthermore, restrictions on

technology transfer and on imports of capital goods and new technologies together with limited access to financial markets created a situation that discouraged innovation.

The state presence in the market in Latin America has been very strong since colonial times. Manifesting this presence has been price controls, state-owned enterprises (particularly in utilities), government subsidies to promote production of certain goods or regions, and trade barriers, among other means of intervention. Governments also implemented foreign investment laws to restrict the entrance of new competitors.⁷ The consequence of the policies implemented during various decades resulted in the development of obsolete industries and highly indebted governments ending up in what was called the “lost decade” of the 1980’s.

The existence of different social values has had a significant influence on the success of the adoption of competition policies in Latin America. Since antitrust law originally developed in the United States, the system of values in which the antitrust law exists has affected implementation. Given the Protestant roots of the American values, competition is a natural means to reach the success requested by Calvinism’s predetermination beliefs.

On the contrary, Latin American countries have inherited the Catholic values brought by their Spanish and Portuguese conquerors. Based on that system of values, individual success is relegated to social justice and to the prioritization of family and friendship. Additionally, individual success is not necessarily perceived by society as something positive and generally provokes distrust as to the means used to achieve such success.

The differences in the value systems helps to explain the difficulties encountered in introducing antitrust leniency programs. In Latin American societies, the snitch is seen as the worst social pariah. This different value system is seen even from early ages. For instance, classmates at school condemn the snitch who denounces a classmate to the teacher for cheating, while the cheater receives no social punishment from his peers.

Market participants in Latin America behave differently than in the developed countries. The existence of strong competition from informal markets and the existence of economic instability or inflation have a relevant influence in the way market participants behave, both from the supply and the demand side. The difficulty of access to the financial system, local consumption habits, and insufficient transportation infrastructure also impact market behavior. Supermarkets are an

7 Moisés Naím, *Does Latin America Need Competition Policy to Compete?*, in *Competition Policy, Deregulation, and Modernization in Latin America 2*, (Moisés Naím & Joseph Tulchin eds., 1999).

example of how the same product market should be analyzed differently between developed and developing country antitrust agencies. Consumption habits, distances, transportation infrastructure, and competitors are substantially different in the United States, Europe, and Latin America. Therefore, basing an antitrust market analysis on the case law of other jurisdictions could lead to conclusions that could even be negative for consumers. Also, the level of substitutability in the determination of the relevant market should also reflect the peculiarities of the local habits. With fewer economic resources, Latin American consumers may be more open to adopt an alternative product more easily than what a consumer in a developed country might do. The adoption by Latin American antitrust enforcement agencies of foreign relevant market definitions may also lead to improper conclusions as well.

3_ THE STAGES OF THE DEVELOPMENT OF COMPETITION LAW IN LATIN AMERICA AND THE ROLE OF INTERNATIONAL COOPERATION

International cooperation (through technical assistance) was critical in the creation of competition law regimes in the region, and it has been critical since the beginning because of the lack of expertise in the region when the first competition laws were implemented. As De León says, “international donors like USAID, GTZ, Cooperación Española, and others have generously contributed to the development of antitrust policies in the region. Of course, their generosity is not devoid of guile. Foreign investors have pressed for the creation of commercial rules similar to those they have at home, and antitrust is no exception.”⁸ Similarly, from the European Commission they were trying to spread the gospel according to Brussels in the region. As a result, as De León describes, “the diversity and ambiguity of sources influencing competition policy enforcement in Latin America has created confusion over the principles to be adopted and how the policy should be enforced.”⁹

The role of technical assistance is more important in the creation of new competition law regimes and in implementing such a system. However, once a regime starts consolidating, it adapts its laws to the local needs, and it also begins integrating the international cooperative framework, working with other jurisdictions

⁸ Ignacio De León, *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience* 81 (Wolters Kluwer 2009).

⁹ *Id.* at 241.

through cooperation agreements. Most jurisdictions in Latin America have been, or are currently, given technical assistance in the process of creating and implementing their competition regimes. Some nations have been able to adopt their competition laws to their local needs. There is still very limited experience in the region with regard to successful and effective international cooperation (understood as a joint effort among peers) with other agencies in the region.

There have so far been three stages in the development of competition law in Latin America.¹⁰:

- 1_** A preliminary stage, where a few countries in the region had some basic and vague legislation with poor enforcement (Argentina in 1923, 1946, and 1980; Brazil in 1962; Chile in 1959 and 1973; Colombia in 1959; and Mexico in 1934);
- 2_** A second stage, where most Latin American countries either modernized the existing competition laws (Argentina in 1999; Brazil in 1991 and 1994; Chile in 1999; Colombia in 1992; and Mexico in 1992) or introduced modern ones with the guidance of international organizations (Andean Community in 1991 and 2005; Bolivia in 2008, Costa Rica in 1994 and 2012; the Dominican Republic in 2008; Ecuador in 2011; El Salvador in 2005; Honduras in 2006; Mercosur in 1996; Nicaragua in 2006; Panama in 1996 and 2007; Paraguay in 2013; Peru in 1991; Uruguay in 2000, 2007 and 2021; and Venezuela in 1991); and
- 3_** A stage of consolidation of the existing regimes (Argentina in 2018, Chile in 2004, 2009 and 2016; Colombia in 2009 and 2022; Mexico in 2006, 2011 and 2014; Peru in 2008, 2019 and 2021, and Brazil in 2011), with the introduction of substantial amendments to their laws based on their own experience and on the ideas taken from the best practices agreed at the international forums, with significant debates and strong political support from their governments.

The new competition laws and the manner in which they were enacted demonstrate a level of maturity and consolidation of the competition regimes in certain parts of the region that is likely to be followed in the near future by the other

10 Julián Peña, *The Consolidation of Competition Law in Latin America*, 11 Comp. Pol. Int'l. Antitrust Chron., 1, 1 (2011).

Latin American countries, though each at its own pace and in its own fashion. Some countries, for instance, are relative newcomers to having antitrust laws (e.g., Ecuador in 2011 and Paraguay in 2013), while others are still debating whether to have such kind of laws (e.g., Guatemala). Many of the Latin American countries had previously made some amendments to their laws at different levels (procedural, substantial, and/or institutional). However, the latest series of competition laws evidence a change in both how the society perceives competition laws and its awareness of the importance of the changes that have been introduced, thus raising the level of the debate and relevance of the new laws enacted.

The first Latin American competition laws were enacted within a context of strong state interventionism and protectionism, which were mostly repressive, vague, and with highly punishing goals. Only a few countries (Argentina, Brazil, Chile, Colombia, and Mexico) had these kinds of laws although they had been adopted across a very broad time frame (from 1923 to 1980). Over time there was an evolution in the scope of the laws, showing a modernization of the concepts and a less repressive approach in the latest laws (e.g., Chile in 1973 and Argentina in 1980).

The different countries with competition laws enacted in this first stage are not known to have received any technical assistance from abroad, either through international organizations, governmental agencies of other jurisdictions, or institutions.

These first laws were all unfavorable to competition law enforcement because of the political and economic contexts in which they were enacted. Also, some of them were enacted with either very poor debates (e.g., Argentina in 1923 and 1946), or no debate at all, as they were enacted by *de facto* governments (e.g., Chile in 1973 and Argentina in 1980).

As a result of the repressive approach towards monopolies, the vagueness of the concepts, and the lack of a competition culture and of political support, most of these laws experienced very limited enforcement. Perhaps Chile's 1973 law is the only exception to this rule.

The beginning of a second development stage is contemporary with the implementation of the Washington Consensus policies throughout the region. These policies, which reflected recommendations made by Washington-based international organizations to highly-indebted Latin American countries in order to obtain financial relief, represented a pendulum shift in the paradigm of state intervention in the markets from traditional interventionism to a state mostly absent in the markets.

Within this context, there was a proliferation of competition laws in the region, where many Latin American countries either modernized existing competition laws or enacted new ones. The new laws, instead of just combating monopolies, were

focused on supporting a broader market-oriented system. As a result, most of the laws enacted in this period adopted both economic efficiency and consumer protection as their main goals.

However, this second stage has continued past the Washington Consensus decade as different Latin American countries have either enacted reforms or introduced new laws long after these policies lost political support from their societies and governments.

This second stage of development of competition law in the region can be characterized as being strongly motivated by international cooperation agencies such as the World Bank, United Nations Conference for Trade and Development (“UNCTAD”), Organisation for Economic Co-operation and Development (“OECD”), the Organization of American States (“OAS”), and the Inter-American Development Bank, as well as by some agencies such as the Federal Trade Commission, the U.S. Department of Justice, the European Commission, and Spain’s former *Tribunal de Defensa de la Competencia*, among others, which played crucial roles in the drafting and implementation of the competition laws enacted in the region during this period.

A third stage in the development of competition law in Latin America can be characterized by the consolidation of the different regimes based not as much on technical assistance from international organizations but rather on the different agencies’ own experiences. Although in the first decade of the new century, the Washington consensus policies lost political support throughout the region, different governments started to review their existing competition laws and to send draft competition law bills to their respective congresses. Such was the case, for instance, of the governments of Argentina, Brazil, Chile, Colombia, México, Panama, and Peru.

The laws enacted in this stage are all explicitly supported by the governments at the highest political levels with high political repercussions. Civil society was also very present during the process with input from the media, professional organizations (a special mention goes to Brazil’s IBRAC, a pioneer institution in this field in Latin America), and academia, all contributing to the final outcome as well as to getting to know the reach of the new laws.

Although the new laws also were influenced by foreign examples, they were also the result of learning from other agencies’ experience rather than from transplanting laws from abroad. This is the result of a maturity process that has taken place during years in which new international forums have played a crucial role. Pursuant to the Mexican authority, for instance, “international cooperation has been very useful for the Commission, especially in relation to standardizing analytical criteria (for example, the definition of relevant market), understanding the phases of the investigative

procedure in other jurisdictions and coordinating the timing of case analysis, when possible. It has also been useful for anticipating the possibility of a Commission decision impacting on other jurisdictions.”¹¹

4_ THE CURRENT STATUS OF INTERNATIONAL COMPETITION COOPERATION IN LATIN AMERICA

A_ REGIONAL FORA

Besides the existence of international institutions such as the International Competition Network, OECD (where Chile, Mexico, Colombia, and Costa Rica are members and Brazil, as an associate, and Argentina and Peru as assistants, also participate in the OECD Competition Committee), and UNCTAD, where different Latin American countries participate in one way or another, there is a number of regional fora that focus more specifically on the agenda of the Latin American competition agencies.

In the past couple of decades, there have been different initiatives to foster cooperation among Latin American competition agencies. Some of them have been promoted from outside the region, such as the “Ibero-American Competition Forum” (Foro Iberoamericano de la Competencia), launched in Spain in 2002, the “Latin American Competition Forum” created by the Inter-American Development Bank and the OECD in 2002, UNCTAD’s COMPAL Program of 2003 and, more recently, the OECD Competition Regional Center for Latin America, established with INDECOPI in 2019. There have been also other initiatives launched solely by Latin American competition agencies, such as the “Inter-American Competition Alliance” and the “Centro Regional de Competencia para América Latina” created in 2011; the “South American Competition Forum of Competition” promoted by Peru in 2013¹²; and the “Latin American Strategic Alliance for Competition”¹³ of 2017; among others.

All these initiatives have greatly helped the different agencies exchange experiences on a wide variety of competition-related issues as well as to strengthen the relationship among Latin American competition enforcers.

11 OECD, *Latin American Competition Forum, Contribution from Mexico to Session 2*, DAF/COMP/LACF(2013)25, August 28, 2013, p. 2.

12 OECD, *Latin American Competition Forum, Contribution from Peru to Session 2*, DAF/COMP/LACF(2013)20, August 19, 2013, p. 3.

13 <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/02/Joint-Press-Release-Competition-Agencies-from-Argentina-Brazil-Chile-Mexico-and-Peru.pdf>

A.1_ REGIONAL FORA PROMOTED BY INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Latin American Competition Forum

The Latin American Competition Forum (since 2015 renamed Latin American and Caribbean Competition Forum, “LACCF”) was a joint OECD-IADB initiative launched in 2003 “to foster effective competition law and policy in Latin America and the Caribbean” and over the years became a concrete means “to promote dialogue, consensus building and networking among policy makers and enforcers.”¹⁴

The main activities of the LACCF have been their annual meetings and Peer Reviews.

The annual meeting was first held in Paris in 2003. Since then, they have taken place yearly in different countries throughout the region and have had a good attendance level of representatives of competition agencies and of international organizations¹⁵. Since 2018, the meetings have been partially open to representatives from the private and academic sectors. The topics discussed in the meetings cover a broad variety of issues and in most of the meetings the agenda included an in-depth Peer Review of a Latin American country. As Daniel Sokol states, “these meetings encourage norm diffusion to Latin American agencies, and also provide a learning opportunity through discussions with both similarly situated and developed world agencies that have enforcement experience. The annual forum also provides an opportunity for agencies to learn about each other’s institutional structures and larger political-economic concerns.”¹⁶ The Forum, as Ignacio de León says, “promotes dialogue, consensus-building, and networking between competition policymakers and law enforcers, as well as the identification and dissemination of best practices in competition law and policy.”¹⁷

The Peer Reviews have been done on Chile (2003), Peru (2004 and 2018), Brazil (2005 and 2010), Argentina (2006), El Salvador (2008), Colombia (2009), Panama

14 Latin American Competition Forum 1, *available at* <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/aboutthelatinamericancompetitionforum.htm>.

15 These meetings have been attended by representatives from Argentina, Barbados, Bolivia, Brazil, Chile, Canada, Colombia, Costa Rica, the Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, EU member states, Guatemala, Italy, Jamaica, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Portugal, Spain, Trinidad and Tobago, Uruguay, the United States, Venezuela, Andean Community, CARICOM, ECLAC, UNCTAD, the World Bank and WTO.

16 Daniel D. Sokol, The development of human capital in Latin American competition policy in *Competition Law and Policy in Latin America 18* (Eleanor Fox & Daniel D. Sokol eds., 2009).

17 Ignacio De León, *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience 87* (Wolters Kluwer 2009).

(2010), Honduras (2011), Costa Rica (2014), El Salvador (2019), Ecuador (2020) and Dominican Republic (2023); and updates and follow-ups of some of these reviews in 2007 (it also updated the review made by the OECD Competition Committee on Mexico in 1998 and 2004) and 2012. These Peer Reviews include a very detailed report made by a competition expert that includes a set of recommendations on different aspects of competition law and policy. In a recent follow-up to the nine Peer Reviews made in 2012 and published in 2013, the survey showed that different recommendations made to Chile, Argentina, Honduras, Panama and Mexico, “in all of these cases, the authority in question has taken steps to implement and put the recommendations into practice.”¹⁸

Other OECD activities in the region include the Project to Reduce Bid Rigging in Latin America, with projects in Brazil and Chile, and a report on Mexico’s Institute for Social Security’s procurement regulations and practices in 2012.

Since 2009, the host agency of the LACCF meetings also organizes their own National Competition Day events.

UNCTAD - COMPAL

The Competition and Consumer Protection for Latin America (“COMPAL”) program is an UNCTAD-led technical assistance program on competition and consumer protection policies for Latin America supported by SECO (Switzerland). The COMPAL program has assisted Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Dominican Republic, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru and Uruguay in strengthening their capacities and institutions in the areas of competition and consumer protection laws and policies.¹⁹ In other words, the only Latin American countries with competition laws that are not included in the program are Brazil, Chile, and Mexico.

Through this program, UNCTAD is assisting different Latin American countries in relation to: a) promotion of cross-country experiences, b) preparation of sectoral studies, c) preparation of policy recommendations, and d) training activities.

Phase I of the COMPAL program started in 2003 and involved the assessment of the needs and priorities of the countries of the region in the areas of competition and consumer protection areas. In order to avoid duplication of international efforts,

18 Symposium OECD-IDB, Dominican Republic, July 15, 2013, Follow-up to the Nine Peer Reviews of Competition Law and Policy of Latin American Countries—2012, available at <http://www.oecd.org/competition/follow-up-of-nine-latin-american-competition-reviews-2012.htm>.

19 Welcome to the COMPAL Programme 1, available at http://www.programacompal.org/e_welcome.html.

this phase also comprised a review of the status of technical assistance in the region.

Phase II, which started in 2005 and which was renewed in 2009, involved the implementation of the objectivities and activities in these areas.

The COMPAL program has a regional component that includes the exchange of experiences and cooperation, “incorporating the three pillars of UNCTAD’s approach, these being activities, analytical content of capacity building and technical assistance and consensus building.”²⁰

The different activities organized by COMPAL on competition law and policy deal with: a) programs on competition advocacy; b) preparation of sectoral studies used as reference for the design of public policies; c) support for the elaboration of competition laws; d) training for judges; e) training for officers in case analysis; f) advice on the establishment and strengthening of competition authorities; and g) implementing the recommendations of the Peer Review.

Within the framework of a COMPAL regional meeting held in June 2013, INDECOPI proposed to the other competition agencies from different South American countries to create a network of South American agencies in order to strengthen the cooperation to fight anticompetitive behaviors, especially transnational cartels.²¹

In 2015, Phase III of COMPAL was launched, and focused in the consolidation of the acquired capacities and deepening of regional cooperation, and in the assistance and compliance of the private sector with competition and consumer protection regulations.

Outside the COMPAL programme, UNCTAD has also performed the Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy of Costa Rica (2008), Nicaragua (2013), Uruguay (2017), Argentina (2017) and Paraguay (2023).

Ibero-American Competition Forum

In 2002, the competition agencies of Argentina, Brazil, Chile, Peru, Spain and Portugal launched the Ibero-American Competition Forum in order “to promote debate and reflection on competition issues on a regional level”²² among the Ibero-American competition agencies. This Forum organizes annual meetings of the competition agencies and an annual competition course that is held in Madrid. The Ibero-American Competition School is organized both by the Spanish competition authority and the

20 What is COMPAL—COMPAL II 1, available at http://www.programacompal.org/e_COMPAL_II.html.

21 Enrique Delgado, *Peru proposes cooperation against cartels*, *Global Comp. Rev.* 203 (2013).

22 International Competition System, 1, http://www.concorrencia.pt/vEN/Sistemas_da_Concorrencia/International_Competition_System/Ibero-American_Competition_Network/Pages/Ibero-American_Competition_Network.aspx.

IADB with the aim of training Latin American agencies' staff members.²³ As Maher Dabbah recognizes, “notable work has also been achieved”²⁴ with this school.

In their 2007 meeting in Puebla, Mexico, the authorities of the Ibero-American Competition Forum launched the Ibero-American Competition Network (“RIAC” or *Red Iberoamericana de Competencia*) with the idea of concentrating and promoting the information on competition cases in the region and exchanging information and experience among the participating agencies, helping to foster their capacity building by creating a knowledge network on competition law and economics issues.²⁵

Regional Competition Center for Latin American (CRC, now GrACA)

The Regional Competition Center for Latin America (“CRCAL” or *Centro Regional de Competencia para América Latina*) was launched at the IX Latin American Forum Meeting held in Bogotá, Colombia, in September 2011²⁶. It was an initiative of the Mexican antitrust agency with the financial support of the InterAmerican Development Bank. The original members of the CRCAL were the competition agencies of Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, the Dominican Republic, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua and Peru. Brazil, Ecuador, Panama and the Federal Trade Commission joined the CRCAL afterwards and Bolivia, Brazil, Ecuador, Paraguay, Uruguay, and Venezuela did not become members.

The goal of the CRCAL was to “assist to the competition authorities in their capacity building and in the enforcement of their competition laws and policies.”²⁷

The different activities the CRCAL has done since its recent creation include organizing a seminar next to the annual LARF Meetings, seminars dedicated to train judges from the region on competition law and economics and the preparation of a series of guidelines and sectoral studies. The CRCAL has also worked in the setting up of a regional database containing rulings from national competition authorities²⁸. The CRCAL lasted until 2014.

In 2023 the CRCAL was relaunched with a name change, now called the Group of Competition Agencies of America (GrACA), now also including agencies from the United States and Canada and has organized virtual events for the agencies and

23 X Edición de la Escuela Iberoamericana de Competencia (2012), available at <http://events.iadb.org/calendar/eventDetail.aspx?lang=Es&id=3485>.

24 Maher Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, 407 (Cambridge University Press 2010).

25 RIAC, <http://www.redeiac.org/quemsomos.asp>.

26 Id.

27 CRCAL Mission Vision (2013), <http://www.crcal.org/inicio/mision-vision>.

28 Aitor Ortiz, *Regional Competition Center for Latin America Presents: Regional Database Containing Rulings from National Competition Authorities*, *Comp. Pol. Int'l.* (2012).

working groups (at the moment one on digital markets and another on cartels have been formed), which meet on a monthly basis.

Regional Centre for Competition for Latin America

In November 2019, the OECD and Peru's INDECOPI launched the Regional Centre for Competition (RCC) in Lima. The goal of the RCC is “to provide capacity building activities and policy advice, according to OECD recommendations and international best practices, through workshops, seminars, and training courses on competition law and policy for officials from competition enforcement agencies, government, regulators, and judges” and “to connect different competition agencies and jurisdictions, promoting regional co-operation and enhancing their understanding of the importance of developing a sound competition policy”.

Currently, there are approximately 25 jurisdictions from Latin America and the Caribbean who benefit from the RCC²⁹.

The RCC has focused its activities on organizing workshops for representatives of the different agencies in the region, and in publishing a bi-annual newsletter in order to update the beneficiary countries with both developments in competition law in the region as well as of news of recent OECD activities in the region.

In September 2023, the OECD and INDECOPI has renewed the agreement to maintain the RCC for another five years.

A.2_ REGIONAL FORA PROMOTED BY LATIN AMERICAN AGENCIES

Inter-American Alliance for Competition Defence

The Inter-American Alliance (Alianza Interamericana) is an initiative launched in 2011 by Mexico's Comisión Federal de Competencia. The alliance is a network of competition agencies in the Americas dedicated to “facilitate the discussion of antitrust related matters in the region and to foster cooperation among its members.”³⁰

The alliance members meet monthly through telephone conferences where the

29 Argentina, Barbados, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Jamaica, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Trinidad and Tobago, Uruguay, Venezuela, as well as the Andean Community and the Caribbean Community (CARICOM).

30 CRCAL, Who are we? (2013), <http://www.crcal.org/alianza-interamericana/quienes-somos>.

agencies discuss a pre-arranged topic that is presented by a representative of one of the member agencies. The topics cover a wide range of issues from general issues to specific sectoral problems. The first of these meetings took place in February 2011 with representatives from Argentina, Brazil, Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Uruguay and Venezuela. In various occasions representatives from the Federal Trade Commission or the U.S. Department of Justice have also participated. There are no records on when this initiative has been discontinued.

Currently, virtual events are organized between agencies on different experiences they have had in specific cases.

South American Forum of Competition Agencies

In a June 2013 OECD meeting held in Lima, the Peruvian competition authority called for the creation of a South American Forum of Competition Agencies.³¹

The objectives proposed by Peru for the Forum were: a) to hold at least one annual work meeting; to create a Virtual Platform where rulings and sanctions of anticompetitive practices with cross-border impact; b) to draft a “Master Co-operation Agreement for the Investigation of Anticompetitive Practices with Cross-border Impact” for the exchange of information and a “Handling of Information Agreement”; c) to carry out joint investigations and actions; and d) to facilitate the exchange of officials among the agencies.

The invitation to create the Forum was sent to the agencies of Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay and Venezuela. This initiative has not been implemented.

Lima Declaration

In September 2013, the competition agencies of Chile, Colombia and Peru signed the Lima Declaration³² where they agreed to create a space to exchange among these agencies experiences and training; to analyze both legal and economic issues of common interest and to work together in improving the level of integration among the agencies.

31 OECD, Latin American Competition Forum, Contribution from Peru to Session 2, DAF/COMP/LACF(2013)20, August 19, 2013, p. 6.

32 Lima Declaration (2013), available at http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/09/dec_lima_2013.pdf.

This initiative was launched with UNCTAD's support, agreeing to facilitate the meetings and offering to share its database of competition case law.

Pursuant to the Declaration, all other Latin American agencies are invited to adhere as long as there is a prior unanimous approval by the existing members. There are no records on when this initiative has been discontinued.

Latin American Strategic Alliance for Competition

At the Spring Meeting of the Antitrust Law Section of the American Bar Association held in Washington in March 2017, the heads of the competition agencies of Argentina, Brazil, Chile and Mexico announced the launch of the Latin American Strategic Alliance for Competition. Later that year, during the OECD biannual competition meetings held in December 2018 in Paris, the heads of the antitrust agencies of Argentina, Brazil, Chile, Mexico and Peru, announced that they further discussed ways of fostering cooperation and training opportunities.³³ There are no records of the implementation of this initiative.

B_ REGIONAL AGREEMENTS

Trade Agreements

Different trade agreements in Latin America, either regional or bilateral, introduced special competition norms. However, as we will address in the below section, the implementation of those signed agreements has not yet shown any progress in practice.³⁴

Mercosur (Protocol of Fortaleza)

In December 1996, the Mercosur members (Argentina, Brazil, Paraguay, and Uruguay) signed the Fortaleza Protocol of Defense of Competition to be applied to anti-competitive conducts affecting trade among its members that had a local effect in one of them. The Protocol established an intergovernmental decision

33 <https://www.caserosada.gob.ar/informacion/eventos-destacados-presi/44327-la-argentina-firmo-una-declaracion-con-paises-de-la-region-que-destaca-los-beneficios-de-la-libre-competencia>

34 See Verónica Silva, *Cooperación en política de competencia y acuerdos comerciales en América Latina y el Caribe (ALC)*, 49 CEPAL 1 (2005); OECD, *Latin American Competition Forum, Background Note by the IADB Secretariat*, DAF/COMP/LACF(2013)5, August 28, 2013.

making process which allowed the government of the infringing party to block the process at any time by just not giving its support.³⁵

The Protocol was ratified by the Brazilian and Paraguayan congresses but was never approved by Argentina nor Uruguay. Furthermore, of the four original countries, only Argentina and Brazil had competition law regimes since it was not until 2007 that Uruguay had its own law and until mid-2013 that Paraguay enacted its competition law. However, by the time Paraguay established its competition law regime, it was suspended from its Mercosur membership. Venezuela joined Mercosur in 2006.

Even though the Fortaleza Protocol was never ratified, the Mercosur working group for competition matters (CT N° 5) kept meeting at least twice annually. In 2002, Mercosur adopted the Agreement on the Implementation of the Fortaleza Protocol. In 2004, through C.M.C. Decision N° 4/2004, Mercosur approved the Consensus on the cooperation among competition agencies. In 2006, it approved CMC Decision 15/2006 establishing a system of exchange of information and consultation in the field of merger control. In 2010, Mercosur approved CMC Decision N° 43/2010 an Agreement for the Defense of Competition in Mercosur which replaced the Fortaleza Protocol. The Agreement was ratified so far by Argentina (2011), Uruguay (2014), Brazil (2016) and Paraguay (2023). The goals of the Agreement are a) to promote coordination and cooperation among competition agencies; b) mutual assistance among authorities when necessary, c) identification of common interests in competition policy; and d) to eliminate anticompetitive practices through the enforcement of national laws³⁶. In other words, as Umaña says, “this institutional design aims more to cooperation and not enforcement of regional anti-competitive practices or regional merger control”.³⁷

In April 2023, the CT N° 5 met for the first time since 2018 and the representatives discussed ways to increase cooperation, especially in relation to digital markets, though no specific measures have been adopted.

Andean Community

In March 2005, the Andean Community, then composed of Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru, and Venezuela, enacted its Decision 608/2005, creating the “System for the Protection and Promotion of Free Competition in the Andean Common Market”

35 See Félix Peña, *Una política de competencia económica en el Mercosur*, 12 Boletín Latinoamericano de Competencia 3 (2001).

36 See Umaña, Mario, “Regional competition arrangements: The case of Latin America and the Caribbean”, OECD, DAF/COMP/GF(2018)6, September 25, 2020, pg. 8.

37 Umaña, Op. cit., pg. 9.

replacing Decision 285/1991 which itself replaced Decision 230/1987.

This legislation is only applicable to cross-border anti-competitive cases that affect Andean Community countries and would be enforced by the Andean Competition Committee, a supra-national entity.

The members of the Andean Community, similar to the Mercosur case, have very different levels of competition law developments. In fact, Colombia has had a regime since 1959, while Ecuador only enacted its law in 2012. Even more unclear, Bolivia enacted a law in 2008 which might or might not protect competition.

None of Andean Community competition regulations has ever been applied in practice until 2015 with a case where the Andean Community considered that Decision 608 was not applicable.³⁸ However, in 2018 there was a major turmoil when the Andean Community decided to investigate an alleged tissue and toilet paper cartel after the Colombian competition agency had sanctioned a cartel in the baby diaper market after a leniency application. Also in 2018, the Andean Community had to decide on a sanction imposed by the Bolivian Minister of Productive Development and Plural Economy to the national Bolivian brewing company in a direct applicability of the Andean Community Law.³⁹ Both cases have yet to be settled.

Sistema de la Integración Centroamericana (“SICA”)

In 2006, the Vice-ministers of Economic Integration of Central America created the Central American Working Group on Competition Policy to design a regional competition policy in order to assure a greater transparency and open access to the economic agents that participate in the different inter- and extra-regional trade exchange activities. This group, later named the Central American Competition Network (“RCC” or *Red Centroamericana de Competencia*), has received technical assistance from UNCTAD, the Federal Trade Commission (with USAID funding), ECLAC, the European Commission, and the Inter-American Development bank.

Since 2007, the RCC has organized annual meetings of the Central American Competition Forum, which gathers the competition agencies of different countries. The last meeting took place in 2020. Competition authorities from El Salvador (Superintendencia de Competencia), Costa Rica (“COPROCOM” or *Comisión para Promover la Competencia*), Honduras (“CDPC” or *Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia*), Nicaragua (ProCompetencia, Instituto Nacional de

38 Umaña, Op. cit., pg. 11.

39 See Umaña, op.cit., pgs. 10 and 11.

Promoción de la Competencia), Panama (“ACODECO” or *Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia*), and the Dominican Republic (Pro-Competencia, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia) have participated in these summits. UNCTAD has also participated in these events.

At the 2013 meeting, the authorities discussed the idea of having a regional competition regime authority, a compromise agreed to by the Central American countries in the Association Agreement. This also received signed endorsements from Central America and the European Union, with the support of the IADB. This initiative has not materialized.

According to Odio-Rohrmoser, there had been very little progress international cooperation between the competition agencies through this platform.⁴⁰

Bilateral Cooperation Agreements

In the past decade, a growing number of bilateral cooperation agreements among different Latin American countries, besides the existence of specific competition related chapters in bilateral or regional trade agreements, have developed.

Argentina and Brazil were among the first countries to sign bilateral cooperation agreements in 2003. Although it has been very limited formal cooperation, there is some sporadic, informal communication regarding specific matters either through the postal system or by telephone.⁴¹ In June 2011, the CNDC requested some information from its Brazilian counterparts using the mechanism established in the bilateral cooperation agreement, and the Brazilian agencies responded in August of the same year, though no information has been given on the content of the request.⁴² Argentina has also signed cooperation agreements with Ecuador (2012), Mexico (2015), Peru (2017), Paraguay (2022), Chile (2023) and the Dominican Republic (2023).

Brazil later signed agreements with the competition authorities of Chile (2008), Peru (2012), Ecuador (2013), and Colombia (2014), and Costa Rica (2018)⁴³. Chile has also signed cooperation agreements with Mexico (2004), Costa Rica (2003), El Salvador (2009), Peru (2010), Ecuador (2012), Honduras (2019), and Paraguay (2021)⁴⁴. Costa

40 Odio-Rohrmoser, Edgar – “Competition Law in Central America” in Peña, Julián and Calliari, Marcelo (editors), *Competition Law in Latin America. A Practical Guide*. Second edition, Wolters Kluwer, 2022, pg. 164. Similarly, OECD, International Enforcement Cooperation, Paris, 2013, *Secretariat Report on the OECD/ICN Survey on International Enforcement Cooperation*, p. 90.

41 OECD-IADB, Competition Law and Policy in Argentina. A Peer Review. Policy Brief 1, 37 (2006); Marco Botta, Merger Control Regimes in Emerging Economies. A Case Study on Brazil and Argentina, 297-314 (Kluwe 2011).

42 See CNDC News Section (2013), available at <http://www.cndc.gov.ar>.

43 CADE (2013), available at <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2e0e0e121efc3f1b351e>.

44 FNE (2023), <https://www.fne.gob.cl/advocacy/acuerdos-nacionales-de-cooperacion/acuerdos-de-cooperacion/>

Rica has also signed agreements with Honduras (2009), El Salvador (2007), Nicaragua (2010), Panama (2008), Mexico (2020), Colombia (2021), and Paraguay (2021)⁴⁵.

Within the region, Mexico has signed the most cooperation agreements in the region. It has signed agreements with Argentina (2015), Brazil (2021), CARICOM (2020), Chile (2004), Colombia (2021), Costa Rica (2021), the Dominican Republic (2016), Ecuador (2022), El Salvador (2016), Honduras (2016), Nicaragua (2015), Panama (2016), Paraguay (2021), and Peru (2017)⁴⁶.

Mexico also maintains cooperation frameworks in its Free Trade Agreements signed with Chile (1999) and Uruguay (2004). An example of collaboration among several agencies includes the agencies of Colombia, Chile and Mexico. They analyzed the acquisition of Pfizer's infant formula business by Nestlé, which resulted in the divestment of that business in these three countries⁴⁷.

Peru has also signed cooperation agreements with the Dominican Republic (2013)⁴⁸ and Paraguay (2021), and Ecuador did so as well with Uruguay (2013) and Colombia (2020).

Most of these bilateral agreements include technical assistance provisions as well as provisions about cooperation and information exchanges for enforcement.

Even though many bilateral cooperation agreements have been signed among the different competition agencies throughout the region, actual utilization of these agreements remains low. Though some informal cooperation has occurred, those cases are rare and did necessarily take place between agencies with signed, formal cooperation agreements, but rather took place between officials with good personal, informal ties.⁴⁹

5_ THE CHALLENGES INTERNATIONAL COMPETITION COOPERATION FACES IN LATIN AMERICA

The main challenges international cooperation faces in Latin America are:

- a) *The enforcement of the existing cooperation agreements.* As discussed above, a proliferation of bilateral or regional cooperation has been signed

45 COPROCOM (2023), https://www.coprocom.go.cr/publicaciones/convenios_acuerdos.html

46 CFC (2023), <https://www.cofece.mx/publicaciones/marco-juridico-y-normativo/#normateca-4>

47 OECD, Latin American Competition Forum, Background Note by the IADB Secretariat, DAF/COMP/LACF(2013)5, August 28, 2013, p. 32.

48 Perú dará asistencia técnica para aplicar ley de defensa de la competencia en RD, Listin Diario, June 26, 2013, available at <http://listindiario.com.do/economia-y-negocios/2013/6/26/282200/print>.

49 OECD, Competition Law and Policy in Chile, 1, 37 (2011).

between the competition agencies of different Latin American countries. However, the challenge is to actually enforce those agreements. A first real test of those cooperation agreements among agencies in Latin America took place in 2012 with the analysis of the Lan-Tam (now Latam) merger case. In that case, both the Chilean and Brazilian authorities arrived at different decisions even though their decisions affected both countries involved. Something similar took place when Chile approved the Walmart-Cornershop merger in January 2019 but was later prohibited by Mexico in 2019.

- b)** *To have more Latin American countries going from receivers to givers of technical cooperation.* Given the variations in the political, social, economic and cultural frameworks of the different Latin American countries, the experience already gained by those countries with more advanced competition law enforcement could be of great help to those jurisdictions that are in a less developed stage. Brazil, for example, has been active as a technical assistance provider in the region creating in 2009 a trainee program for enforcement officials from Latin American countries, during which professionals spend a month at the Brazilian competition agency. This project was financed by the Brazilian Co-operation Agency (“ABC”).⁵⁰

- c)** *To avoid having overlapping in the existing initiatives.* The proliferation of regional initiatives in the region in the past decades faced the risk of overlapping efforts among them. The competition authorities and the international organizations supporting the different initiatives should try to avoid duplicating efforts in order to maximize the use of limited resources. The scope of fields where cooperation can help foster the development of competition law and policy in the region is so vast that there should be room for the co-existence of different initiatives, but overlapping efforts would reduce the efficiency of the use of those resources. The region benefits from having complementary initiatives rather than overlapping ones.

- d)** *To avoid limiting the cooperation to the informal level.* Although the proliferation of the different forums for the Latin American agencies to meet has contributed increased knowledge and expertise all around, in order for this to become sustainable over time and to consolidate

50 OECD-IADB, *Competition Law and Policy in Brazil. A Peer Review*, 2010, pp. 50-51.

institutional communication, it is necessary to move beyond the personal trust between enforcers and to build a solid relationship between agencies. A trusting relationship between the leaders of the agencies is crucial for the development of cooperation. Good relationships among enforcers is crucial, but has a time limitation. A more institutional link allows the cooperation levels to perdure over time.

- e) *To overcome the budget and geographic limitations.* Due to the great distances between nations and limited budgets, most agencies are unable attend the different existing forums if they are not funded by someone else. Initiatives like the Latin American Alliance and its monthly telephone conferences, the online course given by the Spanish competition agency, or the debates in which many Latin American enforcers interacted with practitioners and academics from the region in ForoCompetencia helps to overcome the existing budget and geographic limitations and to broaden the scope of assistance to younger staff members. The COVID-19 pandemic has played a crucial role in the increase of virtual communication that allows many more enforcers benefit from an enhanced access to cooperation and/or technical assistance initiatives. The workshops held by the RCC is a good example on how antitrust agencies throughout the region can benefit of these initiatives at a much more accessible manner.

- f) *To define what confidential information means.* The different definitions of what “confidential information” means is a great challenge to overcome in order to have a more effective cooperation among competition agencies in Latin America. This has created significant limitations with respect to the type of information that can be shared (for example, information generated by the competition agency). This can result in a vicious circle, since because there is no common definition of this concept, an agency cannot know what another agency in the region is investigating in the same case.⁵¹ Legal limits to the recognition of evidence gathered abroad⁵², mainly because of the lack of existence of international agreements duly approved by the local congresses. This has proven to be a limit to bilateral cooperation, though

51 OECD, *Latin American Competition Forum, Contribution from Peru to Session 2*, DAF/COMP/LACF(2013)20, August 19, 2013, pp. 4-6.

52 OECD, *Latin American Competition Forum, Contribution from Peru to Session 2*, DAF/COMP/LACF(2013)20, August 19, 2013, pp. 4-6.

there has been an increase in the levels of cooperation among Latin American agencies in the past decade, especially among the competition agencies of Brazil, Chile and Mexico.

- g)** *To avoid copying models on a “one-size fits all” basis without contemplating the local reality.* The problem of creating mechanisms or institutions based on foreign experiences is perhaps seen most clearly in the case of the trade agreements. In both the case of Mercosur and the Andean Community, the idea of creating a special institution that would enforce competition law at a regional level was beyond the maturity level of the integration processes and of the development of competition law in the different member countries. As a result, the agreements signed have never been enforced. A 2013 UNCTAD report recognized that a lesson learned from the case of the Andean Community was the importance of timing, since “the 2005 adoption of the regional law has clearly bypassed necessary stages (advocacy, confidentiality, and building trust among national competition authorities).”⁵³ As Alvarez and Horna conclude, technical assistance “entails a bottom-up, progressive approach. Countries looking to adopt and enforce a CLP need to establish their needs and priorities, while at the same time addressing the intricacies of when and how they will require TA.”⁵⁴
- h)** *To converge on the goals to be pursued,* The debate opened in recent years in the United States by the Neobrandeisian movement with regard to what the goals of antitrust should be has slowly started to have an impact in certain Latin American jurisdictions. This has also generated a greater divergence on the interpretation of what the goals of merger control should be. In a 2023 ForoCompetencia Virtual Breakfast, the head of the Mexican competition agency and the former head of the Chilean Fiscalía Nacional Económica, agreed on the need to have a greater convergence in international cooperation. In particular, Riesco the great convergence should focus on the goals of the authorities when analyzing merger cases⁵⁵

53 OECD, *Latin American Competition Forum, Contribution from UNCTAD to Session 2*, DAF/COMP/LACF(2013)22, August 19, 2013, p. 7.

54 Ana María Alvarez & Pierre Horna, *Implementing Competition Law and Policy in Latin America: The Role of Technical Assistance*, 83 Chi.-Kent Law Rev., 91, 92 (2008).

55 CeCo Chile, “ForoCompetencia: Recambio institucional en América Latina”, Centro Competencia, Universidad Adolfo Ibañez, June 7, 2023 at: <https://centrocompetencia.com/forocompetencia-recambio-institucional-america-latina/>

According to an OECD-IDB Latin American Forum survey, “without a real political commitment at government level to address the limits that affect co-operation between competition enforcement agencies, improvements can only be marginal.” Furthermore, it considered the main constraints and limitations to be: “(i) limitations on confidential information sharing; (ii) limitations due to differences in legal frameworks: criminal v civil enforcement; (iii) institutional and investigatory impediments: resource constraints and practical difficulties; (iv) jurisdictional constraints: differences in legal standards; and (v) lack of trust and confidence in legal systems.”⁵⁶

When analyzing the cooperation among Latin American competition agencies, Pérez Motta and Diego-Fernández conclude that although “multinational, regional, and bilateral cooperation have some complementarities, the latter two are “the most immediately relevant tools that agencies have and the one where results are more readily visible. Technical cooperation through capacity building is useful for smaller agencies, but only provides for short term relief”⁵⁷.

6_ CONCLUSIONS

There are some lessons to be learned from the experience of the past decades of international cooperation to Latin American competition agencies. One of those lessons certainly is, the need to understand the context in which technical assistance is provided. If the context is not taken into consideration, most likely the outcome of any cooperation attempt would fail. The Latin American region has a very vast diversity of economic, political, social and geographic differences, and the level of development of the competition regimes also presents a wide spectrum of variety. The development of international cooperation in Latin America has reflected how the different players have understood this need to seek solutions for each jurisdiction or region avoiding the “one size fits all” approach of the past. The maturity of the competition regimes of certain Latin American jurisdictions has also helped newer regimes by sharing their experiences of the autochthonous challenges facing competition enforcement in the region.

The wide variety of international, regional and bilateral initiatives that aroused in the past decade and the growing number of initiatives reflect the growing interest

56 OECD, *Limitations and constraints to international cooperation*, Issues Paper by the Secretariat, DAF/COMP/WP3(2012)8, Paris, October 12, 2012, p. 3.

57 Pérez Motta, Eduardo and Diego-Fernández, Mateo, “Cooperation between competition agencies” in Peña, Julián and Calliari, Marcelo (editors), *Competition Law in Latin America. A practical guide*, Second edition, Wolters Kluwer, London, 2022, pg. 88.

of the different Latin American jurisdictions in the development of competition law. However, it also poses certain challenges such as, for example, to avoid overlapping.

International cooperation (mainly through technical assistance) in Latin America has played a key role in the development of competition law in the region. Without this cooperation, the learning process for many Latin American competition agencies would have been much slower and more difficult.

Exploring attitudes and myths of the transgender community in employees of a Private Mexican University

MARCEL RIVERA TREVIÑO

1_ INTRODUCTION

Human experience can be complex for certain individuals. There are some people who would spend their entire lives without any major concern other than to breathe and be happy, there are other who would worry about what to study, where to work, whom to marry to, sadly, there is a minority of those who may spend their whole existence is trying to redefine themselves and wishing that others may accept them. This would be the case for transgender individuals.

The transgender or trans community is a vulnerable and minority group that has not been fully understood for millennia and not even in the 21st century. According to the ENDISEG (2021) from the total population in Mexico, only 0.9% (908.5 mil) are self-perceived as trans. One example of the lack of acceptance and empathy for this community is the attitudes that their families demonstrate: 22.2% of the surveyed trans individuals mentioned that their parents were upset, acted violently against them and even kick them out from home when information about their gender identity was disclosed, this was mainly because this “new” identity did not fit into the family’s and cultural expectations. 13.9% were forced to see a psychologist, physician or religious authority to “get them back to be straight.”

There is not enough research done regarding the trans community in Mexico, and this work attempts to contribute to the analysis of the potential labor market discrimination that is experienced by the trans community. This research would specifically seek to learn what is the impact of the employees’ and professor’s opinions in one the largest and most prestigious private universities of the country on the level of inclusion of this vulnerable group.

Even though the university holds and promotes an open and inclusive policy for all those that want to become part of the institution, it is yet unknown what is the prevailing posture and if this affects excluding practices in hiring, onboarding and retention practices. To know about these issues a model of structural equations was developed. The data was collected from 400 surveys that were conducted to employees affiliated to the university in three of the main campuses: Mexico City, Guadalajara and Monterrey.

2_ DISCRIMINATION AGAINST THE LBGTQ+ COMMUNITY

In the year 2020, 123 United Nations' member states of the 193 had already legally approved unions between adults of the same sex, protection against discrimination based on sexual orientation, and freedom of expression based on gender identity. However, 68 countries still classify same-sex union as a crime, and unfortunately, 6 nations punish it with the death penalty. Alas at least 32 governments have promoted and approved laws with the supposed «moral protection» of children and youth, limiting and even prohibiting the expressions, communication, and defense of the LBGTQ+ community (Belmonte, 2020).

One of the main difficulties that any member of the LBGTQ+ community faces is the cultural barrier of heteronormativity. Which Oswald, Blume and Marks (2005) define as the ideology that promotes that family traditionalism and heterosexuality is the correct and accepted way for people and society to live and develop. Therefore, heteronormativity, the heterosexual family and all the institutions related to it, is the default moral value, and any idea or proposal that goes against this system is regarded as “immoral.” Additionally, the heteronormative system also privileged people who subscribe to the system, rejecting, limiting, and minimizing those who identify themselves as part of the LBGTQ+ community that resists the traditional ideas imposed on aspects of gender and sexuality.

Similarly, Lennon and Mistler (2014) define the concept of cisgenderism as a cultural and ideological system that denies, denigrates, and pathologizes gender identities that do not align with the sex assigned at birth. Cisgenderism promotes that cisgender identities are superior to transgender ones and therefore, along with heteronormativity, creates a system of privilege and power with exclusive access to cisgender identities. Hence, the combination of both terms becomes the heterocisnormativity system of beliefs and ideologies present in all cultural institutions, including language, religion, laws, norms, and policies, which normalizes the rejection against the transgender community.

3_ THE TRANSGENDER COMMUNITY: WHO ARE THEY? WHAT ARE THEIR CHALLENGES?

The lesbian, bisexual, gay, transgender, and queer¹ community, otherwise known by its acronym LBGTQ+, refers to the gender and sexuality diversity community.

¹ term that refers to people who identify themselves as not heterosexual or cisgender

The LGBTQ+ community demonstrates that there is a valid and legit alternative for traditional and normative heterosexuality and cisgenderism. The “T” that stands for transgender refers to a group of individuals who were born with a genotype or assigned sex at birth that does not necessarily correspond to their gender identity or expression. There are two main distinctive groups, transgender women, and transgender men. Ergo, trans women are those who were assigned as males when born and then “transition” to women later in their lives, adopting a gender identity according to their self-perception.

Conversely, trans men were born as women and then “transition” to a different gender identity. This “transition” may but not necessarily involve psychological and psychiatric therapy, hormone replacement therapy, surgeries (breast augmentation or removal, genital reassignment, among others). Despite therapies and surgeries some trans individuals still suffer from miscategorization by other individuals or groups due to cultural, religious, and social constructions about what a man or a woman must be like.

According to the American Psychological Association (2023) in agreement with the Spanish Neuropsychiatric Association (2008) there is no consensus among researchers and experts about how a person becomes transgender or identifies themselves as such. What is clear is that transgenderism has been present in most if not all cultures and periods of time in the world since the beginning of humanity. Some studies have demonstrated, however, that there are some biological factors and/or experiences throughout the life of an individual that could contribute to developing a transgender identity.

Biological factors as a “cause” for transgenderism have been already explored by different researchers. For instance, Diamond (2009) suggested using the term “differences or variations in sex development” rather than the commonly used “disorders of sex development.” This proposal was made to avoid further stigmatization on transgender and intersexual individuals, and to highlight that such variations are part of the human biological diversity. Such differences may include external/internal reproductive organs, sex related chromosomes and/or hormones.

On the other hand, the “experiences” that may contribute to transgenderism have been studied from various fields, mainly psychology, sociology, anthropology and medicine. Each perspective has made breakthroughs in understanding what are some of the factors that “cause” transgenderism, however, as above-mentioned, the phenomenon per se is rather complex to be understood in a simple way. Consensus has been made that the model of binarism, male/female, is rather an imposition to the human gender reality that hinders the comprehension of diversity in societies and cultures. Thus, the experiences of transgender individuals heavily rely on their own

cultural contexts, family's views, religious perspectives and society's acceptance or rejection of the spectrum of masculinity and femininity (Spanish Neuropsychiatric Association, 2008).

Due to the process of transitioning the trans community is more vulnerable to harassment, discrimination, loss of trust, loss of job opportunities and promotions, reduction of compensation or salary and even termination of contract (Coll and Missé, 2018). However, some studies and research have proven that this mistreatment is more commonly experienced by trans women as opposed to their counterparts. This is attributed to the fact that trans men are more "passable" and then more often accepted by groups and society. Trans women sometimes deal with issues inherently physical like body and limbs size, voice, and Adam's apple to mention some examples (Coll and Missé, 2018, WPATH, 2012). This concept of "passing" has also been studied and mentioned in most if not all papers that deal with transgender issues.

According to Doyle (2022) In his article Transgender identity: Development, management and affirmation "passing" could also be understood as "blending or living "in stealth" and specifically for the trans community it is conceptualized as the "ability to be read as cisgender" or "go undetected" by others. "Passing as a cisgender" is important for some trans individuals that see this as "THE" final achievement in their transition. The effort put into this "passing" is directly related to the acceptance that societies and communities that may not be so fond of "other identities" outside of the binary conception of genders. Thus, those trans persons who successfully "pass" as cisgender individuals avoid discrimination, violence and social threats connected to transphobic reactions in many parts of the world.

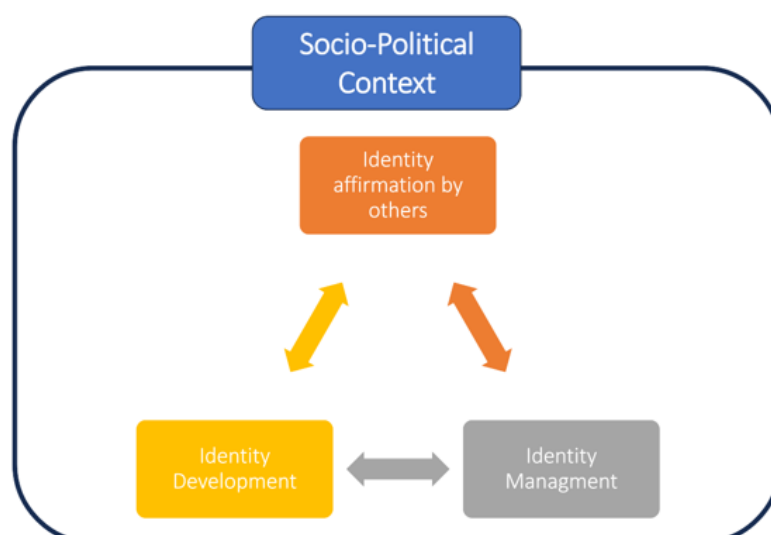
"Passing" is not the only factor that helps trans people to be included and embraced in a society. According to the social feedback model of transgender identity there are other factors that contribute to better and successful inclusion practices. These factors are classified into four main categories: i) socio-political context, ii) identity affirmation by others, iii) identity development, and iv) identity management (Doyle, 2022).

The socio-political context refers to the society or community "official" discourse on the political and cultural arenas directly affecting the wellbeing of transgender individuals. This is because the influence of the message is so powerful in the group that the negative views, ignorance and bias are easy to spread and reproduce into the general community that end up affecting the way people view trans people. Hence, measures like policing public toilets, enforcing sex-based identities, denying gender-affirming care, and excluding trans people from public spaces and workplaces are some of the consequences of the heterocisnormativity discourse. The second

category, the identity affirmation by others, describes how individuals are part of social groups. Hence, normally, according to self-verification theory, individuals want to reconcile how they see themselves and how other people see them. Although this is not an issue for most cisgender individuals, for transgender persons acceptance by others is a personal need. Miscategorization by a community or a society often leads to negative consequences, such as discrimination, rejection, and violence.

The third category, identity development, explains that this factor could be understood through the study of stages or milestones. These stages are indicators of how an identity has been developed. This theory of identity development is true for most of transgender individuals. The first milestone is a childhood with a sense of non-conformity with gender, or feelings of gender incongruence and/or gender dysphoria. All of these issues reach a critical level at puberty and continue into adulthood if not properly addressed. Lastly, the fourth factor, identity management, refers to the process of how transgender individuals “manage” their personal information according to the social context they are part of. In other words, before new social situations trans people choose what to say or not about themselves, protect their identities, self-preserve, and avoid confrontation and conflict. As opposed to other members of the LBG community which sometimes only have to disclose their sexual orientation, transgender individuals may decide to use their preferred pronouns, name and dress according to the context, while hiding in perceivably more hostile groups.

FIGURE 1. Based on the social feedback model of transgender identity.



Source: (Doyle, 2022).

4_ DISCRIMINATION ON THE TRANSGENDER COMMUNITY

Worthen (2016) proves that there is a gendered cisnormative bias in societies and cultures of different parts of the world. This bias connects homophobia and transphobia, and as consequence, the heterocisnormativity is seen, approved and cherished as something “normal” in society. Hence, whatever is not heterosexual and/or cisgender is not accepted according to their canon. Similarly, in another article, Hackimer et al (2021) found out through their examination of the influence of the factors of religiosity, political views, affiliation with the LGBTQ+ community, and gender roles among cisgender individuals that those with less traditional beliefs showed more positive acceptance of trans individuals. Education and awareness focus on challenging traditional gender roles and more proximity with the LGBTQ+ community significantly reduce heterocisnormativity prejudice and exclusion on trans individuals.

It is not surprising that conservative policies in most countries prevent a total or even partial integration of trans individuals into society. However, what is shocking is that despite the efforts made by the so-called progressive reforms in some more liberal countries, discrimination against the trans community persists. In Bangladesh, the transgender community is called “Hijra,” a term that translates from Hindi and Urdu as “eunuch, crossdresser, or hermaphrodite,” that could also refer to a “third gender.” As opposed to some other cultures, in some South Asian countries the Hijra community was once and continues to be highly relevant in their practices and beliefs for centuries. There are approximately 500,000 members of the community in a country of 169.4 million inhabitants (0.29% of the total population). Nevertheless, the Hijra community is today subject to poverty and ostracism. All transgenders are banished from their families since the early teenage years and thus become part of the hijra. Once taken by the community, members are expected to perform religious and cultural rituals, although some resort to prostitution in order to secure a higher income (Fontana, 2020). Similarly, Fiji, a country in the South Pacific is a state where the trans community is also excluded. Here the term that refers to the trans community is vaka sa lewa lewa which literally means in English “in the manner of a woman,” and this has been the term used in the Fijian culture to refer to the intermediary or third gender identity. The term is not new to the islands since Fijian culture and traditions have a long history of gender disidentification. Fiji was one of the first countries in the world to include in its national constitution explicit measure to ban discrimination based on gender identity and sexual orientation in 2007, nonetheless, there is a prevalence of controversies, discrimination and local calls for delegitimize sexual variance

based on religious Christian views and homophobia. Consequently, transgender individuals experience different levels of marginalization, harassment, violence and even murder (Johnson et al, 2022). Examples of such violence targeted against transgender community can be seen in the islands, on the 2018 International Day against Transphobia a transgender woman was killed, recently after a gay man was also murdered. Regarding violence and harassment, the Pacific Sexual and Gender Diversity Network, victims, friends and allies have stated that they are afraid to report the incidents to the authorities due to communities' backlash. The total population of Fiji Islands is 917,000 inhabitants, while the approximate transgender community is about 16,000 this is a representation of 1.75% of the population (Fisk, 2022). Another example of violence against the trans community is Brazil. In this South American country there are about 1,458,600 transgender individuals which represent 0.68% of the total population. The trans community is subject to terrible violence since this country has the largest amount of transfeminicides in the world, 689 between 2008-2014. The life expectancy for the transgender community is only 35 years old, which represents half of the current expectation for the rest of the population, 74 years old. This information represents signs of ignorance and prejudice in relation to gender identity. Violence, discrimination, social vulnerability and lack of education are some of the many issues that affect the trans community in this country (Barreto de Almeida & Vasconcelos, 2018).

Some other countries, such as Spain and the United States are also interesting, this is because both countries have been developing progressive views and passing so-called "trans rights," and yet discrimination is still experienced by the trans community. In Spain there is not official census from the Spanish government Instituto Nacional de Estadística which does not take into consideration the trans community in its data recollection (Rodríguez, 2021). According to unofficial reports the transgender community is only about 25000 individuals which represent 0.05% of the population (Ondarra, 2022). Despite the lack of official statistics, this country has been recognized as one of the most progressive nations in terms of Human Rights and, as consequence, pro-LGBTQ rights in the world. Nonetheless, the trans community has been relegated to prostitution and other related sexual services (Ruiz, 2020). On the other hand, with the turn of the new century, in the U.S. positive changes in the legal, health and employment areas brought some recognition and comfort to the trans community across the country, achievements that were done under both Republican and Democrat administrations. However, an anti-trans movement sponsored by Donald Trump was introduced to the political agenda in America in 2016. After his election, President Trump waged a war against trans rights and reversed a vast majority of

rights that the trans community already had won on the court (Transquality, 2020). The decision of Trump to create a debate against trans individuals began to attract popular support among his most loyal followers: white conservative Christians (Byler, 2023). The result of all this was that in recent years trans rights have been lost and some others are at risk and have become part of a political playing card and bone of contention that promotes transphobia and exalts heterocisnormativity in today's America. Hence negatively affecting the 1.3 million of trans individuals in these 332 million countries (0.39%). According to Human Rights Watch (2023) more than 150 bills were passed by lawmakers that restrict rights of transgender children. Some other states have banned trans children from participating in sports that do not correspond to their assigned sex at birth. While other lawmakers in different states forbid the use of bathrooms that correspond to their gender identity. At least 20 states passed "Don't Say Gay or Trans" bills that forbid talking about sexual orientation or gender identity in schools. Lastly, in states like Texas, Arizona and Alabama gender-affirming care for youth and children has been banned and excluded from Medicaid coverage. The political anti-trans discourse has caused high levels of violence and harassment for trans individuals, families and health care providers in 2022.

Discrimination in the trans community is also experienced in Mexico. According to the National Survey on Sexual and Gender Diversity (INEGI, 2021), in Mexico there are approximately 908,600 people who identify as transgender (0.9% of the total population) 57% identify as trans men, and 43% as trans women. Rodríguez and García (2022) showed in their article that informal and formal education is decisive in positive and negative attitudes and beliefs towards the trans community. The same study makes a clear distinction between myths, beliefs and attitudes, showing that when myths and stereotypes are internalized, there is a greater negative attitude. All the above is connected to what has been mentioned about the heterocisnormativity that is promoted through various cultural institutions and traditional popular ideology, and the rejection of the transgender community. Another research carried out by Fernandez (2021) for the LBGTTTI+ Mexican Coalition, highlighted that there is a prevalence in the ideology of heterocisnormativity that is related to discrimination and exclusion of trans individuals. Fernandez pointed out that unfortunately exclusion is also part of a cycle of violence that begins in the family and school, and it is pushed and experienced until adulthood. As a consequence, high discrimination levels are experienced by trans individuals throughout their entire lives.

5_ LABOR MARKET DISCRIMINATION ON THE TRANSGENDER COMMUNITY

According to Neumark (2018) labor market discrimination is defined by Neumark as the explanation for lower labor outcomes for distinctive groups. Labor discrimination is an issue that has drawn the attention of labor economists for decades, at least since 1957 with the publication of *The Economics of Discrimination* of Becker. However, today the complexity of both society and economy has brought many challenges that are difficult to understand. As part of this vortex in the comprehension and analysis of labor discrimination, we have the phenomenon happening to the trans community at a worldwide scale. Just like the generalized social and cultural discrimination on the trans community, there is also strong evidence of labor market discrimination in the countries that were analyzed. For instance, despite the assigned role during religious and ritual practices in Bangladesh, according to Fontana (2020) the main cause of discrimination against the trans community is the law established during the British dominion. Homosexual intercourse under the Code of Criminal Procedure is a punishable crime. Therefore, for a long time the law promoted negative social views against the Hijra and all the LGBTQ community in general. It was until 2013, when the Bangladesh government recognized the trans community as a “third gender” with the purpose of creating better living conditions for the community, including labor conditions. Unfortunately, trans individuals still struggle to find job opportunities outside of the Hijra assigned duties. Some reports mention that employers decide to terminate contracts due to stereotyping trans “femininity” which causes issues such as harassment, threats and assaults. Hence, even though the government efforts to recognize trans identity and rights, these have not been enough to improve living conditions for the Hijra community in Bangladesh. On the islands of Fiji, Johnson et al (2022) concluded that despite the support of international groups and national laws that ban gender identity discrimination there is concrete data that demonstrates employment discrimination in various forms against the trans community. In addition, they also found that those transgender individuals who strongly identify as such suffered the most severe negative consequences of prejudice and labor discrimination practices, as opposed to those who weakly identify within the community. In other words, those individuals who possess fewer stereotypical characteristics are less likely to receive negative outcomes than those who model stronger stereotypicality (Johnson et al, 2022).

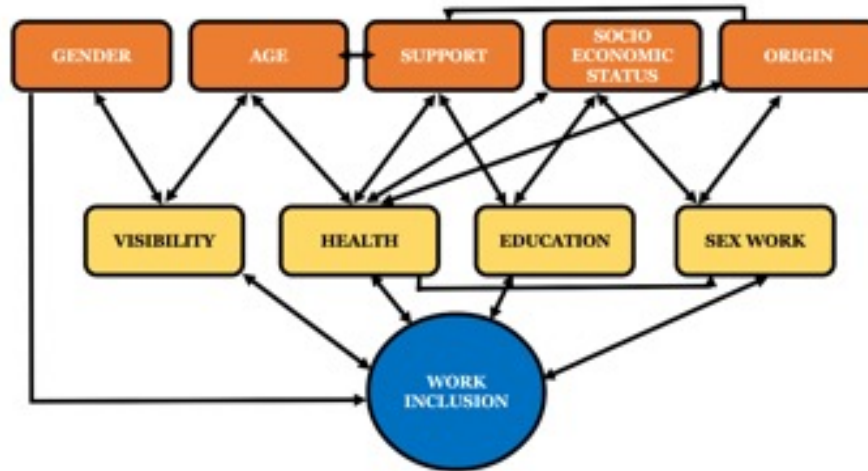
Although the Constitution of Brazil guarantees same rights for all citizens of the country, sanctions and repercussions have been specifically determined for

those organizations and companies that exclude the LGBTQ+ community, and the federal government agreed to the Principles of Yogyakarta, in which the denial of employment opportunities is a violation to human rights, approximately 90% of the trans community faced difficulties to enter to the labor market. According to Barreyo de Almeida y Vasconcelos (2018) the main barriers for labor inclusion are: i) Prejudice and transphobia, the widespread heterocisnormativity in Brazilian culture, trans persons are not seen as “real” women or men. They are also stigmatized and linked to illegal or socially immoral activities such as drugs, violence and prostitution. Ergo, the potential employer’s opposition to grant them access to the labor market; ii) Civil Registration, despite some federal efforts made to allow Brazilian trans citizens to legally change their name and gender. Overall, in some states the process was that a transgender individual could only modify their name as authorized “social name,” however, they cannot change their assigned sex at birth. This latter is conditioned to a successful “sexual reassignment” surgery performed onto the trans individual who wants his/her sex to be modified. In some other states name and sex is allowed, while in others there is no legal way to modify either. The use of social names could possibly complicate accessing a formal job or keeping one, considering the prejudices and transphobia mentioned above. Additionally, men are required to obtain a reservist certificate which makes it even more difficult for trans women to enter to the labor market, due to the impediment to update name on such certificate; iii) Use of exclusive gender spaces, preventing trans people from using their preferred restroom, locker room or uniform is an issue in workplaces. Trans individuals are ostracized, harassed and mocked about accessing a gender space in which they do not feel identified with. This issue is not exclusive to workplaces, since the discussion has permeated other social venues such as schools, shopping malls and concert halls. This exclusionary practice is still subject to discussion in the Federal Judiciary System; iv) Education, since trans children and teenagers are often harassed at school, most of them drop out of their education altogether, thus widen the gap between those who have finished their education against to those who did not at the time of a job application. However, the problem is not the access to education per se, it is the permanence in the school system when an individual recognizes his/her own gender identity; lastly, iv) Body and verbal language, in many cases trans individuals are immediately recognized as such, then miscategorized and excluded. For many trans people it is the voice, body shape, mannerisms among others that could “tell” others about their identity. Trans individuals with greater levels of “passing” obtain an “easier” access to the job market. Those with lack or insufficient gender affirmation care may experience more prejudice and transphobia to those who are more “passable” or conforming to society’s ideals.

The more removed a person is from a heterocisnormative standard, the more difficult it is for an individual to get access to a job.

In Spain, where most of transgender individuals have been relegated to prostitution, legal action and public policies have not been contemplated for its integration into the labor market (Ruiz, 2020). This is due to the lack of specific legislation that protects trans rights and labor rights even though the National Constitution forbids discrimination against all individuals, including potential discrimination factors such as gender identity, sex, or sexual orientation. In their research Coll and Missé (2018) conclude that several factors that are connected to the level of inclusion-discrimination and which help to understand labor discrimination, specifically targeted against trans women: i) Gender, there is a real difference between being a trans woman to a trans man. Trans women suffer from stereotyping, discrimination, marginalization and misogyny; ii) Visibility, this is the concept of «passing,” if a person is accepted or not as his/her/their gender identity. Some of the issues connected to successful “passing” are: Legal (birth certificate and legal documents) and physical (hormone therapy and body structure); iii) Age, these are related to the current age when the person is looking for a job, and the age when transitioning started (the younger the more visible effects on the person), iv) Country of origin and legal status, those individuals who emigrated from other countries, experience more difficulties to those who are Spanish citizens; v) Socioeconomic status, because of social capital, access to resources, health care and education. People who enjoy these benefits are likely to be better and quicker accepted than those who don't; vi) Support, identity as a key factor in transitioning. Those individuals who receive care and support from their families are more likely to successfully integrate into the labor market; vii) Education, trans individuals with higher education do not necessarily find a job when or after transitioning, viii) Sex work, some trans women find in prostitution a better alternative to create income without a dependence on limited and insufficient labor market opportunities; vii) Health, trans individuals who find better health care are likely to transitioning under better conditions and be healthier, than those who emigrated or that are from limiting conditions.

FIGURE 2. Relation between factors that contribute to Work Inclusion



Source: Coll and Missé (2018)

In the United States the views against the transgender community have obviously permeated the labor market. Discrimination and rejection in the workplaces are commonly experienced by trans individuals in the U.S. even before the anti-trans political agenda addressed by Trump and other right-wing minded politicians. This is demonstrated in the study of Shannon (2022) where the United States Transgender Survey of 27,715 transgender individuals responded to find a link between gender identity, income, employment, and poverty rates with data from 2015. In this research it was demonstrated that trans individuals are more likely to experience lower levels of income and suffer from poverty and unemployment than cisgender men in America. An interesting finding was that trans individuals who transitioned at a younger age are more likely to “pass” and consequently their income reflects their gender identity and not their assigned sex at birth. Finding which, as consequence, provides support for the traditional cisgender income gap, heterocisnormativity and the association of “maleness” with an income premium. In another study, Ciprikis, Cassells, and Berrill (2020) the authors examined the 2015 Behavioral Risk Factor Surveillance System in the United States using the Fairlie decomposition method of 2005 to determine employment and wage differentials between cisgender and transgender individuals. This research provides evidence that trans people are less likely to be employed and receive lower wages than cisgender individuals. According to the reviewed data, 64% of the employment and 43% of the wage differential remains unexplained and it may be because of discrimination against the trans community, as opposed to other data that reveals the sociodemographic differences and “justifiable” gaps of the two differentials.

In Mexico, the research conducted by Martínez and Silverio (to be published) sent 800 resumes to different companies in 8 states of the Republic, said job

applications were made by comparing acceptance among transgender women in contrast to cisgender women. The study showed that trans women have 57% fewer positive responses than their cisgender female counterparts. In another study, Rodríguez and García (2022) carried out a random survey among university students to measure the level of transphobia through the measurement of attitudes. This research showed that informal and formal education is decisive in positive and negative attitudes and beliefs towards the trans community. The same study makes a clear distinction between myths, beliefs and attitudes, showing that when myths and stereotypes are internalized, there is a greater negative attitude. All the above is connected to what has been mentioned about the heterocisnormativity that is promoted through various cultural institutions and traditional popular ideology, the rejection of the transgender community and consequently its limitation to the world of work. Finally, the abovementioned diagnosis by Fernandez (2021) demonstrated that the trans community also experiences occupational segregation. This exclusionary practice imposes commercial sex work on trans women as the only means of subsistence. It is a tangible matter that there is a serious bias in companies and employers motivated by heterocisnormativity and that prevents the full integration of the trans community in Mexico, leaving the population violated in their rights and access and successful integration into a formal job.

6_ METHODOLOGY

Given the fact that there is not enough data about the labor market discrimination against the transgender community in Mexico and that most of the research conducted was qualitative. It seemed like a good idea to collect that not from the trans individuals or agencies related to them but from the actual coworkers, supervisors, managers and recruiters that are interconnected to those individuals seeking for a job or currently working.

The design of the current research was based on the publication of Rodriguez & Garcia (2022) who created a self-administered questionnaire with a section of socioeconomic questions, a second part with an attitude scale towards transgender people, and another scale of interiorization of myths towards transgenderism. According to the authors, the attitude scale was formed from the transphobia scale of Morrison, Bishop, Gazzola, McCutcheon, Parker y Morrison (2017), the homophobia scale of Lozano & Díaz (2010), Rodríguez, Lameiras, Carrera & Vallejo (2013) and Moral & Martínez (2011) and the biphobia scale of Olvera (2014). The attitude scale is measured through 38 items, 14 of which are inverted, institutional transphobia, personal discomfort and changeability.

On the other hand, the interiorization of the myth scale was designed thinking on the considerations of Lopez (2018), Garrido, Garcia, Velayos & Garrido (2018), Navarro (2017) and Platero (2014). It contains 39 items, 13 of which are inverted. Such elements are grouped in four different types: (1) behavior and sexual orientation; (2) sex/gender system; (3) relationship aspects (work and social); and (4) psychological and medical aspects.

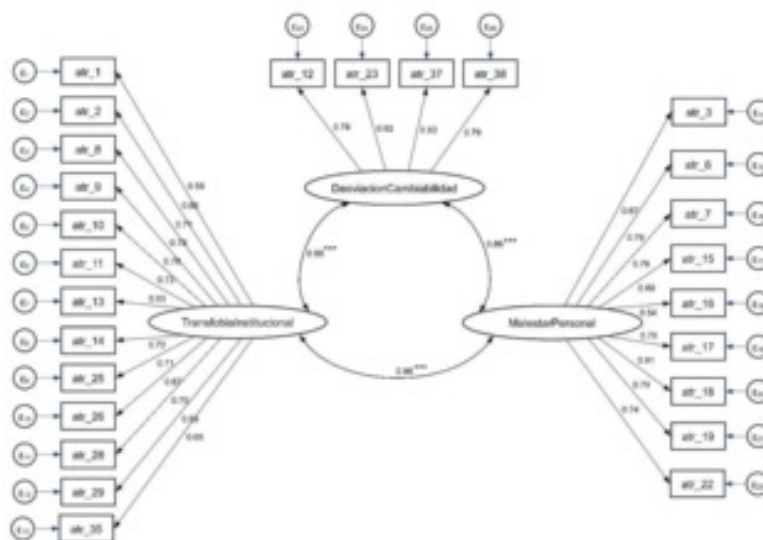
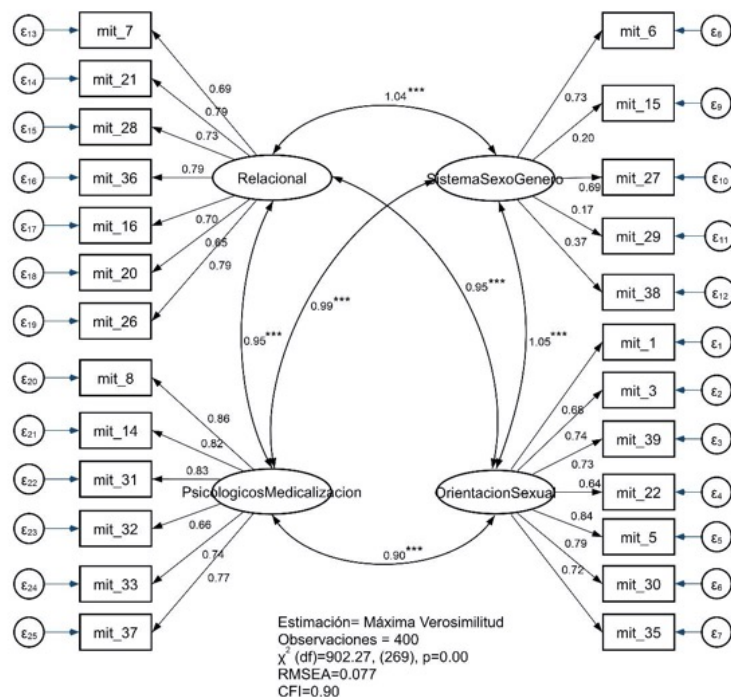
These Likert type scales were required to select an answer from numbers 1 to 5, (1 =fully disagree, 2= disagree, 3=neither agree nor disagree, 4=agree, 5=fully agree). The higher the score the more negative attitude and the higher interiorization of myths against trans individuals. In addition to these scales the sociodemographic included age, position held at the university, political and religious affiliation, gender identification, campus location, education level and whether harassment has been experienced in the workplace.

7_ PROCEDURE

The following is a brief description of how this paper was written. First, the authors met to specify the topic and limit the scope of the research. Second, the authors reviewed the literature available on the topics from different countries and Mexico. Third, a questionnaire was created based on the published article of Rodriguez & Garcia (2022) with a total of 50 items including the scales and the socio demographic questions. Fourth, the questionnaire was sent out to hundreds of current employees who work at Mexico City, Guadalajara and Monterrey campuses of Tec de Monterrey from March to June 2023 reaching a total of 400 answered questionnaires. Fifth, an analysis of the data collected was conducted. Sixth, the summarization of all the information, collected data and other relevant information was included in the paper.

The following diagrams describe how the answers were codified. The items “atr” are the ones that measure attitudes, while the “mit” measure myths. The main premise was to discover the latent variable “attitudes” and “interiorization of myths” through the questionnaire, and as it can be seen in the first diagram “atr” the variables “Institutional Transphobia,” “Deviation Change,” and “Personal Discomfort” are interconnected through a correlation. The same happens with the second diagram “mit” in which the variables “Relational,” “Sex/Gender System,” “Psychological and Medical Aspects,” and “Sexual Orientation.” All these variables are correlated to the items that were measured in the questionnaire as it is shown below.

FIGURE 3. Path diagram attitude scale towards transgender people and scale of interiorization of myths towards transgenderism.



Source: Created with own data based on Rodriguez & Garcia (2022)

8_ RESULTS

It was stated in the introduction that even though the university holds and promotes an open and inclusive policy for all those that want to become part of the institution, it was yet unknown what is the prevailing posture and if this affects excluding practices in hiring, onboarding and retention practices. The results are the following:

CODE	LABEL
t_tinst	Institutional Transphobia
t_mpers	Personal Discomfort
t_dcamb	Deviation Change
m_msex	Sexual Behavior and Orientation
m_mss	Sex-Gender System
m_mrel	Relational
m_msan	Psychological and Medical Aspects

n=400

In your workplace, have you ever experienced discrimination or harassment?

VARIABLES	G1(NO)	MEAN1	G2(YES)	MEAN2	MEANDIFF
T_TINST	281	1.595	85	1.59	0.005
T_MPERS	281	1.647	85	1.61	0.036
T_DCAMB	281	1.571	85	1.597	-0.026
M_MSEX	281	2.067	85	2.03	0.036
M_MSSS	281	2.29	85	2.36	-0.07
M_MREL	281	2.03	85	1.978	0.052
M_MSAN	281	1.918	85	1.906	0.012

What gender do you identify with?

VARIABLES	WOMAN	MEAN1	MAN	MEAN2	MEANDIFF
T_TINST	216	1.522	167	1.657	-0.136**
T_MPERS	216	1.577	167	1.717	-0.139*
T_DCAMB	216	1.509	167	1.653	-0.143*
M_MSEX	216	1.999	167	2.16	-0.161*
M_MSSS	216	2.254	167	2.365	-0.112*
M_MREL	216	1.952	167	2.165	-0.213**
M_MSAN	216	1.847	167	2.015	-0.168**

Attitudes and myths mean by generation

GEDAD	T_TINST	T_MPERS	T_DCAMB	M_MSEX	M_MSSS	M_MREL	M_MSAN
18-28	1.61	1.67	1.68	2.04	2.29	2.03	1.89
29-43	1.54	1.56	1.49	1.97	2.23	1.95	1.84
44-58	1.74	1.79	1.67	2.33	2.5	2.23	2.1
58+	1.84	2.02	1.96	2.21	2.51	2.22	2.27
TOTAL	1.62	1.66	1.6	2.08	2.32	2.05	1.93

Attitudes and myths mean by religion

AREL	T_TINST	T_MPERS	T_DCAMB	M_MSEX	M_MSSS	M_MREL	M_MSAN
AGNOSTIC	1.32	1.36	1.36	1.75	2.11	1.72	1.72
ATHEIST	1.58	1.6	1.65	2.12	2.46	1.93	1.86
CATHOLIC	1.69	1.76	1.66	2.21	2.36	2.18	2.03
CHRISTIAN	2.02	1.99	1.92	2.5	2.56	2.45	2.28
JEWISH	2.05	2.26	1.17	1.81	2.6	1.76	1.44
NONE	1.32	1.34	1.33	1.69	2.16	1.64	1.59
OTHER	1.95	1.82	1.93	2.25	2.58	2.31	2.28
DIDN'T SAY	1.68	1.75	1.72	2.02	2.09	2.1	1.69
TOTAL	1.62	1.66	1.6	2.08	2.32	2.05	1.93

Attitudes and Myths mean by political affiliation

POLI	T_TINST	T_MPERS	T_DCAMB	M_MSEX	M_MSSS	M_MREL	M_MSAN
CONSERVATIVE	2.21	2.22	2.05	2.64	2.64	2.57	2.32
MODERATE	1.6	1.71	1.61	2.03	2.29	1.98	1.97
PROGRESSIVE	1.31	1.37	1.26	2.69	2.13	1.68	1.66
OTHER/NON	1.6	1.62	1.63	2.14	2.34	2.11	1.94
TOTAL	1.62	1.66	1.6	2.08	2.32	2.05	1.93

Attitudes and Myths mean by area

CAMP	T_TINST	T_MPERS	T_DCAMB	M_MSEX	M_MSSS	M_MREL	M_MSAN
CDMEX	1.58	1.64	1.57	1.99	2.22	1.9	1.93
EDOMEX	2.11	2.22	2.05	2.74	2.72	2.69	2.43
GUADALAJARA	1.62	1.67	1.54	2.11	2.34	2.07	1.91
MONTERREY	1.56	1.63	1.57	2.08	2.3	2.03	1.95
SANTA FE	1.67	1.67	1.72	2.06	2.35	2.09	1.93
TOTAL	1.62	1.66	1.6	2.08	2.32	2.05	1.93

First of all the first chart refers to the idea that people who have been discriminated against or harassed would be more sensitive to the issue of discrimination per se, however, the model showed that there isn't any relevant information in this aspect. Therefore, being or not being discriminated against in the workplace doesn't really affect the perception of attitudes and myths towards trans individuals.

On the other hand, there are other aspects that are relevant to this study. The mean difference analysis portrayed in the chart of gender identification demonstrates that those who identify as men are more likely to hold higher negative attitudes and myths against the transgender individuals than women. Similarly, in the chart on generations it can be seen that older generations (44 and older) tend to hold prejudices towards transgender community, however, it is surprising that the younger generation (18-28) also possesses a slightly higher level than its older generation counterpart (29-43).

The chart that connected religion with attitudes and myths demonstrates that those affiliated with Protestant Christianity and Jewish carry higher levels of interiorized myths and attitudes. While, agnostic, none affiliated and atheist represent the lowest levels respectively. Surprisingly, Catholics carry a lower level in comparison to the Christian and Jewish counterparts. This Catholic "more inclusive approach" is a similar finding made by García and Rodríguez (2022).

The political affiliation chart does not come as a surprise at all, since the more conservative the more the interiorization of myths and representation of negative attitudes. As opposed to those who hold more progressive views.

Finally, it is staggering that Monterrey is the campus with the lowest level on the contrary to the area of Mexico City: EdoMex and Santa Fe. The culture in the area of Mexico City is more diverse, welcoming and open and it would be implied comparably that all campuses in the area would hold similar views and therefore results.

9_ CONCLUSION

Davoudpour (2023) in his article *Don't Be My Neighbor: Exploring Social and Value Predictors of Sexual Prejudice Expressed by Those Who Fully Accept Sexual Minorities*, he explains that among those who say to fully accept sexual minorities yet refuse to be neighbors with them are prone to be individuals who identify themselves as men, from a lower education level, highly religious, whose beliefs are of traditional gender identities and gravitate towards conservative political views. Meanwhile, those who hold views completely against sexual minorities shared sex, age, beliefs with those who reject LGBTQ+ neighbors, there is no significant difference on the education level or political views. Along with his discoveries, Davoudpour found that for the age category there is a tendency in the most recent studies that support the idea that younger generations are more likely to accept and tolerate sexual minorities than their older counterparts (Davoudpour, 2023).

Similarly to Davoudpour, Yang (2021) discovered that more education reduces individuals' prejudice against the LGBTQ+ community. In addition, the author suggested that even with the application and practice of a minimum schooling policy a culture of tolerance and respect could be easily built.

What the results have demonstrated is that the data collected verifies the previous research done in the subject. It seems plausible that, just as García and Rodríguez (2022) pointed out, older men are less likely to accept transgender individuals and identities. Since this group is usually in positions of power and are the ones in charge of inclusion policies, it does not seem odd that transgender individuals struggle to find a place to work. The structural hegemony power held by old men is likely to decrease as more women access to higher positions and newer generations exemplify a more open mindset. The struggle for transgender individuals to find and keep a decent job still has a long way to go.

10_ LIMITATIONS

For this research 400 employees from 5 different campuses were asked to answer the questionnaire. The different campuses were Monterrey, Guadalajara, Santa Fe, Ciudad de Mexico and Estado de Mexico. For compiling reasons the campuses from Mexico City (Santa Fe, Ciudad de Mexico and Estado de Mexico) were considered as one category, while keeping Monterrey and Guadalajara as separate cities. Therefore, there are a total of 3 different cities that belong to the same university considered in this study.

Another limitation is that another socio demographic question was “which gender do you identify yourself with?” Question that doesn’t take into consideration “sex at birth” as a category but plainly asks if the respondents identify themselves as female, male, non-binary, trans, or other. The reason to remove the “sex at birth” question was to avoid putting into a situation of discomfort to potential trans individuals and non-binary respondents.

11_ PRINCIPLES FOR INCLUSION IN THE LABOR MARKET

The following principles are focused on the context of the legal framework and current political situation of Mexico. However, some of the principles here described may apply to different countries with similar legislation, political will and common interest.

Principles for inclusion in the labor market: 1) transparency to improve talent acquisition, Goffee and Jones (2013) in the Harvard Business Review point out that an ideal organization is that company or company where individual differences are accepted, information is transparent, and the organization itself adds value to people. Furthermore, the company represents something significant in the life of society and works to achieve it. A company that is transparent in its hiring processes, promotions, internal promotions, among other factors and processes, will be much more efficient in hiring, including and supporting the inclusion of the trans community. For example, a company needing an administrative assistant may only detail in its recruiting advertisement the educational and experience levels required, in addition to the proposed salary. When hiring a person for said position, the person in question must meet the established requirements and that what is promoted matches what is offered, this is regardless of sexual orientation, gender, identity or ethnic origin, as many companies describe in their hiring policy. By taking transparent actions as you are, we can support more people from the trans community to be hired for their abilities and to be recognized as such. The same community employment opportunities according to merit (experience and education).

2) Labor inclusion, Fernández's (2021) proposal is that at least 3% of available job vacancies be allocated to trans people. It sounds like a forceful step for immediate labor inclusion, however, this requirement in the first instance could occur in the public sector. However, the proposal made by Smith (2020) explains that several ingredients are necessary to create an inclusive organization. Such as an appropriate organizational climate, committed leadership, and the effectiveness of

practices focused on inclusion. Although, as experts mention, these proposals and elements are part of common sense, it is also true that the obstacles imposed within the organizations themselves only slow down their own development and growth. This is why it is necessary to create a minimum quote of 3% for both the public sector and for the private sector to hire trans individuals.

3) Zero-tolerance policy to harassment, everything we know about sexual and workplace harassment began to be published in 1990, being a relatively new term and without major implications in the world of work at the end of the last century. It was at the beginning of the century that sexual harassment was finally defined as unsolicited conduct of a sexual nature, or any conduct based on sex that affects a person's dignity at work, which includes physical, verbal, and non-verbal conduct (Hunt et al, 2010). According to the same experts on the subject of workplace harassment (Hunt et al, 2010), the best way to prevent harassment is by taking preventive measures. This is creating policies and initiatives before the problem develops. Carrying out these types of actions makes it much easier to talk about such topics. Now, most organizations and their collaborators have the potential to create an unhealthy environment, based on that premise it should be assumed that harassment is already part of the organizational culture. Therefore, a way to prevent cases of this nature from happening, according to Hunt and his collaborators (2010), are the following: Palpable demonstration of zero tolerance for sexual harassment in all possible communications and forms, Involvement of senior positions management, formal implementation of a policy on workplace sexual harassment with its respective guidelines, clarity on how to report harassment situations, emphasis on the negative consequences for those who harass, training and periodic evaluations. The application of these measures will bring a benefit to the work culture not only in relation to harassment against trans people, but in general a culture of more respect and mutual support will be created.

4) Guaranteed rights, one of the most important aspects of the care and well-being of the trans community is the right to health. Although the other rights, to work, education and legal recognition and guaranteed rights have been addressed, here the point is to guarantee the basic rights to health care. This issue is fundamental since many transgender people have been discriminated against, rejected and/or denied in health care centers given the lack of understanding and training of health personnel (OPS, 2017). This is why, the Inter-American Commission on Human Rights (2018) mentions that the American Declaration and the Protocol of San Salvador guarantee that “without any distinction, including for reasons of sexual orientation, gender identity or expression, and bodily diversity” The rights to health must be provided. In this regard, the Commission refers to the commitment of the OAS member states

to provide the trans community with adequate health services and protection of their rights and identity expressions.

12_ REFERENCES

- Agencia Brasil (2021). Trans, non-binary make up 2% of Brazilians, study shows. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/en/saude/noticia/2021-11/trans-non-binary-make-2-brazilians-study-shows#:~:text=The%20figures%20show%20that%20people,and%20non%2Dbinary%201.19%20percent>.
- American Psychological Association (2023). Understanding transgender people, gender identity and gender expression. <https://www.apa.org/topics/lgbtq/transgender-people-gender-identity-gender-expression>
- Barreto de Almeida, C. & Vasconcelos, V. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo? Direitos Humanos e Empresas. Rev. direito GV 14 (2). Ago 2018. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201814>
- Belmonte, L. (2020). *The International LGBT Rights Movement: A History*. Bloomsbury Publishing.
- Byler, D. (2023). Trump is exploiting an anti-trans turn in public opinion. *The Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/opinions/2023/02/21/trump-gender-lgbtq-identity/>
- Ciprikis, K; Cassells, D; and Berrill, J. (2020). Transgender labour market outcomes: Evidence from the United States. *Gender, Work and Organization* Volume 27, Issue 6, Pages 1378 – 140 1 November 2020. <https://0-doi-org.biblioteca-ils.tec.mx/10.1111/gwao.12501>
- Coll Planas, G., & Missé, M. Identificación de los factores de inserción laboral de las personas trans. Exploración del caso de la ciudad de Barcelona. *OBETS. Revista De Ciencias Sociales*, 2018; 13(1), 45–68. <https://doi.org/10.14198/OBETS2018.13.1.02>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). Reconocimiento de Derechos de Personas LGBTI. Organización de Estados Americanos. oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf
- Constitucion Politica de la Republica Federativa del Brasil (1988). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>
- Davoudpour, S. (2023). Don't Be My Neighbor: Exploring Social and Value Predictors of Sexual Prejudice Expressed by Those Who Fully Accept Sexual Minorities. *Archives of Sexual Behavior* (2023) 52:2337–2353. <https://doi.org/10.1007/>

s10508-023-02567-w

- Davidson M. Development and validation of the transgender prejudice scale. WWU Graduate School Collection. 2014; 384. <https://cedar.wvu.edu/wwuet/384>
- Diamond, M. (2009). Human intersexuality: Difference or disorder? *Archives of Sexual Behavior*, 38, 172. <http://dx.doi.org/10.1007/s10508-008-9438-6>
- Doyle, Matthew. Transgender identity: Development, management and affirmation. *Current Opinion in Psychology*. Volume 48, December 2022, 101467. <https://doi.org/10.1016/j.copsy.2022.101467>
- Encuesta Nacional sobre Diversidad Sexual y de Género (2021). INEGI. <https://www.inegi.org.mx/programas/endiseg/2021/>
- Encuesta Nacional sobre Diversidad Sexual y de Género (2021). Presentación de Resultados. INEGI. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/endiseg/2021/doc/endiseg_2021_resultados.pdf
- Fernández, M. (2021) Diagnóstico Situacional sobre Violencia Laboral para Personas Trans en México. Coalición Mexicana LBGTTTI+
- Fisk K. Peer-led Study on The Rights and Social Experiences of Trans and Gender Diverse People in Fiji. Asia Pacific Transgender Network. October 26, 2022. <https://weareaptn.org/resource/peer-led-study-on-the-rights-and-social-experiences-of-trans-and-gender-diverse-people-in-fiji/>
- Fontana E. Managing diversity through transgender inclusion in developing countries: A collaborative corporate social responsibility initiative from Bangladesh. *Corp Soc Responsib Environ Manag*. 2020;27: 2548–2562. <https://doi.org/10.1002/csr.1975>
- Garrido, J., García, A., Velayos, R. y Garrido, G. (26 de octubre de 2018) Octubre trans. Es hora de romper mitos. <https://apoyopositivo.org/blog/octubretrans/>
- Goffee and Jones (2013). Creating the Best Workplace on Earth. *Harvard Business Review*. <https://hbr.org/2013/05/creating-the-best-workplace-on-earth>
- Hackimer, L.; Cliff, C., Verkuilen, J. (2021) Individual factors and cisgender college students' attitudes and behaviors toward transgender individuals. *Journal of Community Psychology*. <https://doi.org/10.1002/jcop.22546>
- Human Rights Watch (2023). Sexual Orientation and Gender Identity in the United States. <https://www.hrw.org/world-report/2023/country-chapters/united-states#e81181>
- Hunt, C.M., Davidson, M.J., Fielden, S.L., Hoel, H. (2010) «Reviewing sexual harassment in the workplace – an intervention model», *Personnel Review*, Vol. 39 Iss: 5, pp.655 – 673. *Personnel Review*. 39. [10.1108/00483481011064190](https://doi.org/10.1108/00483481011064190).
- Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Reporte de Diversidad e Inclusión. 2021. <https://tec.mx/es/dignidad-humana/diversidad-e-inclusion>

- Johnson J. et al. Fijian Reactions to Transgender-Directed Workplace Mistreatment: The Moderating Role of the Victim's Group Identification. *Sexuality & Culture* 2022; 26:1148–1166 <https://doi.org/10.1007/s12119-021-09936-4>
- Lennon E. Mistler, B. Cisgenderism. *TSQ* 1 May 2014; 1 (1-2): 63–64. <https://doi.org/10.1215/23289252-2399623>
- Library of Congress (n/d). The History of Pride. <https://www.loc.gov/ghe/cascade/index.html?appid=90dcc35abb714a24914c68c9654adb67>
- López G. (20 de julio de 2018). Personas trans, 10 mitos comunes. <https://atclibertad.wordpress.com/2018/07/20/personas-transgenero-10-mitos-comunes/>
- Lozano, I. y Díaz R. (2010). Medición de la homofobia en México: Desarrollo y validación. *RIDEP*, 2(30), 105-124. <https://www.aidep.org/sites/default/files/2018-12/RIDEP%2030%20-6.pdf>
- Martínez, A. y Silverio, A. (por publicar) What's in a name? Evidence of Transgender Discrimination in Mexico. *Escuela de Gobierno y Transformación Pública*.
- Moral, J. y Martínez, J. (2011). Escala de actitud hacia la homosexualidad: propiedades psicométricas y aspectos diferenciales por sexos. *Revista Internacional de Ciencias Sociales y Humanidades, SOCIOTAM*, 21(1), 105-124. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=65421407006>
- Morrison, M. A., Bishop, C., Gazzola, S., McCutcheon, J., Parker, K. y Morrison, T. (2017). Systematic review of the psychometric properties of transphobia scales. *International Journal of Transgenderism*, 18(4), 395-410. <https://doi.org/10.1080/15532739.2017.1332535>
- Navarro A. (4 de julio de 2017). Transexualidad. Desmontando mitos. <http://annabelnavarro.com/reasignacion-genero-desmontando-mitos/>
- Neumark, D. (2018) Experimental Research on Labor Market Discrimination. *Journal of Economic Literature*, 56 (3): 799-866. DOI: 10.1257/jel.20161309
- Olvera, O. (2014). Propiedades Psicométricas de la Escala de Actitudes hacia la Bisesualidad. *Revista Electrónica en Ciencias Sociales y Humanidades Apoyadas por Nuevas Tecnologías*, 3(2), 35-46. <https://chat.iztacala.unam.mx/cshat/index.php/cshat/article/view/75>
- Ondarra M. Las personas <trans> se incrementan un 7.600% en Cataluña en una década. *The Objective*. 8 de Diciembre de 2022. <https://theobjective.com/espana/2022-12-08/trans-700-menores/>
- Organización Panamericana de la Salud. (2017). Abordar las causas de las disparidades en cuanto al acceso y la utilización de los servicios de salud por parte de las personas lesbianas, Treviño 62 homosexuales, bisexuales y trans: informe de progreso. CE160/INF/8 OMS. <https://iris.paho.org/bitstream/>

- handle/10665.2/34220/CE160-INF-8-D-s.pdf?sequence=14&isAll owed=y
- Oswald, R. F., Blume, L. B., & Marks, S. R. (2005). Decentering Heteronormativity: A Model for Family Studies. In V. L. Bengtson, A. C. Acock, K. R. Allen, P. Dilworth-Anderson, & D. M. Klein (Eds.), *Sourcebook of family theory & research* (pp. 143–165). Sage Publications, Inc.
- PBS. (n/d). Milestones in the American Gay Rights Movement. The American Experience. <https://www.pbs.org/wgbh/americanexperience/features/stonewall-milestones-american-gay-rights-movement/>
- Platero, L. (2014). *TRANS*exualidades. Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos*. Barcelona: Bellaterra.
- Rodríguez S. El reto de legislar sobre los derechos trans sin saber cuántos ni cómo son. InfoLibre. 21 de marzo de 2021. https://www.infolibre.es/politica/reto-legislar-derechos-trans-son_1_1195059.html
- Rodríguez, L. y García, A. (2022) Actitudes negativas e interiorización de mitos hacia las personas trans en estudiantes mexicanas de Trabajo Social. Vol. 39, no. 22. *Revista de Psicología y Ciencias Afines*. <https://doi.org/10.16888/interd.2022.39.2.15>
- Rodríguez, Y., Lameiras, M., Carrera, M. y Vallejo, P. (2013). Validación de la Escala de Homofobia Moderna en una muestra de adolescentes. *Anales de Psicología*, 29(2), 523-533. <https://doi.org/10.6018/analesps.29.2.137931>
- Ruiz, E. Discriminación laboral de las mujeres transgénero. *Cartografía de los micromachismos: dinámicas y violencia simbólica*. Editorial DYKINSON, 2020; 76. Editor: Juan Carlos Suárez Villegas.
- Spanish Neuropsychiatric Association (2008). On the concept of gender around transsexuality. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352008000100013
- Shannon, M. (2022). The labour market outcomes of transgender individuals. *Labour Economics* Volume 77, August 2022, 102006. <https://doi.org/10.1016/j.labeco.2021.102006>
- The New York Times (2015). Milestones in the American Transgender Movement. <https://www.nytimes.com/interactive/2015/05/15/opinion/editorial-transgender-timeline.html>
- Transquility (2020). The Discrimination Administration. <https://transequality.org/the-discrimination-administration>
- Worthen, M. (2016) Hetero-cis-normativity and the gendering of transphobia, *International Journal of Transgenderism*, 17:1, 31-57, DOI: 10.1080/15532739.2016.1149538
- World Professional Association for Transgender Health. (2012). *Standards of Care for*

the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People [7th Version]. <https://www.wpath.org/publications/soc>

Yang, S. (2021) More education, less prejudice against sexual minorities? Evidence from compulsory schooling reforms. *Applied Economics Letters*. Volume 29, 2022 - Issue 19. <https://doi.org/10.1080/13504851.2021.1963406>

Yogyakarta Principles +10. (2017) International Service for Human Rights. <https://yogyakartaprinciples.org/principle-12/>



**FUNDAÇÃO
ARMANDO
ALVARES
PENTEADO**